



Roj: **SJCA 16/2022 - ECLI:ES:JCA:2022:16**

Id Cendoj: **36057450022022100001**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Vigo**

Sección: **2**

Fecha: **17/03/2022**

Nº de Recurso: **93/2020**

Nº de Resolución: **68/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARCOS AMBOAGE LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJCA 42/2020,**
GTJUE 186/2021,
PTJUE 45/2022,
SJCA 16/2022

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2 DE VIGO

Modelo: N11600 C/ LALIN Nº 4, PISO 5º EDIFICIO Nº 2 Teléfono: 98n 817860/72/61 Fax: 986 817873 Correo electrónico:

Equipo/usuario: MV

N.I.G: 36057 45 3 2020 0000174 Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000093 /2020 Sobre: ADMON. DEL ESTADO De D/Dª : Visitacion Abogado: JAVIER DE COMINGES CACERES Procurador D./Dª : PAULA LIMA CASAS Contra D./Dª TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAO SOCIAL Abogado: LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 68/22

En Vigo, a 17 de marzo de 2022

Vistos por mí, Marcos Amboage López. magistrado-juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vigo, los presentes autos de procedimiento abreviado, seguidos a instancia de:

- Visitacion representada por la procuradora Paula Lima Casas y asistida por el letrado/a: Javier de Cominges Cáceres, frente a:
- Tesorería general de la Seguridad social representado y asistido por el letrado/a: María Mercedes Jueas Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada en el encabezamiento presentó el 2 de marzo del 2020 recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de 19 de diciembre del 2019, recaída en el expediente nº NUM000 , que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la resolución de la demandada que desestimó su solicitud de cotización a la protección por desempleo, por hallarse de alta en el régimen especial de empleadas de hogar.

En la demanda pretende que por el órgano jurisdiccional se declare no ajustada a Derecho la actuación precedente de la administración demandada, se anule y revoque, y se declare el derecho de la actora a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, permitiendo el ingreso de las cuotas de cotización desde el 9 de noviembre del 2019, cuando así lo solicitó.



SEGUNDO.- Se admitió a trámite el recurso por decreto de 3 de marzo del 2020, se reclamó el expediente administrativo de la Administración demandada, se puso de manifiesto a la parte recurrente, a fin de que pudiera hacer las alegaciones que tuviera por conveniente.

Tuvo lugar la vista a que se refiere el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (en adelante, LJCA), el 18 de junio del 2020, y en ella la parte demandante se ratificó en su demanda y la demandada se opuso a ella, al entender que la resolución impugnada es conforme a Derecho.

Se fijó la cuantía del procedimiento como indeterminada, pero inferior a la suma de 30.000 euros.

Abierto el trámite de prueba, las partes se remitieron a la documental y al expediente administrativo, que se admitieron, y tras el trámite de conclusiones, avanzamos que valoraríamos la oportunidad de plantear la cuestión prejudicial interesada por la recurrente, con carácter previo a quedar los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En providencia de 2 de julio del 2020, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, concedimos a las partes un plazo común de diez días para la presentación de las alegaciones respecto de la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea, a tenor de lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea.

Ambas partes lo hicieron, el 10 y 23 de julio respectivamente, la actora reiterando la petición contenida ya en demanda y la Tesorería general de la Seguridad social (en adelante, TGSS), oponiéndose a su planteamiento.

Resolvimos su planteamiento en auto de 29 de julio del 2020, a cuyo contenido nos remitimos, y suspendimos el procedimiento hasta su solución.

CUARTO.- El 28 de febrero del 2022 se han recibido las actuaciones en este órgano jurisdiccional, procedentes del Tribunal de Justicia de la Unión europea, con su sentencia de 24 de febrero del 2022, resolviendo la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-389/20, que concluye que la normativa española que excluye de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, que son casi exclusivamente mujeres, es contraria al Derecho de la Unión y constituye una **discriminación** indirecta por razón de sexo.

Por providencia de 15 de marzo del 2022 alzamos la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Exactamente la sentencia de 24 de febrero del 2022, del Tribunal de Justicia de la Unión europea (en adelante, TJUE), resolviendo la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-389/20, declara:

"El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier **discriminación** por razón de sexo."

