



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. MACIEJ SZPUNAR

presentadas el 30 de septiembre de 2021¹

Asunto C-389/20

CJ

contra

Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra)]

«Procedimiento prejudicial — Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social — Directiva 79/7/CEE — Artículo 4, apartado 1 — Prohibición de toda discriminación por razón de sexo — Empleados de hogar — Protección frente a la contingencia de desempleo — Exclusión — Desventaja particular para las trabajadoras — Objetivos legítimos de política social — Proporcionalidad»

I. Introducción

1. Como ha declarado el Tribunal de Justicia: «el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia».²

2. Mediante la presente petición de decisión prejudicial, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra) plantea al Tribunal de Justicia cuestiones que tienen por objeto, en particular, la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE,³ en el contexto de una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas por un régimen legal de seguridad social respecto de una categoría de trabajadores en su conjunto. En el presente asunto, la actividad de los empleados de hogar, colectivo compuesto casi exclusivamente por mujeres, se halla en el centro de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

3. ¿Existe una discriminación indirecta, prohibida por la Directiva 79/7? Esta es la pregunta que voy a tratar de responder en las presentes conclusiones.

¹ Lengua original: francés

² Sentencia de 30 de abril de 1996, P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170), apartado 19 y jurisprudencia citada.

³ Directiva 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 (DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. *Directiva 79/7*

4. A tenor del segundo considerando de la Directiva 79/7:

«Considerando que es conveniente aplicar el principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, en primer lugar en los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, de invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro, así como en las disposiciones relativas a la ayuda social en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriormente mencionados o a suplirlos;»

5. El artículo 1 de dicha Directiva dispone lo siguiente:

«La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.»

6. Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva:

«La presente Directiva se aplicará:

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:

[...]

– desempleo;

[...]».

7. El artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva establece:

«El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

– el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

– la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

[...]».

2. Directiva 2006/54/CE

8. El artículo 1 de la Directiva 2006/54/CE,⁴ titulado «Finalidad», tiene el siguiente tenor:

«La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

- a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional;
- b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución;
- c) los regímenes profesionales de seguridad social.

[...]»

9. El artículo 2 de esta Directiva, titulado «Definiciones», dispone, en su apartado 1:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[...]

- f) “regímenes profesionales de seguridad social”: los regímenes no regulados por la Directiva [79/7], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa.»

B. Derecho español

1. LGSS

10. El artículo 251 de la Ley General de la Seguridad Social, en su versión aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵ (en lo sucesivo, «LGSS»), titulado «Acción protectora», dispone:

«Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:

[...]

⁴ Directiva 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 (DO 2006, L 204, p. 23).

⁵ BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, p. 103291, y corrección de errores en BOE n.º 36, de 11 de febrero de 2016, p. 10898.

d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.»

11. El artículo 264 de la LGSS, que tiene por título «Personas protegidas», establece, en su apartado 1:

«Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia:

- a) Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.
- b) Los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los regímenes especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia, con las peculiaridades que se establezcan reglamentariamente.

[...]»

2. Real Decreto 625/1985

12. El artículo 19 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo,⁶ titulado «Cotización», prevé, en su apartado 1:

«Estarán obligados a cotizar por desempleo todas las Empresas y trabajadores incluidos en el Régimen General y los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia. La base de cotización por desempleo será la misma que la prevista para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.»

III. Hechos que originaron el litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

13. CJ es empleada del hogar y presta sus servicios para su empleadora, persona física. Desde enero de 2011, está afiliada al sistema especial de la seguridad social para empleados de hogar (en lo sucesivo, «sistema especial para empleados de hogar»).

14. El 8 de noviembre de 2019, CJ presentó ante la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, «TGSS»), una solicitud de cotización a la protección por desempleo con el fin de adquirir el derecho a la correlativa prestación. La solicitud se acompañó del consentimiento escrito de su empleadora para la contribución a la cotización demandada.

15. Mediante resolución de 13 de noviembre de 2019, la TGSS denegó tal solicitud por considerar que, al estar CJ afiliada al sistema especial para empleados de hogar, no era posible la cotización en ese sistema para la protección por desempleo por disposición expresa del artículo 251, letra d), de la LGSS. Esta resolución fue confirmada por la TGSS mediante resolución de 19 de diciembre de 2019, adoptada a raíz de un recurso administrativo interpuesto por CJ.

⁶ BOE n.º 109, de 7 de mayo de 1985, p. 12699, y corrección de errores en BOE n.º 134, de 5 de junio de 1985, p. 16992.

16. El 5 de junio de 2020, CJ interpuso un recurso contra esta última resolución de la TGSS ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, alegando, en esencia, que dicha disposición nacional (en lo sucesivo, «disposición controvertida en el litigio principal») lleva a los empleados de hogar a una situación de desamparo social cuando se pone fin a su relación laboral por causas que no les son imputables. A su entender, 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 tal prestación.

17. En estas circunstancias, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, mediante auto de 29 de julio de 2020, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 14 de agosto de 2020, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) El artículo 4.1 de la [Directiva 79/7], 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], 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?: “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 2006/54], en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres?»

18. Han presentado observaciones escritas la TGSS, el Gobierno español y la Comisión Europea. Durante la vista celebrada el 30 de junio de 2021, se presentaron observaciones orales en nombre de CJ, de la TGSS, del Gobierno español y de la Comisión.

IV. Análisis

A. Sobre la admisibilidad

19. En sus observaciones escritas, la TGSS y el Gobierno español cuestionan la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial y de las cuestiones que en ella se plantean.

20. Antes de nada, la TGSS aduce que el litigio principal es artificioso en el sentido de que CJ acudió ante el órgano jurisdiccional remitente sobre la base de motivos falaces. En efecto, considera que el litigio no tiene por objeto el supuesto derecho a cotizar, sino el reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo.

21. A continuación, la TGSS y el Gobierno español alegan que este reconocimiento es competencia de los tribunales de lo social y que, por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente, como órgano de lo contencioso-administrativo, es incompetente para conocer del litigio. En consecuencia, en opinión de dicho Gobierno, no existe ningún vínculo entre la resolución de la presente petición de decisión prejudicial y la del litigio principal.

22. La TGSS sostiene asimismo que, en el caso de que el litigio principal versase efectivamente sobre el reconocimiento del derecho a cotizar, no es preciso interpretar la Directiva 79/7 para que el órgano jurisdiccional remitente pueda resolver el asunto. En efecto, la cuestión del alcance de la acción protectora del sistema especial para empleados de hogar difiere, según su criterio, de la relativa a la financiación de dicho sistema.

23. Por último, pese a no proponer expresamente una excepción de inadmisibilidad, el Gobierno español afirma que la Directiva 79/7 no es aplicable al litigio principal. Además, arguye que las cuestiones prejudiciales deben considerarse inadmisibles en la medida en que se refieren a la Directiva 2006/54. Si bien no alega formalmente un motivo de inadmisión, la Comisión también señala que esta última Directiva no resulta aplicable al presente asunto.

24. Considero que, con excepción de la alegación relativa a la Directiva 2006/54, estas alegaciones deben desestimarse.

25. En primer lugar, por lo que respecta a la alegación según la cual el litigio principal es artificioso y las cuestiones prejudiciales planteadas, hipotéticas, ha de recordarse que las cuestiones prejudiciales relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia.⁷

26. El órgano jurisdiccional remitente señala que este litigio versa sobre el reconocimiento, a favor de los empleados de hogar, del derecho a las prestaciones por desempleo de la seguridad social. En efecto, en su recurso, CJ impugna la decisión de la TGSS denegatoria de una solicitud de cotización por la contingencia de desempleo, no por lo que atañe al ejercicio de un supuesto derecho a cotizar, sino *con el objetivo* de adquirir el derecho a las prestaciones por desempleo. De la resolución de remisión se desprende que tal denegación se basa en una decisión de política legislativa que veda a los empleados de hogar la posibilidad de acceder a las prestaciones sociales por desempleo.⁸ En este sentido, según el órgano jurisdiccional remitente, dado que el artículo 251, letra d), de la LGSS, por el que se implementa esa decisión de política legislativa, se aplica a un colectivo de trabajadores incluidos en el sistema especial para empleados de hogar integrado casi exclusivamente por mujeres, esta disposición podría, en lo concerniente al ámbito de aplicación de un régimen legal de seguridad social, constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, proscrita por la Directiva 79/7.