Volvemos ahora la vista sobre la demanda para resolver el recurso contencioso planteado a la luz de la doctrina establecida por el TJUE, tal como impone el art. 4bis 1 LOPJ, y para ello, descendemos al análisis del supuesto de hecho planteado y su contraste con el acto administrativo impugnado.

La recurrente se encuentra de alta en la Seguridad social y afiliada al régimen especial de las empleadas de hogar, desde enero del año 2011.

El 8 de noviembre del 2019 solicitó de la demandada cotizar por la contingencia de desempleo y cinco días después recibe respuesta de la TGSS en la que, con invocación de lo dispuesto en el art. 251 d) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), se le indica que:

"Por lo tanto, 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."

Aunque dicha resolución no ofreció pie de recurso, la actora la impugnó, en tiempo y forma, de manera ambivalente, como reclamación previa, o comoalzada, ante el órgano superior jerárquico.

La resolución de 19 de diciembre del 2019, de la jefa de la unidad de impugnaciones de la TGSS, de Vigo, recaída en el expediente nº NUM000, de inadmisión del recurso presentado, agotó la vía administrativa y es



la que constituye el objeto de impugnación en la presente litis. Literalmente resolvió: "Declarar la inadmisión a trámite, por solicitar reconocimiento del derecho no reconocido en el ordenamiento jurídico, del recurso de alzada formulado por Visitacion y en su virtud, confirmar el acto recurrido."

La fundamentación jurídica de dicha resolución vuelve a reproducir el art. 251 d) LGSS, señalando que la petición no puede ser atendida ya que la cotización por la contingencia de desempleo, en este caso, está expresamente excluida por la Ley.

Pues bien, parece más oportuno que nunca recordar ahora los argumentos que avanzamos en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando expusimos que:

"Desde la perspectiva interna, estrecha y formal del Derecho interno, la solución a este litigio se presentaría rápida y simple, en la medida en que, como resolvió la demandada, la actora pide de la Administración algo que la Ley expresamente veda o rechaza, como es la cotización para cubrir la contingencia por desempleo en el caso de trabajadores del régimen especial de empleados de hogar.

Insistimos, desde esta óptica, la sentencia a este recurso se manifiesta sencilla, desestimatoria del mismo, en cuanto a que la resolución impugnada parece conforme al Derecho interno, español, puesto que, aun cuando la actora denuncia en su demanda que la actuación impugnada vulnera el art. 14 de nuestra Constitución española, que consagra el derecho de los españoles a la igualdad ante la Ley, y de trato, la previsión legal del art. 251 LGSS, en apariencia no exterioriza ninguna **discriminación** por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Es como acertadamente señala la actora una previsión neutra.

Y esta precisamente ha sido la respuesta que se ha ofrecido en la contestación a la demanda, que se cuestiona una decisión de política legislativa, respecto de la que la TGSS carece de margen de maniobra, puesto que en el acto impugnado ahora se ha limitado a aplicar la Ley.

Pero desde una perspectiva material, más amplia, comprensiva del Derecho europeo que nos vincula y que inspira nuestro Ordenamiento interno con los principios de primacía y efecto directo, la solución al litigio se presenta no tan clara, más compleja, si se repara en el extremo tan relevante y no controvertido, tanto por su notoriedad (art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), como por el propio reconocimiento que hace la TGSS, y la prueba acompañada por la actora a su demanda, de que el colectivo de trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, se integra casi exclusivamente por personas de un único sexo, el femenino, mujeres."

SEGUNDO.- Pues bien, aunque el acto impugnado se dicta respecto de una solicitud de cotización realizada por la recurrente, la STJUE de 24 de febrero del 2022 (asunto C-389/20), deja clara la estrecha vinculación entre el cumplimiento de ese derecho-deber del trabajador (que se completa con la obligación del empleador), y las posibilidades de reconocimiento a la trabajadora de prestaciones como la de desempleo. La imposibilidad de ser beneficiaria la recurrente de esta prestación en caso de que sobrevenga la contingencia, deriva de la ausencia de previsión para su cotización, a tenor de lo dispuesto en los artículos 251 d) y 264.1 b) LGSS.

No compartimos, pues, la aseveración que se contenía en el informe presentado por la TGSS ante este órgano jurisdiccional para defender, en su caso, la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando postuló la disociación entre el análisis del ámbito de la acción protectora y la posibilidad de cotizar para garantizar la cobertura de contingencias como el desempleo y afirmaba que, en nuestro Derecho, no existe un derecho a la protección de Seguridad social porque se cotice. Y no respaldamos esta tesis, al menos en cuanto a la prestación por desempleo se refiere, porque consideramos que es la interpretación más respetuosa con nuestro texto constitucional, ya que recordemos una vez más que su art. 41, dentro de los principios rectores de la política social y económica, proclama:

"Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres."

La postura sostenida por la TGSS entiendo que es predicable respecto de la previsión contenida en el último inciso del precepto constitucional, pero no respecto de prestaciones sociales básicas, no complementarias, como las que estén llamadas a paliar situaciones de necesidad como la que nos ocupa que la propia CE destaca de manera especial. Si la prestación ante una situación de necesidad como ésta, se configura en nuestro ordenamiento constitucional como esencial, consideramos que la acción de cotización para garantizar su cobertura no puede limitar su naturaleza a la de un deber, como postula la TGSS, sino que trasciende a esa vertiente y en casos como el presente (no así respecto de prestaciones complementarias), se configura como un derecho del trabajador cuyo contenido, eso sí, requiere de su determinación legal, como prevé el art. 53.3 CE in fine:



" Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

En otro orden de cosas, la STJUE de 24 de febrero del 2022 considera que la previsión del art. 251 d) LGSS, no supone una **discriminación** directa por razón de sexo (párrafo 39), pero establece las pautas interpretativas para dilucidar que pueda entrañar una **discriminación** indirecta y nos reserva el deber de declararlo así respecto del supuesto enjuiciado (párrafo 41), sobre la base de los argumentos y pruebas presentados por las partes (párrafo 43). Al respecto, como ya apuntamos en el auto de planteamiento de la cuestión, hemos de recordar que la actora satisfizo la carga probatoria que sobre ella pesaba y en el momento de su proposición adjuntó documental en la dirección conocida de que la especialidad del régimen laboral de empleadas de hogar, subjetivamente comprendía a mujeres en porcentajes próximos al 100% de los afiliados. La recurrente aportó información del INE relativa al año 2012, que situaba ese porcentaje en el 97% y el dato se corrobora por los presentados por la propia TGSS ante el TJUE, que apuntan a un porcentaje superior al 95%, de empleadas del género femenino en esta especialidad, en el año 2021.

El informe presentado por la propia TGSS ante este órgano jurisdiccional para defender, en su caso, la improcedencia del planteamiento de la cuestión prejudicial, se expresaba en estos términos:

"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..."

Por tanto, reputamos fiables las cifras que se han puesto de manifiesto, con la única prevención de que somos conscientes de que en el sector profesional que estudiamos, prolifera la economía sumergida (párrafo 53 de la STJUE), en el sentido de que la especialidad de la relación laboral propicia, no de manera exclusiva, pero si en cierto modo, que un gran número de estas relaciones se desarrollen al margen de los mecanismos de afiliación y alta a la Seguridad social, por lo que, en realidad, los porcentajes podrían ser incluso mayores que los que enseñan las cifras oficiales del colectivo que con regularidad normativa atiende los deberes de afiliación y alta al correspondiente régimen de la Seguridad social.

Y de la misma forma que consideramos no solo fiables y no coyunturales, sino estables y elocuentes los datos estadísticos que subyacen en el alcance de esta limitación de la acción protectora sobre las afiliadas a este régimen especial, también concluimos que esta realidad numérica supone un desequilibrio relevante que sitúa a las trabajadoras en desventaja considerable respecto del colectivo profesional masculino, tanto en su contraste con las cifras resultantes de la comparativa en el régimen general, como en el especial.

TERCERO.- La limitación contenida en el art. 251 d) LGSS, entraña una **discriminación** indirecta por razón de sexo contraria al Derecho de la UE, ya que, como apuntó la STJUE de 24 de febrero del 2022 (asunto C-389/20), no la avalan factores objetivos, ni finalidades legítimas que la expliquen.

El párrafo 51 de la STJUE de 24 de febrero del 2022 enseña que: "...sí bien en último término corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si la disposición nacional controvertida en el litigio principal está justificada por tal factor objetivo y, de ser así, en qué medida, el Tribunal de Justicia, que debe proporcionarle una respuesta útil en el marco de la remisión prejudicial, 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..."