27. En la medida en que la resolución de remisión incluye numerosas precisiones sobre la pertinencia de las cuestiones planteadas, el Tribunal de Justicia no puede, en mi opinión, abstenerse de pronunciarse sobre la petición de decisión prejudicial porque resulte evidente que la interpretación de una norma de la Unión que se ha solicitado carece de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal.⁹

28. En segundo lugar, la alegación según la cual el órgano jurisdiccional remitente carece de competencia, en virtud de las normas de Derecho nacional, para conocer de este litigio, en cuanto versa sobre el reconocimiento del derecho a prestaciones por desempleo de la seguridad social y está comprendido, por consiguiente, en el ámbito de competencia de los tribunales de lo social, no puede bastar para declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, en la

⁷ Véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartado 25, y de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros (C-621/18, EU:C:2018:999), apartado 27.

⁸ De la resolución de remisión resulta que la TGSS concluyó, en su resolución de 13 de noviembre de 2019, que «en la actualidad no es posible la cotización en el sistema de la Seguridad social *para la protección por desempleo* para este colectivo de trabajadores/as». El subrayado es mío.

⁹ Véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartado 25, y de 10 de diciembre de 2018, Wightman y otros (C-621/18, EU:C:2018:999), apartado 27.

medida en que no corresponde al Tribunal de Justicia cuestionar la apreciación efectuada por el órgano jurisdiccional remitente sobre las normas nacionales de organización y procedimiento judicial.¹⁰ En efecto, este debe atenerse a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, mientras no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional.¹¹ A este respecto, he de recordar que, en cuanto a la interpretación de las disposiciones del Derecho nacional, el Tribunal de Justicia está en principio obligado a basarse en las calificaciones resultantes de la resolución de remisión, dado que, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar el Derecho interno de un Estado miembro.¹²

29. En tercer y último lugar, en lo que atañe a la alegación de que las cuestiones prejudiciales son inadmisibles, basada en la supuesta inaplicabilidad de las Directivas 79/7 y 2006/54 al litigio principal, ha de señalarse que, en la medida en que este litigio versa, como señala el órgano jurisdiccional remitente, sobre la existencia de una supuesta discriminación indirecta por razón de sexo, la Directiva 79/7 le es aplicable. En efecto, esta discriminación afecta al ámbito de aplicación del régimen legal español de seguridad social que garantiza protección, en particular, frente a la contingencia de desempleo.

30. En cambio, la Directiva 2006/54 no es aplicable en el presente asunto. En efecto, del artículo 1 de esta Directiva se desprende que esta tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere, en particular, a las condiciones de trabajo, incluida la retribución. No pueden incluirse en los conceptos de «condiciones de trabajo» y «retribución» los regímenes o prestaciones de seguridad social, como la prestación por desempleo, regulados directamente por la ley, sin que haya existido ningún tipo de concertación dentro de la empresa o de la rama profesional interesada, y que son obligatoriamente aplicables a categorías generales de trabajadores.¹³ Además, de la lectura conjunta del artículo 1, párrafo segundo, letra c), y del artículo 2, apartado 1, letra f), de la Directiva 2006/54 resulta que esta no se aplica a los regímenes legales, sino a los regímenes profesionales de seguridad social.

31. A la luz de estas observaciones, considero que la segunda cuestión prejudicial planteada debe desestimarse por inadmisibile. No obstante, propongo al Tribunal de Justicia que declare admisible la presente petición de decisión prejudicial.

B. Sobre el fondo

1. Reformulación de la primera cuestión prejudicial

32. Por los motivos expuestos en el punto 30 de las presentes conclusiones, propongo al Tribunal de Justicia que responda únicamente a la primera cuestión prejudicial, reformulándola.

¹⁰ Véase la sentencia de 30 de septiembre de 2020, CPAS de Liège (C-233/19, EU:C:2020:757), apartado 36 y jurisprudencia citada.

¹¹ Véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2020, Governo della Repubblica italiana (Estatuto de los jueces de paz italianos) (C-658/18, EU:C:2020:572), apartado 61 y jurisprudencia citada.

¹² Véanse, en ese sentido, las sentencias de 6 de octubre de 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662), apartado 13, y de 16 de octubre de 2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861), apartado 29 y jurisprudencia citada.

¹³ Véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746), apartado 20 y jurisprudencia citada.

33. En efecto, la cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia consiste en dilucidar, en esencia, si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, cuando consta que estos empleados son casi exclusivamente mujeres.

34. Al objeto de proponer una respuesta útil a esta cuestión, examinaré, en primer lugar, si la disposición controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 (sección 2). En la medida en que las prestaciones por desempleo parecen estar comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva, examinaré, en segundo lugar, si la exclusión de dichas prestaciones de las prestaciones reconocidas por el sistema especial para empleados de hogar prevista en el artículo 251, letra d), de la LGSS constituye, como sugiere el órgano jurisdiccional remitente, una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por esta Directiva (sección 3).

2. ¿Está comprendida la disposición controvertida en el litigio principal en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7?

35. Habida cuenta de las consideraciones expuestas en el marco del análisis de la admisibilidad de la petición prejudicial, seré breve al abordar esta cuestión.

36. En primer lugar, cabe observar que, en su recurso, CJ impugna la resolución de la TGSS que deniega su solicitud de cotización por la contingencia de desempleo *con el objetivo de adquirir el derecho a las prestaciones por desempleo*. En segundo lugar, debo señalar que estas prestaciones están incluidas en el ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7, en la medida en que se enmarcan en el ámbito de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos relacionados en el artículo 3, apartado 1, letra a), de esta Directiva.¹⁴

37. Por consiguiente, considero que la disposición controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7.

3. ¿Constituye la exclusión de las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas por el sistema especial de la seguridad social para empleados de hogar prevista por la disposición controvertida en el litigio principal una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7?

38. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de la compatibilidad del artículo 251, letra d), de la LGSS con el Derecho de la Unión. En efecto, el colectivo de trabajadores incluido en el sistema especial para empleados de hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino. Por lo tanto, esta disposición podría constituir una discriminación indirecta por razón de sexo en la medida en que veda a las mujeres que integran este colectivo la posibilidad de acceder a la prestación social por desempleo, al impedirles cotizar para cubrir esta contingencia.

39. Las partes del litigio principal y las partes interesadas discrepan en cuanto a la existencia de tal discriminación indirecta respecto a los empleados de hogar. El Gobierno español aduce que la diferencia de trato consistente en excluir del sistema especial para empleados de hogar la

¹⁴ A tenor del artículo 2 de la Directiva 79/7, esta se aplica a la población activa, de modo que una empleada de hogar como CJ está comprendida en el ámbito de aplicación personal de esta Directiva.

protección frente a la contingencia de desempleo no constituye una discriminación indirecta por razón de sexo. La TGSS no niega la existencia de tal discriminación, pero la considera justificada y sostiene que la disposición nacional controvertida en el litigio principal es proporcionada.¹⁵ Por su parte, la Comisión alega que esta disposición constituye manifiestamente una discriminación indirecta y alberga dudas sobre algunos de los motivos de justificación y sobre su proporcionalidad.

40. Al objeto de determinar si la disposición controvertida en el litigio principal constituye una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, comenzaré abordando la cuestión de si esta disposición establece una desigualdad de trato de hecho por razón de sexo. A continuación, examinaré si tal desigualdad puede justificarse objetivamente a la luz de las disposiciones de la Directiva 79/7 y, por último, en su caso, si es proporcionada.

a) ¿Establece la disposición controvertida en el litigio principal una desigualdad de trato por razón de sexo?

41. Es preciso recordar, antes de nada, que el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones que, en el ejercicio de su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social y para determinar, a falta de una armonización a escala de la Unión, los requisitos de concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión.¹⁶

42. De conformidad con el artículo 1 de la Directiva 79/7, esta contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.¹⁷ El artículo 4, apartado 1, de esta Directiva precisa que «el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente [...], particularmente en lo relativo [al] ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos».