Pues bien, en este punto dejamos constancia de la paradoja que resulta la argumentación sostenida por la demandada (párrafo 54 STJUE de 24 de febrero del 2022), en cuanto que una de las finalidades o razón de ser de la limitación contenida en el art. 251 d) LGSS, sea precisamente el mantenimiento de las tasas de empleo en el sector. Esto es, se ha pretendido justificar por la TGSS la carencia de la acción protectora en materia de desempleo en este régimen especial, en el objetivo de conservación de los niveles de empleo en este ámbito. Y esta consideración la interpretamos como que para la TGSS, la limitación en los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral favorece el volumen de empleo (regular o en superficie, no sumergido), de manera que un aumento del ámbito de la acción protectora como el preconizado pudiera redundar negativamente en ese volumen y paralelamente, incrementar las cifras del trabajo ilegal, del fraude social.

Sin perjuicio de la naturaleza puramente especulativa del planteamiento, nos resistimos a aceptar la anterior disyuntiva teleológica en la que parece situarnos la TGSS, en cuanto a la incompatibilidad de la consecución de objetivos, y defendemos la armonía de las metas que tanto el Ordenamiento de la UE, como nuestra CE (art. 40.1 in fine), consideran legítimas. Es decir, considero que no se debe renunciar a alcanzar los objetivos legítimos de política social que apunta la TGSS y han sido reconocidos como tales por el TJUE (párrafos 57, 58 y 60 de la STJUE de 24 de febrero del 2022), señaladamente el mantenimiento o aumento del empleo en



el sector, a costa o en detrimento del ámbito de la acción protectora. De tal manera que debiera, debe ser posible lograr ambas finalidades, no están reñidas, por un lado, la determinación legal de una acción protectora que no se limite a la garantía de contingencias como las enfermedades profesionales y el accidente laboral, sino que cubra la eventualidad frecuente y pernicioso en su afectación económica para la trabajadora, que es el desempleo. Y por otro lado, el mantenimiento y aun aumento del empleo regular en el sector, con total beligerancia respecto de las relaciones laborales opacas.

Entonces y en resumen, como nos demanda la STJUE de 24 de febrero del 2022 (párrafo 67), consideramos que la limitación legal que supone el art. 251 d) LGSS, no encuentra cobijo en el logro de fines de política social legítimos, ya que el superior alcance de la acción protectora no se manifiesta como un obstáculo para su consecución, antes al contrario, operará como refuerzo de aquéllos y con la remoción de la limitación legal se abolirá un factor que, como vimos, opera como diferencia de trato negativa entre trabajadores de distinto sexo, en detrimento de las empleadas de hogar al representar éstas el colectivo prácticamente único que integra el régimen especial, y estar privadas de la prestación por desempleo, a diferencia de los trabajadores varones de otros sectores con características comparables, como los que se enuncian en la STJUE de 24 de febrero del 2022 (párrafo 63).

En último término abordamos la cuestión atinente a los efectos colaterales negativos que derivan para la trabajadora de la existencia de la limitación contenida en el art. 251 d) LGSS, que no se ciñen a la ausencia de la prestación por desempleo, sino que se extienden a otros que derivan de su agotamiento, o que se supeditan a encontrarse la trabajadora en esa situación, asimilada al alta (artículos 165 y 166 LGSS).

Y es que, como ha puesto de relieve la actora y no ha sido controvertido de manera directa por la TGSS, para que la trabajadora pueda tener acceso a determinadas ayudas sociales orientadas a colectivos de desempleados, será preciso que hubiese agotado la prestación por desempleo, de modo que por no haberla percibido nunca, estarán cerradas esas otras puertas de protección social ab initio. De igual forma sucede con el acceso a otras prestaciones sociales que exigen para su percepción hallarse de alta en el régimen de la Seguridad social, o en situación asimilada como es el desempleo total, en tanto se perciba la correspondiente prestación por esa contingencia.

No podemos compartir pues el alegato de la TGSS que se contiene en el párrafo 56 de la STJUE de 24 de febrero del 2022, en cuanto que la exclusión de la acción protectora en este punto, no implica una desprotección total respecto de la contingencia de desempleo.