43. De ello se deduce que, al ejercer su competencia en el ámbito de la seguridad social y, en particular, de las prestaciones por desempleo, los Estados miembros deben respetar el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, que aplica el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social.

¹⁵ En la medida en que el Gobierno español ha defendido que no existe discriminación indirecta, únicamente ha expuesto con carácter subsidiario esta postura sobre la justificación de la desigualdad de trato y la proporcionalidad de la disposición controvertida en el litigio principal.

¹⁶ En el ámbito de la Directiva 79/7, véase, en particular, la sentencia de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833), apartado 37 y jurisprudencia citada.

¹⁷ De la jurisprudencia resulta que la Directiva 79/7 no es sino la expresión, en el ámbito considerado, del principio de igualdad, uno de los principios fundamentales del Derecho. Véase, por analogía, la sentencia de 30 de abril de 1996, P./S. (C-13/94, EU:C:1996:170), apartado 18. Véase asimismo Lenaerts, K.: «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *Cahiers de droit européen*, 1991, pp. 3 a 41.

1) *Sobre la alegación del Gobierno español relativa al carácter no comparable de las situaciones*

44. Cabe recordar antes de nada que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.¹⁸ A este respecto, ha de precisarse que, a efectos de los objetivos del Derecho social de la Unión, el concepto de discriminación indirecta está sobre todo vinculado al tratamiento distinto de situaciones comparables.¹⁹

45. El Gobierno español considera, con base en la sentencia MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación),²⁰ que la situación de los empleados de hogar no es comparable a la de los otros trabajadores del régimen general y, en consecuencia, que no existe discriminación indirecta alguna por razón de sexo.

46. Este argumento no me parece convincente. No solo procede señalar que las dos situaciones de que se trata son comparables desde el punto de vista de los derechos a las prestaciones por desempleo, sino que el Gobierno español, al referirse a esta sentencia, parece confundir los conceptos de «discriminación directa» y «discriminación indirecta».²¹

47. He de recordar que de la resolución de remisión se desprende que la disposición controvertida en el litigio principal no constituye una discriminación directa, sino una discriminación indirecta por razón de sexo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7. Contrariamente al asunto que dio lugar a la sentencia MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación),²² de la presente resolución de remisión resulta que la disposición controvertida en el litigio principal está formulada de manera neutra. En efecto, esta disposición se aplica indistintamente a los empleados de hogar de uno u otro sexo y, por consiguiente, no constituye una discriminación directa por razón de sexo que pueda ser cuestionada porque la situación de los empleados de hogar no sea comparable a la de otros trabajadores.²³

48. Por consiguiente, procede desestimar la alegación del Gobierno español.

¹⁸ Véanse, en particular, las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 30; de 30 de marzo de 2004, Alabaster (C-147/02, EU:C:2004:192), apartado 45; de 16 de julio de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462), apartado 56, y de 8 de mayo de 2019, Praxair MRC (C-486/18, EU:C:2019:379), apartado 73.

¹⁹ Tobler, C.: *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades (Comisión Europea), 2009, pp. 1 a 85, en particular p. 24.

²⁰ Sentencia de 26 de junio de 2018 (C-451/16, EU:C:2018:492), apartado 42.

²¹ El concepto de «discriminación directa» se define en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/54 como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable». En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha señalado que este concepto debe entenderse del mismo modo en el contexto de la Directiva 79/7. A este respecto, ha precisado que, en el caso de que este trato menos favorable se base en el sexo y pueda constituir una discriminación directa en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, queda por comprobar si las dos situaciones examinadas son comparables. Véase, en particular, la sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación) (C-451/16, EU:C:2018:492), apartados 34, 38 y 39. De lo anterior se deduce que, cuando las situaciones examinadas no son comparables, la diferencia de trato no constituye una discriminación directa. Además, es preciso distinguir los conceptos de «discriminación directa» y «discriminación indirecta» en cuanto atañe a la justificación. En efecto, mientras que el primer tipo de discriminación únicamente puede justificarse sobre la base de los motivos concretos expresamente previstos por la ley, el segundo puede justificarse sobre la base de *motivos objetivos*. Por lo tanto, la cuestión de si una discriminación puede justificarse objetivamente solo se plantea en el marco del examen de las discriminaciones indirectas.

²² Sentencia de 26 de junio de 2018 (C-451/16, EU:C:2018:492), apartado 48: «Por lo tanto, ha de considerarse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal confiere un trato menos favorable *directamente por razón de sexo* a una persona que ha cambiado de sexo después de contraer matrimonio que a una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada, aunque ambas personas se encuentren en situaciones comparables». El subrayado es mío.

²³ Véase, en particular, en el ámbito de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, la sentencia de 11 de mayo de 1999, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (C-309/97, EU:C:1999:241), apartado 21.

2) *Sobre la existencia de una desventaja particular para las personas de un sexo con respecto a las personas del otro sexo*

49. El Gobierno español aduce que la diferencia de trato que establece la cláusula de exclusión no ocasiona un perjuicio a los empleados de que se trata.²⁴

50. No obstante, cabe recordar que, como señala parte de la doctrina, para que exista una discriminación indirecta no es necesario que se haya ocasionado un perjuicio. Así pues, si bien, por lo general, el perjuicio puede ser un indicio de discriminación, el concepto de «discriminación» no implica, como tal, la existencia de aquel.²⁵ Por lo tanto, se trata de dilucidar si una medida nacional determinada puede tener un «efecto perjudicial o desigual» sobre personas pertenecientes a un grupo respecto del efecto que provoca sobre las personas que forman parte de otro grupo.²⁶

51. Precisado lo anterior, considero que el Gobierno español quería decir que la disposición controvertida en el litigio principal no crea una *desventaja* particular para los empleados de hogar.

52. No estoy de acuerdo con este argumento. Considero, por el contrario, que la disposición controvertida en el litigio principal establece una desventaja particular para los empleados de hogar, como voy a argumentar en las consideraciones que expongo a continuación.

53. En primer lugar, he de señalar que la Directiva 79/7 no define el concepto de «discriminación indirecta».²⁷ No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que este concepto debe interpretarse en el contexto de dicha Directiva del mismo modo que en el contexto de la Directiva 2006/54. Esta última define, en su artículo 2, apartado 1, letra b), el concepto de «discriminación indirecta por razón de sexo» como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado

²⁴ En opinión del Gobierno español, este enfoque se deriva de las sentencias de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215), apartados 31 y 33, y de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833), apartado 41.

²⁵ Geulette, A.: «De la discrimination indirecte telle qu'appréhendée par la Cour de Justice des communautés européennes au regard du règlement 1408/71/CEE et de la directive 79/7/CEE», *Revue belge de sécurité sociale*, 2.º trimestre, 2003, pp. 541 a 582, en particular p. 554 y doctrina citada. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que «el concepto de “discriminación” no implica, por definición, que se haya ocasionado un daño directo [y] que dicho concepto supone sobre todo que se hayan previsto condiciones desiguales para supuestos comparables». Sin embargo, «la aplicación de condiciones desiguales puede conllevar daños, que pueden entonces considerarse la consecuencia reveladora de una discriminación». Véase la sentencia de 10 de mayo de 1960, Barbara y otros/Alta Autoridad (3/58 a 18/58, 25/58 y 26/58, EU:C:1960:18), p. 404.

²⁶ Sobre la influencia de la doctrina estadounidense relativa al impacto desigual («disparate impact») en el contexto de la discriminación indirecta en Derecho social de la Unión, véase, en particular, Tobler, C.: *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2005, pp. 91 a 96. Véanse, a este respecto, la sentencia de 31 de marzo de 1981, Jenkins (96/80, EU:C:1981:80), p. 162), apartado 13, y las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto Jenkins (96/80, no publicadas, EU:C:1981:21), pp. 174 y 175.