Al contrario, como vemos, el desamparo social generado por la carencia de la acción protectora trasciende a la simple imposibilidad de percibir la prestación por desempleo y proyecta sus efectos económicos desfavorables sobre la trabajadora ahondando en la desigualdad de trato respecto de otros trabajadores. Rechazamos expresamente el argumento defensivo esgrimido por la TGSS, en esta dirección, referente a que se hubiesen arbitrado en favor de este colectivo profesional medidas que la propia demandada (párrafo 56 de la STJUE de 24 de febrero del 2022) califica de extraordinarias, con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19. Y lo descartamos porque, siendo ciertas esas medidas, también lo es su carácter eminentemente coyuntural, transitorio y vinculadas a una causa extraordinaria, es decir, pasajeras.

El TJUE se ha pronunciado con claridad en su sentencia de 24 de febrero del 2022, y este órgano jurisdiccional a la vista de su interpretación proyectada sobre los aspectos fácticos del supuesto de hecho que han resultado acreditados, concluye que el art. 251 d) LGSS se opone a lo dispuesto en el apartado 1, art. 4 de la Directiva 79n/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. Ya que genera o encierra una **discriminación** entre trabajadoras y trabajadores que, por no sustentarse en factores objetivos, es negativa y ocasiona una desprotección social injustificada que va más allá de la simple imposibilidad de ser beneficiaria de la prestación por desempleo, y por todo, la demanda debe ser, en general, acogida con los efectos que a continuación estudiaremos.

CUARTO.- Argumentaba la recurrente en su demanda que este órgano jurisdiccional, en caso de que la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, se declarase vulneradora de la normativa europea referida, además de la propia Constitución española, podría ser inaplicada.

En principio este planteamiento parece colisionar con las bases tradicionales de nuestro Derecho puesto que este juzgador se debe a la Ley, debe aplicarla, puede interpretarla, pero esa Ley solo contempla la posibilidad de su preterición en casos de normativa infralegal art. 6 LOPJ, y si en esa labor interpretativa surgen dudas sobre su adecuación a normativa jerárquicamente supraordenada, acudir a mecanismos como someter la cuestión sobre la conciliación de la validez de la norma interna referida, con la interpretación de la superior en rango normativa europea de aplicación que ofrezca el TJUE.



Esa colisión aparente ha sido abordada por nuestro Tribunal Constitucional en pronunciamientos como la STC, Constitucional sección 1 del 26 de marzo de 2019 (Sentencia: 37/2019 -Recurso: 593/2017), en la que se abordó un supuesto en el que normas de rango legal habían sido inaplicadas por un tribunal ordinario, TS, por entender que es incompatible con el Derecho de la Unión Europea, sin plantear previamente cuestión prejudicial ante el TJUE, sin acudir al proceso establecido al efecto.

El fallo de la referida STC, con estimación del recurso de amparo, ha sido:

" 1º Declarar vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE)

2º Restablecerla en la integridad de su derecho y, a tal fin, anular la sentencia de 24 de octubre de 2016, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y el auto de 14 de diciembre de 2016, de la misma Sala y Sección, por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido frente a la referida sentencia.

3º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia, para que el indicado órgano judicial dicte nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado, en los términos expresados en el fundamento jurídico sexto de esta resolución. "

Y para llegar a esta conclusión razonó que:

"En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas". Y la referida resolución continuaba su argumentación del siguiente modo: "[l]os jueces y tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden secundum legem y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al juez. una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto. simplemente a inaplicarla. soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE. Tal actuación es contraria al principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3 CE), y que se instituye en un límite no sólo de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) sino también de la judicial (art. 117.1 CE ; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2)". En la misma línea, la STC 194/2006, de 19 de junio, FJ 5, puso de relieve la importancia del planteamiento de la cuestión prejudicial como garantía de ciertos principios constitucionales: "[p]or otra parte (siempre que concurren los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria), el planteamiento de la cuestión prejudicial para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario resulta imprescindible para el respeto al sistema de fuentes establecido como garantía inherente al principio de legalidad, al que están sometidas las actuaciones de la administración (art. 103 CE) y de los tribunales (art. 117.1 CE). Es más, en la medida en que la actuación de los tribunales de justicia no encuentra otro límite normativo que el constituido por las normas de rango legal, la sujeción y el respeto a este límite configuran la frontera de la competencia judicial en la cual el juez encuentra su legitimidad democrática ". (subrayado, nuestro).