²⁷ El Tribunal de Justicia se refirió por primera vez a la discriminación indirecta (por razón de la nacionalidad) en la sentencia de 12 de febrero de 1974, Sotgiu (152/73, EU:C:1974:13), apartado 11, en relación con el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO 1968, L 257, p. 2; EE 05/01 p. 77): «Las normas sobre igualdad de trato [...] no solo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado». El subrayado es mío. Para una jurisprudencia reciente en el ámbito de la libre circulación de trabajadores en la que el Tribunal de Justicia utiliza este concepto, véase, en particular, la sentencia de 2 de abril de 2020, PF y otros (C-830/18, EU:C:2020:275), apartado 30 y jurisprudencia citada.

en *desventaja particular* con respecto a personas del otro sexo». ²⁸ Según el Tribunal de Justicia, la existencia de tal desventaja particular podría acreditarse, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo. ²⁹

54. A este respecto, cabe recordar que la cuestión de si el uso de un criterio neutro desde un punto de vista formal constituye una discriminación indirecta depende de las circunstancias fácticas del caso. ³⁰ Por lo tanto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, habida cuenta de estas circunstancias, si la disposición controvertida en el litigio principal puede calificarse de «medida indirectamente discriminatoria» en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

55. En este contexto, los datos estadísticos desempeñan un papel fundamental a la hora de constatar la existencia de una desventaja de hecho para las personas de un sexo con respecto a las personas del otro sexo. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la fiabilidad de tales datos y si se pueden tomar en consideración. ³¹ Si dicho órgano jurisdiccional considera que la cláusula de exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal afecta a un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres, habrá de concluirse que tal disposición establece una desigualdad de trato contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.

56. En segundo lugar, en el presente asunto, de la resolución de remisión y de la información presentada durante la vista no parece desprenderse que faltasen datos estadísticos. Si bien es cierto que la disposición controvertida en el litigio principal no establece distinción alguna entre las personas de ambos sexos, la información estadística que ha aportado el órgano jurisdiccional remitente sugiere, no obstante, que, dentro del colectivo de los empleados de hogar, las mujeres sufren una desventaja en una proporción aplastante. Dicho órgano jurisdiccional apunta que estos datos no han sido en modo alguno rebatidos por la TGSS y que la disposición controvertida en el litigio principal crea una desventaja para los empleados de hogar. ³²

²⁸ Sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 24. El subrayado es mío. He de observar que esta sentencia marca la evolución de la definición de este concepto respecto de la jurisprudencia anterior, según la cual «existe discriminación indirecta en el sentido de dicha disposición cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, *perjudique* de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres». El subrayado es mío. Véanse, en particular, las sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675), apartado 56; de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746), apartado 29; de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215), apartado 28, y de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833), apartado 38. Como ha subrayado la doctrina, se trata de examinar desde un punto de vista más cualitativo cuáles son los potenciales efectos desfavorables de una medida sobre las personas que cumplen un determinado criterio respecto de otras personas. Esta nueva definición permite tratar igualmente las discriminaciones indirectas asociadas a criterios respecto de los que no se tienen datos cuantitativos. Véanse, a este respecto, Miné, M.: «Les concepts de discrimination directe et indirecte», *ERA Forum*, vol. 4, 2003, pp. 30 a 44, en particular pp. 38 y 39; Tridimas, T.: *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 67 a 72, y Vielle, P., et Wuiame, N.: *Évaluation de la mise en œuvre de la directive 79/7/CEE relative à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale*, 1999, pp. 1 a 49, en particular p. 21.

²⁹ Véanse las sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 38 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 25.

³⁰ Véase, en particular, Tobler, C.: *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, *op. cit.*, p. 58.

³¹ Véase la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 27 y jurisprudencia citada. Ha de señalarse que es posible demostrar la discriminación indirecta por cualquier medio, y no solo a partir de datos estadísticos. Véase, a este respecto, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 46. Véase asimismo la sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828), apartado 56.

³² La TGSS señala, en sus observaciones escritas, que «es indudable que los trabajadores en alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar son, muy mayoritariamente, personas del sexo femenino y que su exclusión de la protección por desempleo podría constituir una discriminación indirecta en relación a los trabajadores masculinos».

57. Para apreciar estos datos, cabe recordar que es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por un lado, que incumbe al juez nacional tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato, en el presente asunto, el artículo 251, letra d), de la LGSS, y, por otro lado, que el mejor método de comparación consiste en confrontar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación.³³

58. Si aplicamos este método al presente asunto, por una parte, deben tomarse en consideración no solo los afiliados al sistema especial para empleados de hogar, sino también el conjunto de los trabajadores sujetos al régimen general de la seguridad social española —incluidos aquellos que están sujetos a los regímenes especiales—, dentro del cual están integrados tales afiliados, en la medida en que la normativa controvertida en el litigio principal contribuye a definir el ámbito de aplicación personal de las prestaciones aplicables a todos los afiliados al régimen general, a saber, las prestaciones por desempleo.³⁴

59. A este respecto, del artículo 264, apartado 1, de la LGSS resulta que todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el *régimen general de la seguridad social* tienen en principio derecho a las prestaciones por desempleo. En efecto, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia durante la vista, la TGSS explicó que, a 31 de mayo de 2021, en España, estaban afiliados a este régimen general 15 872 720 trabajadores por cuenta ajena. Dentro de este grupo, la proporción de hombres y mujeres era más o menos similar, a saber, del 51,04 % y el 48,96 % respectivamente; de ellos,³⁵ 14 259 814 cotizaban por la contingencia de desempleo y 1 612 906 no lo hacían.

60. Por otra parte, la TGSS precisó durante la vista que, por lo que respecta al *sistema especial para empleados de hogar*, en el que estaban incluidos, en la misma fecha, 384 175 trabajadores por cuenta ajena, la proporción de hombres y mujeres era muy diferente. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente subraya que las mujeres representan casi el 100 % de los trabajadores sujetos a ese régimen especial. A este respecto, la TGSS también señaló durante la vista, en cuanto atañe a los datos correspondientes a esa misma fecha, que el colectivo de empleados de hogar estaba representado por 17 171 hombres y 366 991 mujeres. Estos datos muestran que, en la fecha en cuestión, este grupo estaba integrado por un 95,53 % de mujeres.

61. Las estadísticas presentadas ante el órgano jurisdiccional remitente y confirmadas por la TGSS en la vista demuestran que la cláusula de exclusión controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción significativamente mayor de empleados de hogar de sexo femenino que de sexo masculino.

62. Así pues, considero que, si el órgano jurisdiccional remitente, basándose en los datos estadísticos que acabo de examinar y, en su caso, en otros elementos pertinentes, llegara a la conclusión de que la disposición controvertida en el litigio principal sitúa a los empleados de

³³ Véanse, en particular, las sentencias de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo) (C-223/19, EU:C:2020:753), apartado 52 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 26. Véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartados 39 y 45.

³⁴ Véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 28.

³⁵ Para datos estadísticos sobre el primer trimestre del año 2017, véase la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 42.

hogar de sexo femenino, en particular, en una posición menos ventajosa, debería considerar que dicha disposición es contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, salvo que esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.³⁶

63. Por consiguiente, procede analizar a continuación la cuestión de si la desigualdad de trato instaurada por la disposición controvertida en el litigio principal en detrimento de los empleados de hogar de sexo femenino puede justificarse objetivamente habida cuenta del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7.³⁷

b) ¿Puede justificarse objetivamente la desigualdad de trato instaurada por la disposición controvertida en el litigio principal habida cuenta de las disposiciones de la Directiva 79/7?

64. En sus observaciones escritas, la TGSS y el Gobierno español alegan, en particular, que la diferencia de trato respecto de los empleados de hogar se justifica por objetivos basados en las características específicas de esta categoría de empleados y del 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.

65. Se suscita pues la cuestión de si estos motivos son objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Según el Tribunal de Justicia, así sucede en particular cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa de que se trate y son necesarios a tal fin.³⁸ Por otro lado, tales medios solo pueden considerarse adecuados para garantizar el citado objetivo si responden verdaderamente al empeño de lograrlo y si se aplican de forma coherente y sistemática.³⁹

1) Sobre el control de la legitimidad del objetivo de política social perseguido por la cláusula de exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal

66. En primer lugar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia suele considerar los objetivos de política social como objetivos legítimos de interés general. La protección frente a la contingencia de desempleo forma parte de la política social comprendida en el ámbito de competencia de los Estados miembros.

67. Concretamente, en el contexto de la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que no puede negarse que la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social.⁴⁰ En particular, por lo que respecta al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, el Tribunal de Justicia ha aceptado que constituye un

³⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 47.

³⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 24.

³⁸ Véase la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 53 y jurisprudencia citada. Véanse asimismo las sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka-Kaufhaus (170/84, EU:C:1986:204), apartado 36; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, EU:C:1989:328), apartado 14; de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (C-343/92, EU:C:1994:71), apartado 34, y de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 48.

³⁹ Véase la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 54 y jurisprudencia citada.

⁴⁰ Sentencias de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604), apartado 65, y de 2 de abril de 2020, Comune di Gesturi (C-670/18, EU:C:2020:272), apartado 37. Véase asimismo la sentencia de 11 de septiembre de 2003, Steinicke (C-77/02, EU:C:2003:458), apartado 62 y jurisprudencia citada.

motivo objetivo de justificación, en relación con el acceso al régimen legal del seguro de desempleo, la lucha contra el aumento de empleos ilegales y de las de las maniobras elusivas.⁴¹

68. En este contexto, en ocasiones, el Tribunal de Justicia ha admitido que los Estados miembros disponen de un «margen de apreciación razonable» en cuanto al tipo de medidas de protección social y a sus modalidades concretas de aplicación,⁴² si bien, en resoluciones más recientes, ha señalado que disponen de «un amplio margen de apreciación».⁴³ En particular, en el marco de las discriminaciones indirectas por razón de sexo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, el Tribunal de Justicia ha declarado que 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.⁴⁴

69. Cabe señalar que esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha recibido críticas de la doctrina, que le reprocha el cambio de criterio.⁴⁵ Dicho esto, quisiera subrayar que, independientemente de que se ponga el acento sobre el carácter «razonable» o «amplio» del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros al elegir las medidas que permitan alcanzar los objetivos de su política social, el Tribunal de Justicia ha declarado, no obstante, que dicho margen de apreciación no puede abocar a que se vacíe de contenido un principio fundamental del Derecho de la Unión, como es el de igualdad de trato.⁴⁶

⁴¹ Véase la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel (C-444/93, EU:C:1995:442), apartados 27, 28 y 32. En el marco del acceso al seguro obligatorio de invalidez y vejez, véase la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93, EU:C:1995:438), apartados 31, 32 y 36. Por otra parte, en el contexto de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, el Tribunal de Justicia ha declarado que objetivos tales como la protección social de los trabajadores y la facilitación de los controles administrativos relacionados con ella [sentencia de 16 de abril de 2013, Las (C-202/11, EU:C:2013:239), apartado 28], la lucha contra el fraude, en especial social, y la prevención de los abusos son objetivos que se encuentran entre las «razones imperiosas de interés general» que pueden justificar una restricción en el ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado [sentencia de 13 de noviembre de 2018, Čepelnik (C-33/17, EU:C:2018:896), apartado 44]. Ahora bien, debo recordar que los conceptos de «razones imperiosas de interés general» en el contexto de las libertades fundamentales y de «motivos objetivos de justificación» en el marco de la discriminación indirecta no son equivalentes.

⁴² Véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273), apartado 27 (sobre medidas sociales destinadas a garantizar la protección de la mujer en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad); de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-229/89, EU:C:1991:187), apartado 22 (sobre el objetivo de política social de garantizar unos ingresos mínimos de sustitución), y de 20 de octubre de 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675), apartado 91 (sobre la atribución de unos ingresos iguales al mínimo social como una medida de política social).

⁴³ Véanse, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Nolte (C-317/93, EU:C:1995:438), apartado 33; de 14 de diciembre de 1995, Megner et Scheffel (C-444/93, EU:C:1995:442), apartado 29; de 1 de febrero de 1996, Posthuma-van Damme y Oztürk, C-280/94, EU:C:1996:27, apartado 26; de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez (C-167/97, EU:C:1999:60), apartado 74, y de 20 de octubre de 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675), apartado 73.

⁴⁴ Sentencia de 21 de enero de 2021, INSS (C-843/19, EU:C:2021:55), apartado 33 y jurisprudencia citada.

⁴⁵ La doctrina también ha criticado la flexibilización del criterio, estructurado en tres fases, de la justificación cuyo carácter objetivo exige que los medios elegidos, en primer lugar, respondan a una necesidad real (realidad), en segundo lugar, sean adecuados para alcanzar el objetivo perseguido (idoneidad) y, en tercer lugar, resulten necesarios a tal fin (proporcionalidad). Según la doctrina, el Tribunal de Justicia aplica este criterio de forma más estricta y sistemática en el ámbito de la discriminación indirecta por razón de la nacionalidad que en el ámbito de las materias sujetas, en particular, a la Directiva 79/7. Véanse, en particular, Barnard, C. y Hepple, B., «Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith», *Cambridge Law Journal*, 58(2), 1999, pp. 399 a 412, en particular pp. 409 a 412: «The real problem is that while the Court of Justice is capable of pronouncing on questions of formal equality, it lacks access to the statistical and social science advice which is needed to assess arguments about disparate impact and objective justification.» [«El verdadero problema es que, pese a que el Tribunal de Justicia puede pronunciarse sobre cuestiones de igualdad formal, no tiene acceso a las recomendaciones estadísticas y del ámbito de las ciencias sociales que se precisan para evaluar las alegaciones sobre el impacto desigual y la justificación objetiva.»]; Bell, M. y Waddington, L.: «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, pp. 587 a 611, en particular p. 593, y Vielle, P., y Wuiame, N.: *op. cit.*, p. 22. Sobre la importancia de la aplicación estricta de este criterio en el ámbito de la discriminación por razón de sexo, véase Mulder, J.: *Indirect sex discrimination in employment. Theoretical analysis and reflections on the CJEU case law and national application of the concept of indirect sex discrimination*, European Network of Legal experts in gender equality and non-discrimination, Comisión Europea, Bruselas, 2020, p. 130.

⁴⁶ Sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez (C-167/97, EU:C:1999:60), apartado 71; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168), apartado 57, y de 11 de septiembre de 2003, Steinicke (C-77/02, EU:C:2003:458), apartado 63. Véase asimismo la sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 27.

70. En este contexto, debo recordar que, para que una diferencia de trato no constituya una discriminación indirecta, debe estar justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.⁴⁷ Ciertamente, como ya he señalado,⁴⁸ el Tribunal de Justicia considera que así sucede *en particular* cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro cuya legislación se cuestiona, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por esta y son necesarios a tal fin.⁴⁹ De este modo, por un lado, incumbe al Estado miembro demostrar que la normativa controvertida responde a un objetivo legítimo *y que este objetivo es ajeno a toda discriminación por razón de sexo*, y, por otro lado, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, y en qué medida, la disposición legal controvertida está justificada por tal factor objetivo, mientras que el Tribunal de Justicia es competente para dar indicaciones, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que se le hayan presentado, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución.⁵⁰

71. En lo atinente a la identificación de los objetivos perseguidos por el sistema especial para empleados de hogar, no puede negarse que los motivos invocados por el Gobierno español y la TGSS relativos a la promoción de la contratación y la protección del nivel de ocupación, así como a la protección de los trabajadores, la lucha contra el trabajo sumergido y el fraude social, constituyen objetivos legítimos de política social. Sin embargo, hay que recordar que, en el ámbito de la discriminación indirecta, la justificación objetiva no puede consistir únicamente en enumerar una serie de objetivos de política social que parecen, a primera vista, legítimos: estos objetivos deben ser ajenos a toda discriminación por razón de sexo.⁵¹ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que no son suficientes meras afirmaciones generales para probar que el objetivo de una norma nacional es ajeno a toda discriminación por razón de sexo.⁵² Por lo tanto, es preciso comprobar el carácter objetivamente ajeno a toda discriminación por razón de sexo de los motivos de política social invocados por el Gobierno español y la TGSS.

2) Sobre la comprobación del carácter objetivamente ajeno a toda discriminación por razón de sexo de los motivos invocados

72. En cuanto atañe al objetivo de justificación basado en las características de la rama de actividad de los empleados de hogar y la protección del nivel de ocupación, en sus observaciones escritas, el Gobierno español aduce, por un lado, que la rama de actividad de los empleados de hogar es tradicionalmente sensible al gravamen que podrían suponer las cargas administrativas y los costes laborales y de seguridad social para los empleadores (cabezas de familia) y los

⁴⁷ Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 47.

⁴⁸ Véase el punto 65 de las presentes conclusiones.

⁴⁹ Véase la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 54 y jurisprudencia citada. Véanse asimismo las sentencias de 13 de mayo de 1986, Bilka-Kaufhaus (170/84, EU:C:1986:204), apartado 36; de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88, EU:C:1989:328), apartado 14; de 24 de febrero de 1994, Roks y otros (C-343/92, EU:C:1994:71), apartado 34, y de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382), apartado 48.

⁵⁰ Véase la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartados 55 y 56 y jurisprudencia citada.

⁵¹ Esta es la fase del examen de la determinación de la existencia de una discriminación indirecta, esto es, la fase en que se realizan las comprobaciones relativas a las justificaciones objetivas, sobre la que la doctrina ha emitido sus reservas en cuanto al control efectuado por el Tribunal de Justicia. Según la doctrina, este control es laxo en todos los casos en los que se alega que la prestación controvertida está justificada por objetivos legítimos de política social. Véase, en particular, Pennings, F.: *European Social Security Law*, Intersentia, Amberes, Oxford y Portland, 2010, pp. 322 a 327.

⁵² Sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 59 y jurisprudencia citada. A este respecto, la doctrina señala que invocar un objetivo legítimo no implica necesariamente una limitación de la protección contra la discriminación indirecta prevista por la Directiva 79/7. Véase Tobler, C.: *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, op. cit., p. 39: «[c]’est pourquoi il n’est pas surprenant que la Cour de justice soit critiquée pour avoir accepté certains objectifs comme légitimes» [«por ello no sorprenden las críticas vertidas contra el Tribunal de Justicia por haber aceptado que algunos objetivos se consideren legítimos»].

empleados, y, por otro lado, que se trata de un sector que siempre ha tenido un índice de ocupación elevado. Ello justifica, a su juicio, la exclusión de la cobertura de una contingencia como la de desempleo, que tiene una incidencia mínima para este grupo de trabajadores.

73. La TGSS ha invocado como posible justificación de la limitación de la acción protectora de la seguridad social respecto de los empleados de hogar la distinta condición de sus empleadores, que no son empresarios que explotan una unidad productiva tradicional, sino cabezas de familia del hogar.⁵³ Además, la TGSS alega, en sus observaciones escritas, que, en la medida en que la actividad de estos empleados exige un bajo grado de cualificación y, por lo tanto, suele retribuirse con el salario mínimo, podría ser «más conveniente» para estos trabajadores acceder a la protección frente a la contingencia de desempleo que seguir prestando sus servicios, o alternar períodos de trabajo efectivo y de descanso en los que percibirían la prestación por desempleo, lo que propiciaría el fraude.

74. Por lo que respecta al objetivo de justificación basado en la lucha contra el trabajo sumergido y el fraude, el Gobierno español alega, en sus observaciones escritas, que la exclusión del sistema especial para empleados de hogar de la protección frente a la contingencia de desempleo está justificada por el objetivo legítimo de evitar cargas y costes sociales que agravarían el problema del trabajo sumergido y, por consiguiente, la vulnerabilidad de estos empleados. Además, estima que las particularidades de la relación de trabajo de los empleados de hogar conlleva dificultades adicionales a la hora de comprobar que se cumplen ciertos requisitos esenciales para acceder a la prestación por desempleo, tales como el carácter involuntario de la finalización de la relación laboral o la dificultad de efectuar controles e inspecciones para verificar la existencia de situaciones de incompatibilidad o fraude, dada la inviolabilidad del domicilio de los empleadores, lugar de trabajo de estos empleados.

75. En este contexto, el Gobierno español y la TGSS señalan que la eventual inclusión de la protección frente a la contingencia de desempleo en este sistema especial daría lugar necesariamente a un aumento de las cotizaciones, lo que podría implicar un aumento del trabajo sumergido, de forma que los trabajadores que integran dicho sistema no serían dados de alta y no cotizarían a la seguridad social, y gozarían, en consecuencia, de una menor protección.

76. Como he señalado en el punto 67 de las presentes conclusiones, estos objetivos de política social, que examinaré de manera conjunta, constituyen, en principio, objetivos legítimos.⁵⁴ Sin embargo, reconozco albergar dudas en cuanto al carácter no discriminatorio de estos objetivos, por las razones que se exponen a continuación.

77. En primer lugar, basta con señalar que los regímenes de seguridad social están a menudo basados en un modelo de familia en el que se considera que la persona de sexo masculino, a la que se atribuye de oficio la calidad de cabeza de familia, es la que desempeña un trabajo y soporta todos los gastos domésticos.⁵⁵ Por ello, es preciso examinar, en el marco del examen de la «justificación objetiva», si ciertos objetivos de política social invocados para justificar una diferencia de trato a las personas de sexo femenino están anclados en roles estereotipados o en

⁵³ Por otra parte, la TGSS aduce que estos empleados pueden disfrutar de la prestación por desempleo siempre que en los seis últimos años anteriores a su alta en el sistema especial para empleados de hogar hayan cotizado con arreglo al régimen general de la seguridad social y siempre que la finalización de la relación laboral no se produzca por una baja voluntaria. Ahora bien, esta situación parece excluir de la prestación por desempleo a los trabajadores que siempre hayan trabajado como empleados de hogar.

⁵⁴ El examen conjunto de estos objetivos me parece pertinente, pues se superponen y están estrechamente relacionados entre sí.

⁵⁵ Véase, en particular, Geulette, A.: *op. cit.*, p. 555.

estereotipos de género que pueden ser la causa de discriminaciones indirectas o sistémicas.⁵⁶ Este modelo, en el que persisten los estereotipos sobre el papel de los hombres y las mujeres en la sociedad,⁵⁷ ya no se ajusta a la realidad de la sociedad en Europa. En efecto, hoy las mujeres forman parte del mercado de trabajo en todos los niveles, la posición de madres y padres tiende a ser comparable en cuanto a la condición de progenitor y al cuidado de los hijos,⁵⁸ y existen nuevas formas de estructura familiar, en particular, familias monoparentales, que ya no se ajustan al modelo clásico de familia.

78. En segundo lugar, como ha subrayado la doctrina, una concepción de igualdad entre las personas de ambos sexos que consolide el modelo tradicional de la especialización de los roles masculinos y femeninos tiene el efecto, por una parte, de obviar la segregación profesional y la situación desfavorable de las personas de sexo femenino en el mercado de trabajo, «al permitir que perduren las desigualdades entre trabajadores típicos y atípicos dentro de los regímenes de seguridad social».⁵⁹ Por otra parte, «las personas que no adoptan el modelo tradicional de actividad profesional, sobre todo los trabajadores “atípicos”, pasan a ser considerados económicamente dependientes de los trabajadores “típicos”».⁶⁰ Esta concepción de la igualdad legitima el mantenimiento y desarrollo de diversas formas de «familización de derechos».⁶¹

79. En este contexto, ¿cabe admitir que los objetivos examinados en este asunto son ajenos a toda discriminación por razón de sexo?

80. Creo que no.

⁵⁶ Véase, en particular, Tobler, C.: *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, *op. cit.*, pp. 61 y ss. y doctrina citada: «The term “structural discrimination” refers to a type of discrimination with a much more complex nature. Structural discrimination arises from deeply rooted views, opinions and value judgments relied on in a given society or from societal, cultural, economic patterns and structures.» [«El término “discriminación estructural” se refiere a un tipo de discriminación de naturaleza mucho más compleja. La discriminación estructural se deriva de puntos de vista, opiniones y juicios de valor profundamente arraigados en una sociedad determinada, o de patrones y estructuras sociales, culturales y económicos.»] Véase, asimismo, en el ámbito de la discriminación racial, la definición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACDH): «Discrimination can exist explicitly, through institutions, norms and values. [...] Structural discrimination primarily relates to the ways in which common behaviour and equal legislation and norms for everybody can affect, and obscure, discriminatory intent.» [«La discriminación puede ser explícita, mediante instituciones, normas y valores. [...] La discriminación estructural se refiere principalmente a las formas en que una conducta común y una legislación y normativa igual para todos puede tener, y ocultar, fines discriminatorios.»] Disponible en la siguiente dirección: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/IWG/Session8/MirjanaNajcevska.doc>.

⁵⁷ Sobre esta cuestión, véase, en particular, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, COM(2017) 678 final.

⁵⁸ Como ha recordado el Abogado General Bobek en sus conclusiones presentadas en el asunto Syndicat CFTEC (C-463/19, EU:C:2020:550), punto 52 y jurisprudencia citada, y en el asunto Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensión para las madres) (C-450/18, EU:C:2019:696), puntos 37 y 38, en particular por remisión a las sentencias de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia (312/86, EU:C:1988:485), apartado 14; de 29 de noviembre de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648), apartado 56; de 26 de marzo de 2009, Comisión/Grecia (C-559/07, EU:C:2009:198), apartado 69, y de 16 de julio de 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473), apartado 47.

⁵⁹ Vielle, P., y Wuïame, N.: *op. cit.*, p. 24. Véase, a este respecto, Vogel-Polsky, E.: «Genre et droit: les enjeux de la parité», *Cahiers du GEDISST (Groupe d'étude sur la division sociale et sexuelle du travail)*, n.º 17, 1996, «Principes et enjeux de la parité», pp. 11 à 31: «La ségrégation professionnelle [...] des femmes dans l'économie et le monde du travail trouve ses origines dans la totalité des rapports sociaux de sexe [ou] dans l'imprégnation des stéréotypes véhiculés par la culture, l'éducation, le système scolaire, la famille, les médias [...]» [«La segregación profesional [...] de la mujer en la economía y el mercado laboral halla su origen en todas las relaciones sociales de sexo [o] en la propagación de los estereotipos difundidos por la cultura, la educación, la escuela, la familia, los medios de comunicación [...]»].

⁶⁰ Vielle, P., y Wuïame, N.: *op. cit.*, p. 24.

⁶¹ *Ibid.*, p. 24. Para un análisis exhaustivo del desarrollo progresivo de la igualdad entre trabajadores y trabajadoras en su papel de progenitores por el legislador de la Unión Europea, véanse las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Syndicat CFTEC (C-463/19, EU:C:2020:550), puntos 53 y ss.

81. En primer término, 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.⁶² La TGSS afirma que, si los empleados de hogar estuvieran protegidos frente a la contingencia de desempleo, sería «más conveniente» para estos trabajadores «alternar períodos de servicios efectivos y de descanso con protección por desempleo, propiciándose así el fraude». Si este fuera el efecto resultante de tales características, entonces, como es lógico, todos los trabajadores del mercado laboral poco cualificados y que perciban el salario mínimo en otros sectores deberían quedar también excluidos de la prestación por desempleo. Pues bien, esto no es lo que sucede.⁶³ Por consiguiente, no existe, a mi parecer, relación alguna entre los motivos de justificación invocados por la TGSS y la exclusión de los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo prevista por la disposición controvertida en el litigio principal.

82. En segundo término, el Gobierno español justifica esta exclusión mediante el objetivo de protección del nivel de ocupación de la categoría de actividad de los empleados de hogar, refiriéndose, por un lado, a la incidencia mínima que, en su opinión, tiene el desempleo sobre este grupo de trabajadores, en su mayoría mujeres, y, por otro, al hecho de que, según su parecer, la eventual inclusión de la protección contra el desempleo en el sistema especial para empleados de hogar conllevaría necesariamente un aumento de las cotizaciones y, en consecuencia, un incremento del trabajo sumergido. Pues bien, esta exclusión conduce, a mi juicio, a reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran el sector de los empleados de hogar, sino también infravalorar el trabajo de los empleados de este colectivo,⁶⁴ que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad.

83. A la vista de estas consideraciones, estimo que los objetivos invocados por el Gobierno español y la TGSS, relativos a la protección del nivel de ocupación y a las características de este sector o a la lucha contra el trabajo sumergido, no son ajenos a toda discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, no pueden justificar una discriminación perjudicial para las personas de sexo femenino.

84. Sin embargo, para el caso de que el Tribunal de Justicia considere que la cláusula de exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal responde a objetivos legítimos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, voy a examinar si esta cláusula es adecuada para alcanzar el objetivo perseguido por dicha disposición y necesaria a tal fin.⁶⁵

⁶² A este respecto, de las observaciones de la Comisión se desprende que, para explicar las actuales diferencias relativas a la protección de los distintos tipos de trabajadores y, en particular, de los empleados de hogar, la doctrina española se ha referido, en particular, al hecho de que este colectivo está integrado en su mayor parte por mujeres y que estas últimas están tradicionalmente cubiertas por la seguridad social gracias a sus vínculos familiares. Véase, en particular, Otxoa Crespo, I., *La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas*, Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibertsitatea, 2012, pp. 304 y 305. Disponible en la siguiente dirección: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/11601/9082-090-2-OtxoaTH.pdf?sequence=6&isAllowed=y>.

⁶³ El Gobierno español declaró, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia durante la vista, que los conductores privados forman parte del régimen general de la seguridad social y cotizan por las prestaciones por desempleo.

⁶⁴ *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, Informe IV(1), Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 99.ª reunión, 2010, pp. 1 a 134. Sobre la segregación profesional, véase Rodríguez Escanciano, S.: «Condiciones de trabajo y discriminación salarial por razón de sexo», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Casas Baamonde, M. E., y Gil Alburquerque, R. (dirs), Francis Lefebvre, 2019, pp. 269 a 307, en particular pp. 280 y ss.

⁶⁵ Sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 53.

c) ¿Es proporcionada la disposición controvertida en el litigio principal?

1) Sobre la idoneidad y la necesidad

85. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, parece razonable que las autoridades nacionales de un Estado miembro estimen que una medida concreta puede ser adecuada y necesaria para alcanzar los objetivos invocados con fines de protección social de los trabajadores.⁶⁶ Ahora bien, una medida como la controvertida en el litigio principal, que excluye a una categoría de trabajadores, en el presente asunto, los empleados de hogar, de las prestaciones de desempleo, ¿puede considerarse adecuada y necesaria?

86. He de recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo y luchar contra el trabajo sumergido no bastan para demostrar que el objetivo de la disposición controvertida en el litigio principal es ajeno a toda discriminación por razón de sexo ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo.⁶⁷

87. Se plantea pues la cuestión de si la cláusula de exclusión controvertida en el litigio principal puede considerarse una medida adecuada para garantizar estos objetivos de política social.⁶⁸ Para ello, esta cláusula debe responder verdaderamente al empeño de alcanzar tal objetivo y aplicarse de manera coherente y sistemática.⁶⁹

88. Por un lado, albergo dudas en cuanto a la capacidad de la cláusula controvertida para perseguir los objetivos legítimos invocados, y ello por las razones que se exponen en los puntos 77 a 82 de las presentes conclusiones.

89. Por otro lado, en lo que atañe a la exigencia relativa a la aplicación coherente y sistemática de esta cláusula, considero que el órgano jurisdiccional podría comprobar los siguientes aspectos.

90. En primer lugar, es preciso señalar que de las observaciones orales de CJ se desprende que la única categoría de trabajadores excluida de la protección frente a la contingencia de desempleo es la de los empleados de hogar.

91. A este respecto, la TGSS señaló durante la vista que también se excluye de la protección contra la contingencia de desempleo a personas de otras categorías de actividad, integradas por trabajadores de ambos sexos en proporciones similares, tales como los participantes en programas de formación y los diputados. También afirmó que las personas que pertenecen a ciertos grupos que no cotizan por desempleo, como los gerentes y administradores de sociedades mercantiles, profesionales o similares, así como los ministros de culto, en su mayoría, son hombres. Por motivos obvios, los ejemplos aportados no resultan pertinentes.⁷⁰

⁶⁶ Véase, en particular, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604), apartado 72.

⁶⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Perez (C-167/97, EU:C:1999:60), apartado 76; de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168), apartado 58; de 11 de septiembre de 2003, Steinicke (C-77/02, EU:C:2003:458), apartado 64, y de 5 de marzo de 2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128), apartado 51.