Con la doctrina expuesta queremos respaldar la argumentación contenida en la demanda, en cuanto a la inaplicación de la Ley que se ha cuestionado, en la medida en que, como queda dicho, este órgano jurisdiccional con carácter previo ha procedido de acuerdo con el cauce establecido, se ha promovido la cuestión interpretativa ante el órgano competente, el TJUE, y éste ha resuelto en el sentido conocido.

QUINTO.- En correlación con lo fundamentado nos parece oportuno traer a colación también la jurisprudencia de nuestro TS cuando en su STS, Contencioso sección 5 del 06 de abril de 2017 (Sentencia: 637/2017 -Recurso: 70/2014), expuso: "DECIMOQUINTO.- A la vista de los anteriores razonamientos, debemos planteamos ahora el grado de vinculación que tiene para este Tribunal en relación con lo resuelto por el Tribunal de Justicia a título prejudicial.

A este respecto, debemos partir del hecho de que, el artículo 267 del TJUE omite toda referencia a la fuerza vinculante de las sentencias prejudiciales, por lo que el Tribunal de Justicia tuvo que proclamar ya en 1965 que una sentencia dictada en el marco del incidente prejudicial, sea de interpretación o de apreciación de validez, resuelve una cuestión jurídica y vincula al juez a quo para la solución del litigio principal (STJUE de 1 de diciembre de 1965, Schwarze, C-16/65). Este efecto vinculante fue ulteriormente recogido. si bien con



carácter general para todas las sentencias del Tribunal. v no sólo las dictadas a título prejudicial, en el artículo 92 del RPTJ de 2012 al prescribir que "la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento".

Con el tiempo el Tribunal de Justicia ha tenido que precisar igualmente el alcance subjetivo de la fuerza obligatoria de sus sentencias prejudiciales, declarando que su eficacia vinculante es erga omnes respecto a la interpretación y la declaración de invalidez de una norma comunitaria que contienen, de manera que todos los jueces nacionales quedan obligados por ella.

Desde la perspectiva judicial, ello significa que la interpretación y la declaración de invalidez contenida en una sentencia prejudicial es vinculante para el juez a quo así como, más en general, para cualquier juez que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada.

Sentado lo anterior, esta Sala debe respetar y cumplir el fallo dictado por el Tribunal de Justicia, en los términos en que han quedado expuestos, dado que como se ha encargado de positivizar la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que en el artículo único, dos, procede a incorporar un nuevo artículo 4 bis a la LOPJ : " 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

Por otra parte, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la vinculación a las decisiones del TJUE adoptadas a título prejudicial. Así, en sentencias de 21 de diciembre de 2015 (recurso 1556/2013), 15 de enero de 2016 (recursos 2181/2013 y 1774/2013) y 21 de enero de 2016 (recurso 2390/2013), razonábamos lo siguiente:

"No tiene razón el Abogado del Estado. Frente al planteamiento puramente formal que efectúa, lo cierto es que la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia ha de ser necesariamente integrada y tenida en cuenta en el presente procedimiento por las razones que veremos a continuación. No cabe duda, en efecto, de que de haber sido dictada dicha Sentencia del Tribunal de Justicia con anterioridad a la impugnada en casación, el Tribunal de instancia hubiera tenido que valorarla, ya que afecta de manera directa al objeto de la litis al haber hecho desaparecer el título para reclamar por parte del Estado las cantidades que se solicitaban a la Generalidad Valenciana. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 264 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (antiguo 231 TCE). que dispone que "si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado", en relación con el artículo 280 del referido Tratado (antiguo artículo 244 TCE), que establece que "las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299", los Tribunales contencioso- administrativos españoles están obligados a garantizar la eficacia de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. extrayendo las consecuencias que se revelen pertinentes en el Derecho interno (SSTJCE de 12 de enero de 1.984, de 20 de abril de 1.988 y de 27 de junio de 1.991)...". (subrayado, nuestro).