⁶⁸ Véase la jurisprudencia recordada en el punto 65 de las presentes conclusiones.

⁶⁹ Véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 54 y jurisprudencia citada.

⁷⁰ Véase, a este respecto, el punto 81 de las presentes conclusiones.

92. En segundo lugar, de las observaciones del Gobierno español resulta que el sistema especial para empleados de hogar cubre los riesgos profesionales relativos a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Por lo tanto, es preciso comprobar si el riesgo de fraude o la dificultad de efectuar controles son en efecto más elevados respecto de las prestaciones de desempleo, excluidas para los empleados de hogar, que respecto de las otras prestaciones que sí se reconocen a estos empleados.⁷¹

93. En tercer lugar, comparto el criterio de la Comisión según el cual conviene examinar la severidad de la medida elegida para luchar contra el trabajo sumergido y el fraude. En efecto, debo señalar que la exclusión absoluta de una categoría de trabajadores, como los empleados de hogar, de la protección frente a la contingencia de desempleo, como medida de «protección social», no parece ser beneficiosa para estos trabajadores. Por lo tanto, me cuesta concebir cómo una cláusula de exclusión como la controvertida en el litigio principal, que tiene el objetivo de luchar contra el trabajo sumergido pero parece agravar la situación de desamparo social de esta categoría de trabajadores, podría considerarse coherente. Distinto sería el caso de una medida de lucha contra el trabajo sumergido destinada a controlar la obtención fraudulenta de las prestaciones de desempleo que fuera coherente con el objetivo de protección social de los empleados de hogar y no penalizase a este colectivo.⁷²

94. En cuarto lugar, por lo que respecta, en particular, a la relación existente, según la TGSS, entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido,⁷³ de sus observaciones escritas se desprende que la creación del sistema especial para empleados de hogar, integrado en el régimen general en 2012,⁷⁴ condujo, por el contrario, a un incremento considerable de la afiliación de estos trabajadores,⁷⁵ aflorando así empleo sumergido anterior.⁷⁶ Por lo tanto, no puede deducirse la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido.

95. En quinto lugar, se suscita la cuestión de si el hecho de que el lugar de trabajo sea el domicilio del empleador justifica la elección de la medida de exclusión controvertida. Por lo tanto, sería pertinente examinar qué importancia reviste la influencia del lugar de trabajo sobre tal elección. En este sentido, ¿cómo puede conducir el hecho de que la prestación del servicio tenga lugar en el domicilio del empleador a excluir las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar, pero no a excluir otras prestaciones sociales a las que sí tienen derecho estos empleados, tales como las prestaciones por accidente laboral o enfermedad?

96. En esta misma línea, en cuanto a la aplicación sistemática, el órgano jurisdiccional remitente podría comprobar asimismo si, por lo que respecta a las prestaciones por desempleo, el lugar de trabajo incide de igual forma en la situación de otros empleados cuyo lugar de trabajo también es el domicilio del empleador (jardineros, conductores privados, etc.) o su propio domicilio

⁷¹ De las observaciones orales del Gobierno español se deriva que este régimen cubre asimismo las contingencias de embarazo y lactancia, maternidad y paternidad, y de fallecimiento y supervivencia.

⁷² La Comisión menciona, como ejemplo, el sistema de *chèque service* instaurado en Francia y en Bélgica, las reducciones o exenciones de cotización totales o parciales para ciertos empleadores y las bonificaciones o deducciones fiscales.

⁷³ Véase el punto 75 de las presentes conclusiones.

⁷⁴ Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE n.º 277, de 17 de noviembre de 2011, p. 119046).

⁷⁵ A este respecto, CJ señaló durante la vista que, en 2012, el número de altas en la seguridad social de estos empleados aumentó de 296 949 a 414 453 trabajadores.

⁷⁶ En sus observaciones escritas, la TGSS señaló, sin embargo, que posteriormente, entre 2012 y 2019, el número de afiliados disminuyó.

(trabajadores por cuenta propia) que en la situación de los empleados de hogar.⁷⁷ A este respecto, cabe preguntarse igualmente cuáles son los requisitos aplicables a la inspección de un domicilio y una empresa.⁷⁸

97. En sexto y último lugar, podría ser pertinente conocer si existen otras prestaciones sociales reconocidas a los empleados de hogar que pudieran compensar la falta de protección frente a la contingencia de desempleo.⁷⁹ Sobre este extremo, CJ declaró en la vista, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, que, además de no existir otras prestaciones que puedan compensar la falta de protección frente a esta contingencia, la exclusión de dicha protección conduce a privar a los empleados de hogar del disfrute de otras prestaciones, como la de incapacidad permanente.⁸⁰

98. A este respecto, el Gobierno español y la TGSS aducen que acaba de crearse un subsidio extraordinario por falta de actividad⁸¹ a favor de los afiliados al sistema especial para empleados de hogar que, con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de Covid-19, hayan dejado de prestar servicios, total o parcialmente. Sin embargo, es preciso señalar que este subsidio extraordinario es temporal. En sus observaciones escritas, la propia TGSS afirma que «estaría vigente durante *un mes* (contando desde la fecha de devengo) y podría prorrogarse por períodos mensuales si así se determinaba por real Decreto-ley».

99. Habida cuenta de las consideraciones que preceden, estimo que la disposición controvertida en el litigio principal 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.⁸²

100. Por consiguiente, considero que la exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal, que prohíbe en términos absolutos acceder a la prestación por desempleo a todos los empleados de hogar, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos.

2) Conclusión intermedia

101. En mi opinión, la disposición controvertida en el litigio principal establece una discriminación indirecta en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, en la medida en que no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

⁷⁷ Como he señalado en la nota a pie de página n.º 63 de las presentes conclusiones, el Gobierno español afirmó, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia durante la vista, que los conductores privados cotizan por las prestaciones por desempleo.

⁷⁸ En sus observaciones escritas, la Comisión remite a una pregunta parlamentaria formulada a la Comisión (P-128/2020) por varios diputados españoles del Parlamento Europeo, en la que se señalaba, en relación con la posibilidad de inspeccionar los domicilios para detectar el fraude, que «el Tribunal Supremo exige los mismos requisitos (indicios de fraude, principios de necesidad y proporcionalidad) para inspeccionar una empresa o un domicilio». Disponible en la siguiente dirección: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-000128_ES.html.

⁷⁹ A este respecto, la TGSS explicó durante la vista que el subsidio por incapacidad temporal es más ventajoso, dado que se paga a partir del noveno día y no del décimo quinto.

⁸⁰ El órgano jurisdiccional remitente observa que, cuando finaliza la relación laboral de los empleados de hogar por causas que no les son imputables, la imposibilidad de acceder a la prestación por desempleo lleva aparejada asimismo la imposibilidad de acceder a cualquier otra ayuda social supeditada al agotamiento del derecho a tal prestación. Véase, a este respecto, el punto 16 de las presentes conclusiones.

⁸¹ Artículo 30 del 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 (BOE n.º 91, de 1 de abril de 2020).

⁸² Véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090), apartado 54 y jurisprudencia citada.

4. Consideraciones adicionales

102. Para finalizar mi análisis, he de señalar los dos elementos siguientes.

103. Por un lado, de las observaciones escritas de la Comisión y de las observaciones orales de CJ se desprende que el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre de 2011, establece, en su disposición adicional segunda, que el Ministerio de Trabajo [e Inmigración] procederá a la constitución de un grupo de expertos para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre, entre otras cuestiones, «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». Tanto la Comisión como CJ han destacado que, hasta la fecha, no parece que se haya aplicado esta disposición.

104. Por otro lado, el artículo 14 del Convenio n.º 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, aprobado el 16 de junio de 2011, dispone que «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 [...]». La Comisión señala que, si bien el Reino de España todavía no ha ratificado este Convenio, es miembro de la Organización Internacional del Trabajo.⁸³

V. Conclusión

105. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra):

«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 reconocidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, cuando consta que estos empleados son casi exclusivamente mujeres.»

⁸³ Sobre este punto, el Gobierno español declaró durante la vista que se habían iniciado los trámites necesarios para ratificar el Convenio, que podrían dar lugar al reconocimiento de los empleados de hogar en lo que respecta a la protección contra el desempleo.