SEXO.- Pues bien, con el preámbulo jurisprudencial al que nos hemos referido, toca recordar los términos en los que se formuló la pretensión actora y así, avanzar que para garantizar la plena efectividad de la STJUE de 24 de febrero del 2022 (asunto C-389/20) que se integra en el Ordenamiento jurídico interno y nos vincula con superior energía a la emanada de la propia Ley, nuestro fallo partirá de la inaplicación de ésta, del art. 251 d) LGSS. Y con ello, declarar materialmente disconforme a Derecho el acto impugnado, la resolución de 19 de diciembre del 2019, de la jefa de la unidad de impugnaciones de la TGSS, recaída en el expediente nº NUM000 , que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la resolución que desestimó la solicitud actora de cotización a la protección por desempleo, por hallarse de alta en el régimen especial de empleadas de hogar. Actuación administrativa que se anula y revoca, a la par que declaramos el derecho de Visitación a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

Sin duda, alcanzado este punto del acogimiento de la demanda, el aspecto de mayor relieve que nos corresponde dilucidar es la determinación de la efectividad temporal del pronunciamiento declarativo del derecho y condenatorio. La actora ha pretendido una proyección retroactiva, al instante de la presentación de su solicitud administrativa, el 8 de noviembre del 2019, a fin de que, desde ese instante se le permita ejercer su derecho a la cotización para la cobertura de la contingencia ahora reconocida.

La STS, Contencioso sección 5 del 06 de abril de 2017 (Sentencia: 637/2017 - Recurso: 70/2014), a la que nos acabamos de referir, aborda este aspecto pero solo tangencialmente en lo que ahora nos atañe, ya que se pronuncia respecto de la eficacia de una STJUE dictada en una cuestión de validez, que no es el caso que ocupa. Y la STS, Contencioso sección 5 del 06 de abril de 2017 razonaba al respecto que, en la medida en que la competencia para apreciar la validez de un acto o disposición perteneciente al Derecho de la Unión, es de carácter exclusivo del Tribunal de Justicia, también a dicho Tribunal le corresponde determinar los efectos de



dicha nulidad, esto es, si tal declaración despliega sus efectos ex tunc, como con carácter general se predica en nuestro sistema jurídico o bien ex nunc desde la declaración de invalidez.

Como decimos, el anterior no es nuestro caso, la cuestión prejudicial que hemos planteado ha sido de naturaleza interpretativa, y para resolver sobre el alcance material de la interpretación emitida y sus efectos sobre la pretensión ejercitada consideramos que la postura actora no puede ser atendida. La razón de que no acojamos la pretensión demandante en su integridad, que ni siquiera puede ser encuadrada en una efectividad ex tunc, desde el dictado de la STJUE, sino que persigue una retroactividad fuerte que alcance el instante de la petición administrativa de la interesada, es la naturaleza del derecho que ya hemos abordado al referirnos a su configuración constitucional. A falta de otras pautas interpretativas consideramos como brújula para dirimir la cuestión el mandato contenido en el art. 53.3 CE in fine:

" Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

Aunque la obligación de cotización a la Seguridad social y el correlativo ámbito de la acción protectora, también respecto de la contingencia de desempleo, cuentan ya con el desarrollo legislativo que las articula, es llano que existe un vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada y será preciso que el legislador lo aborde considerando las peculiaridades del régimen especial. Sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produzca desde el momento mismo de esta sentencia, tendrá plena efectividad cuando la Ley lo desarrolle, disciplinando su contenido, sin que esta circunstancia suponga que la efectividad de este pronunciamiento sea meramente programática, ya que la estimación de la demanda supone el acogimiento de una pretensión condenatoria de la TGSS, por tanto, susceptible de ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario.

SÉPTIMO.- En materia de costas el art. 139 LJCA dispone que el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

No se ha producido la estimación íntegra del recurso, pero sobre todo, como ya postuló la actora en su demanda, consideramos que el planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa al TJUE, constituye la mejor expresión de las dudas de Derecho que se cernían sobre la cuestión controvertida y es lo que justifica la no imposición de costas.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Estimo esencialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora Paula Lima Casas, en nombre y representación de Visitacion, frente a la Tesorería general de la Seguridad social, y su resolución de 19 de diciembre del 2019, recaída en el expediente nº NUM000, que supuso la inadmisión del recurso de alzada presentado frente a la resolución que desestimó su solicitud de cotización a la protección por desempleo, por hallarse de alta en el régimen especial de empleadas de hogar, y declaro su disconformidad a Derecho, anulo y revoco.

Declaro el derecho de Visitacion a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo en los términos legales que se establezcan, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, lo que supone remover sin demora los obstáculos que impidan o dificulten ese derecho, en los términos establecidos en el art. 9.2 CE.

Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que es firme, por lo que contra ella no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Remítase testimonio de esta sentencia a la Administración demandada, en unión del expediente administrativo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, quedando la original en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo