

DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

IRENE DOZO MOUGÁN

Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidade de Vigo (España)
idozo@uvigo.es

Palabras clave: Seguridad Social; maternidad; jubilación.

Palabras chave: Seguridade Social; maternidade; xubilación.

Keywords: Social Security; maternity; retirement.

DOCTRINA JUDICIAL DEL TS

Sentencia del TS (Sala de lo social) de 7 mayo de 2024 (recurso de casación para la unificación de la doctrina ud. núm. 2142/2021); Sentencia del TS (Sala de lo social) de 7 de mayo de 2024 (recurso de casación para la unificación de la doctrina ud. núm. 2724/2021)

RESUMEN: El no deber de reintegro de las prestaciones indebidas en el supuesto de beneficiarios de una pensión de jubilación parcial que no soliciten inmediatamente después de la extinción del contrato laboral su derecho a la jubilación ordinaria. No se atribuye enriquecimiento injusto puesto que el error se debe exclusivamente a la entidad gestora, sin que medie mala fe o fraude por parte del beneficiario de la prestación, pues sin la existencia de aquel el titular sería perceptor de una cantidad mayor en concepto de jubilación ordinaria.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 41 CE
- Art. 10.2 CE
- Art. 96 CE
- Art. 1 del Protocolo nº 1 CEDH
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales
- Art. 55.3 LGSS
- Art. 14.2 y 16 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Se analizan conjuntamente dos resoluciones del Tribunal Supremo, ya que se considera totalmente adecuado que su valoración debe ponerse en común, no solo por ser ambas objeto de recurso de casación para unificación de la doctrina contra sentencias del TSJ Galicia (recurso de suplicación núm. 3003/2020 y recurso de suplicación núm. 4533/2020), sino también porque el TS resuelve de manera idéntica el conflicto planteado sobre la misma cuestión litigiosa. Los asuntos examinados versan sobre si una persona beneficiaria de una pensión de jubilación parcial que en el momento en que se extingue el contrato de trabajo concertado con su empresa, contrato que posibilitó el derecho a esta específica prestación, y no solicita de manera inmediata el derecho a la jubilación ordinaria, con lo cual, sigue percibiendo el abono correspondiente a la jubilación parcial, debe reintegrar la misma por considerarse que se percibió de manera indebida. Ciertamente, antes de entrar a realizar una valoración pormenorizada y diligente de los asuntos de autos, es preciso hacer referencia al fallo dictaminado por el TEDH en el año 2018 en el caso Cakarevic contra Croacia, a causa de la incidencia que supuso en las argumentaciones jurídicas y dictámenes del TS en sendos asuntos de autos. La importancia del caso Cakarevic radica especialmente en que entra a resolver si la reclamación por parte de las autoridades nacionales a una beneficiaria que estuvo percibiendo prestaciones por desempleo cuando ya no tenía derecho a ellas por motivo de un error de la Administración Pública competente, tiene el deber de reintegrarlas. El asunto en

cuestión gira alrededor del alcance del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH en relación con la protección de la propiedad y la percepción de prestaciones públicas. Sobre este particular, es muy interesante la interpretación que hace el TEDH del término "bienes", recogido en dicho artículo 1 del Protocolo nº 1, ampliando su definición a la siguiente: "*tiene un significado autónomo que no se limita a la propiedad de bienes físicos (...) otros derechos e intereses que constituyen activos también pueden considerarse "derechos de propiedad"* y, por lo tanto, "posesiones" a los efectos de esta disposición". Es más, el Tribunal Europeo no finaliza ahí la delimitación del concepto y lo expande hasta toda aquella "expectativa legítima" que pueda tener una persona a obtener un bien o activo, aunque el mismo pueda estar afecto a revocación, como puede suceder en determinadas prestaciones. Contexto que el TEDH entiende que es lo que sucede en el presente caso, pues la oficina de empleo fue la que erróneamente tomó la decisión de ampliar el derecho de la demandante más allá de la fecha aplicable al plazo legal, transcurriendo un período largo de tiempo -casi tres años- hasta enterarse de su error. Además, y tal como declara el TEDH, se deben tener en cuenta las difíciles circunstancias personales de la demandante, que acreditaba numerosos problemas de salud, incapacidad para trabajar, bajo nivel de cualificación profesional y unos modestos recursos económicos familiares. Sin duda, el Tribunal europeo considera que todo esto llevó a afianzar la creencia de la beneficiaria, que sin ninguna mala fe, siguió con su cobro mensual entendiendo que tenía un derecho legítimo sobre el mismo. Asimismo, y de manera totalmente certera, los jueces europeos cuestionan la actuación de las autoridades nacionales en el cumplimiento del principio de buena gobernanza por la mala praxis ejercida en este asunto, pues no actuaron de manera coherente y adecuada cuando el error cometido se debía única y exclusivamente a su intervención y del la que en ningún momento se hicieron responsables, recayendo totalmente la rendición de cuentas en la demandante, lo que supuso una carga excesiva para ella. Por consiguiente, el TEDH finaliza declarando la violación del derecho fundamental al disfrute pacífico de los bien propios

por parte del Estado croata, lo que llevó aparejado la conculcación del artículo 8 del CEDH, referente al respeto de la vida privada que, con buen criterio, también fue alegado adicionalmente por la parte demandante.

A decir verdad, no es nada nuevo indicar el carácter vinculante de los dictámenes emanados por el TEDH, aunque solamente tengan naturaleza declarativa y no ejecutoria. Pero al mismo tiempo, también se debe tener presente en el Derecho interno el artículo 10.2 CE y el artículo 96 CE, que señalan la primacía del Derecho convencional sobre las leyes nacionales, preceptos que posteriormente fueron desarrollados en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre. Si bien, como precisa la Ley 25/2014, la superioridad de los tratados únicamente se produce en caso de conflicto con las leyes internas aunque ello no significa que se tengan que derogar, sino que lo que entraña es su desplazamiento a efectos de aplicar el contenido de la norma convencional. Así pues, es el juez ordinario el encargado del control de la convencionalidad a favor de que no exista una contradicción que pueda afectar a un incumplimiento de un convenio o tratado internacional. Y esto es el trasfondo de lo que sucede en las dos sentencias que aparecen en la rúbrica, ya que el TS fue el encargado de llevar a cabo el control de convencionalidad del artículo 55 LGSS a razón de la interpretación realizada por el TEDH del contenido del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del CEDH.

El artículo 55.1 LGSS decreta la obligación de reintegro de las prestaciones que se hubieran percibido indebidamente, no especificando ninguna excepción que pudiera estar motivada en elementos totalmente ajenos a la voluntad o ignorancia de la propia persona beneficiaria, como puede ser el caso de buena fe del titular o de la existencia de un error por parte de las entidades gestoras. Si se realiza un paralelismo con la sentencia Cakarevic contra Croacia es evidente la contrariedad de lo dispuesto en la ley interna y lo resuelto por el Tribunal Europeo. Ciertamente, para la negación del reintegro de las prestaciones es preciso que las mismas se hubieran reconocido indebidamente por la equivocación de la Administración, sin que en ningún momento existiera mala fe o fraude de la persona perceptora, pero además, debe

tratarse de una prestación de carácter social que tenga como objetivo una protección básica para su titular. Así pues, en lo concerniente a los elementos referenciados anteriormente, la relación con el Derecho interno queda consolidada desde la vertiente de que las prestaciones del sistema de Seguridad Social, sean de carácter contributivo o no contributivo, son garantes de ingresos suficientes ante situaciones de necesidad, tal como queda constatado en el art. 41 CE. Por lo tanto, se trata de recursos necesarios para que la ciudadanía de un país pueda alcanzar un nivel de vida digno y la consecución del tan denominado estado de bienestar. Y En esta situación es donde tuvo que entrar a dirimir Tribunal Supremo la estimación o desestimación de las resoluciones del TSJ de Galicia que ratificaron la obligación de dos titulares –un hombre y una mujer- a devolver las prestaciones por jubilación parcial percibidas durante el lapso de tiempo en que habían finalizado sus contratos y el momento de solicitud de la pensión de jubilación ordinaria. Titulares que en ambos casos habían ejercido profesiones de baja cualificación y con la percepción de cantidades económicas que se elevaban a 18.229,83 y 57.279,58 euros, respectivamente.

Prácticamente, se puede afirmar que las resoluciones adoptadas por el TS en las dos cuestiones litigiosas de análisis son idénticas. Los argumentos en los que se basa el TS son los mismos, sin un mayor contenido jurídico en una sentencia que en la otra. Posiblemente, tenga mucho que ver que los dos dictámenes se efectuaron en el mismo día y con idéntica sentencia de contraste. Los fundamentos de derecho nacen alrededor de la dicotomía de dos conceptos: indebido o incorrecto. Conceptos parejos en su definición pero con matizaciones importantes en el contenido jurídico que hacen que la diferencia entre uno y otro sea el factor determinante para decidir la legitimidad o ilegitimidad de la medida pretendida por las entidades gestoras. En otras palabras, si el cobro de una prestación, en este caso de jubilación parcial, se percibió de manera indebida, tal como establece el artículo 55 LGSS y con el deber de reintegrarla, o de manera incorrecta, lo que supondría que no diera lugar al reembolso de las cantidades percibidas. La decisión que aplica el TS es abogar por la segunda de las opciones, integrando de esta

manera el Derecho convencional en el Derecho interno. No obstante, y con todo es preciso decir que los asuntos aquí traídos a colación no son los primeros en los que el TS aplica la doctrina del caso Cakarevic contra Croacia, pues ya tuvo la oportunidad de resolver el debate jurídico en dos recursos para unificación de la doctrina –STS núm. 530/2024 de 4 de abril y STS núm. 634/2024 de 29 de abril- procedentes de dos recursos de suplicación del TSJ de Asturias –recurso de suplicación núm. 2042/2022 y recurso de suplicación núm. 2584/2022-. En estos específicos casos, los pleitos tenían origen en el reconocimiento por parte del SEPE a dos personas de la prestación extraordinaria por desempleo por ERTE Covid-19 con una reducción de jornada del 75%, lo que suponía excederse del límite máximo del 70% establecido en la normativa de urgencia. Ciertamente, la época en que tuvo lugar el error de la entidad gestora estaba sumida en una situación caótica debido a la situación de urgencia a causa de la pandemia que se estaba viviendo, pero eso no es justificación para que el organismo público no asuma su responsabilidad. Y eso mismo fue lo que consideró el TS por partida doble, aplicando sin miramientos la sentencia del TEDH.

Ahora bien, y estando totalmente de acuerdo con las resoluciones del TS, sí es cierto que en las cuestiones objeto de obligación de reintegro de prestaciones de jubilación parcial, los dictámenes adoptados por el Supremo quizás adolezcan de cierta contundencia o por lo menos de no entrar a valorar la cuestión de manera rigurosa y exhaustiva. Los pronunciamientos se basan en la reinterpretación de los artículos 14.2 y 16 RD 1131/2022 en materia de incompatibilidad de la pensión de jubilación parcial y las causas de extinción de la misma.

A grandes rasgos, lo que realiza el TS es un redimensionamiento del reconocimiento de la jubilación ordinaria cuando viene precedida de la jubilación parcial, procediendo a una ficción jurídica que deja sin efecto lo dispuesto en el artículo 55 LGSS, al alegar que durante el lapso de tiempo reclamado por la Administración el beneficiario tendría derecho a la prestación por jubilación ordinaria, y esta sería de cuantía superior a la que venía

percibiendo. Por este motivo, no se trataría de un cobro indebido sino de un cobro incorrecto, ya que, si la entidad gestora no hubiera cometido el error, el titular podría haber accedido a una pensión más beneficiosa. Una de las posibles razones a la brevedad de los fundamentos de derecho podría deberse a que ya se contaba con antecedentes jurisprudenciales idénticos a la cuestión objeto de litigio, como es el caso de la resolución del Tribunal Supremo núm. 129/2023, de 10 de febrero (recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 4366/2019 interpuesto contra el recurso de suplicación núm. 439/2019 resuelto por el TSJ de Madrid). Con todo, y pese a esto, tampoco se puede valorar como una razón suficiente, pues las sentencias traídas a colación no son más que calcos del razonamiento judicial del dictamen de 2023, sin más desarrollo ni profundización en lo que debería ser la cuestión esencial: el artículo 55 LGSS y su viabilidad después de la doctrina del TEDH en el caso Cakarevic contra Croacia.

Sentencia del TS (Sala de lo social) de 23 de febrero de 2024 (recurso de casación para la unificación de la doctrina ud. núm. 419/2022)

RESUMEN: Determinación de la responsabilidad de la mutua en el coste de la prestación por incapacidad permanente absoluta derivada de un procedimiento de revisión por agravación de una incapacidad permanente total, en los casos en que la entidad colaboradora asumió la carga sin excepciones en la primera prestación reconocida.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 80.2 LGSS
- Art. 110 LGSS
- Art. 167.4 LGSS
- Art. 200.2 LGSS

La cuestión suscitada en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina se centra en determinar la responsabilidad del pago de la prestación por incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional cuando la misma se deriva de un expediente de revisión de grado de

una incapacidad permanente total. La discusión no parece tan problemática si se tienen en cuenta las disposiciones vigentes sobre esta temática que se establecen en el actual RDL 8/2015, de 30 de octubre. Pues, con este fin, la LGSS dispone en el artículo 80.2 que las mutuas colaboradoras tendrán por una de sus finalidades la gestión de las prestaciones económicas comprendidas en la protección de las contingencias de enfermedades profesionales. A este precepto debe añadirse lo señalado en el artículo 110 LGSS que contiene una disposición particularmente específica para las mutuas responsables en los supuestos en que la incapacidad permanente sea causada por contingencia profesional, bien sea por accidente de trabajo o enfermedad profesional, pues tienen el deber de capitalizar el importe del coste de la pensión.

Con todo, la discutible claridad de los preceptos anteriormente referenciados, decae en los supuestos reconocidos con anterioridad al 1 de enero del año 2008, ya que es a partir de esta fecha cuando las mutuas colaboradoras asumen el nuevo modelo de gestión de la enfermedad profesional recogido en la actual LGSS del 2015. Con anterioridad al año 2008, y tras una etapa de transición de dos años, las entidades colaboradoras se regían por un sistema de reparto compensación establecido en el artículo 68.3 b) de la derogada LGSS del año 1994, donde únicamente aportaban un porcentaje económico a las incapacidades permanentes derivadas de enfermedad profesional en régimen de compensación, para hacer frente a la siniestralidad general de la que derivaba la contingencia. Es decir, era una método de solidaridad entre las entidades colaboradoras a la hora de repartir los gastos generales ocasionados por las enfermedades profesionales que contraía algún trabajador al servicio de alguno de sus asegurados.

No obstante, y tal como se mencionó anteriormente, no será hasta el inicio del 2008, a través de la Disposición Final Octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, cuando se equipare el régimen de responsabilidad económica de las mutuas en la incapacidad permanente por enfermedad profesional al accidente de trabajo, pues la capitalización ya venía rigiendo ordinariamente en la normativa del sistema de

la Seguridad Social en relación con estas últimas. Y a partir de aquí, es donde van a aparecer los problemas interpretativos, tal como sucede en el supuesto que se analiza en este específico apartado, donde la patología de origen aparece antes del año 2008 pero la agravante es posterior a esa fecha.

La jurisprudencia del TS, concretamente la sentencia del 15 de enero de 2013 que resuelve el recurso de casación para unificación de la doctrina núm. 1152/2012 (recurso de suplicación núm. 501/2012) intenta dar una respuesta a la dicotomía interpretativa sobre cuál es la normativa correcta a aplicar antes y después del 2008. A este respecto, el TS en el pleito del año 2013 resuelve la cuestión estableciendo la responsabilidad del coste de la prestación de la incapacidad permanente absoluta a la entidad gestora. El motivo fundamental es que toda la vida laboral del trabajador en la que estuvo expuesto al riesgo que derivó en la enfermedad se desarrolla con anterioridad a la reforma de la Ley 51/2007, siendo el INSS en exclusiva el responsable de la cobertura cuando se originó y evolucionó la patología. En ningún momento anterior al 1 de enero del 2008 la mutua era colaboradora de la gestión de la incapacidad permanente por enfermedad profesional, por lo que debe responder exclusivamente el INSS de todo el período.

Ahora bien, el litigio de autos señalado en la rúbrica, difiere en ciertos aspectos de la sentencia referenciada en el párrafo anterior. Concretamente, los antecedentes expuestos se refieren a un trabajador declarado por resolución del INSS del 8 marzo de 2012 afecto a una incapacidad permanente total surgida por la profesión habitual que realizaba. Resolución con la que la mutua gestora estuvo de acuerdo y no impugnó la decisión del organismo público. Posteriormente, y unos años más tarde -8 de junio de 2020- debido a un agravante del cuadro clínico del enfermo se reconoce una incapacidad permanente absoluta. Al igual que la sentencia del año 2013, la afección padecida por la persona objeto de la incapacidad era motivada por la exposición al polvo de sílice, pero con la diferencia de que este trabajador prestó servicios antes y después del 1 de enero 2008. Un total de 9.085 días trabajó en empresas sujetas a riesgo de

exposición, de los cuales, 7.564 fueron anteriores al 1 de enero del 2008 y 1.521 días fueron posteriores. Ante esta disyuntiva, el TSJ de Galicia, verifica la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, y declara la responsabilidad compartida en el abono de la prestación entre las dos entidades. El INSS debía abonar el porcentaje de un 83,25% y la mutua el 16,75%, en referencia al período de tiempo en que cada una tiene la responsabilidad exclusiva de la cobertura. Sin embargo, la entidad gestora no está de acuerdo con la solución alcanzada y decide elevar la misma al TS mediante recurso de casación para unificación de la doctrina.

Ciertamente, y según lo señalado en la resolución del 15 de febrero del 2013, se podría deducir que lo esgrimido por el TSJ de Galicia es totalmente acertado sobre la cuestión debatida. Sin embargo, son varias las cuestiones que el TS ponen encima de la mesa y que nada tienen que ver con su resolución anterior. Por una parte, no se trata de una declaración por incapacidad permanente aislada, sino que viene precedida por una revisión de agravación de una incapacidad permanente total. Si bien es cierto, y tal como señala el TS al amparo del Capítulo XI de la LGSS, el reconocimiento –en este caso- de un agravante permite reconocer un nuevo derecho que se plasma en la nueva incapacidad permanente absoluta, con lo que se extinguiría la primera y daría lugar a la pensión de la segunda. Y así sigue afirmando el TS, que establece que el acto de la revisión supone una naturaleza y una finalidad distinta a la declaración inicial de la incapacidad. La diferencia fundamental se basa en que se introducen hechos nuevos derivados del empeoramiento de la patología clínica del trabajador, por lo que entraña una situación jurídica nueva. Lo declarado por el Tribunal puede llevar a pensar que sí se está ante una nuevo contexto, independiente y por lo tanto estimatorio de la resolución del TSJ de Galicia. Mas eso no es lo que sucede, pues a pesar de que se declara el nuevo *hito*, este tan sólo es relevante para el nacimiento de la nueva prestación, pero no para la responsabilidad del pago. Este último debe consolidarse en la entidad que ya era donadora de la prestación, la mutua, y que en ningún momento

cuestionó su responsabilidad en la primera resolución administrativa que precisó la incapacidad permanente total. Por lo tanto, la responsabilidad de la entidad colaboradora en el coste es total, puesto que el derecho que se suscribe con la nueva declaración de incapacidad permanente absoluta no se ve alterado, ya que el mismo atiende a la misma contingencia. Todo esto, lleva a que se desestime el recurso de suplicación resuelto por el TSJ de Galicia y se afiance la doctrina del Tribunal Supremo a razón de la responsabilidad exclusiva de la mutua en la prestación de incapacidad permanente absoluta por agravación de la enfermedad en los casos en que la misma se aquietó en la primera prestación.

DOCTRINA DEL TSJ DE GALICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo social) de 13 de marzo de 2024 (recurso de suplicación núm. 336/2024

RESUMEN: Derecho de una trabajadora que se encuentra en situación de excedencia por cuidado de hijo a ser beneficiaria de la prestación por desempleo al iniciar una relación laboral durante el tiempo de la misma y que se extingue por causas ajenas a su voluntad. Existencia de dimensión constitucional por infracción de derechos fundamentales relativos a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres.

NORMAS APLICADAS:

Art 14 CE

Art. 18 CE

Art. 39 CE

Art. 4 LO 3/2007, de 22 de marzo

ART. 262, 266, 267.2 LGSS

Art. 46.3 y 55 ET

Resulta de todo interesante el fallo contenido en la presente resolución del TSJ de Galicia, pues se trata de un tema ciertamente complejo y de cierta sensibilidad en el que se delibera la plena garantía del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. En concreto, el objeto del litigio es el

acceso de una trabajadora al derecho a percibir la prestación por desempleo mientras se encuentra en excedencia por cuidado de hijos. Prestación que la causante avala en la extinción contractual de otro empleo en el período temporal de la excedencia. En particular, la solicitante viene disfrutando de su derecho a la excedencia del artículo 46.3 ET para el cuidado de hijos desde octubre del 2022. Durante el inicio de la fecha de la suspensión del contrato hasta el período del 27 de junio de 2023, sin que se especifique la fecha de inicio, la trabajadora mantuvo una relación contractual con una empresa de trabajo temporal que finaliza por expiración del tiempo pactado en el contrato. Por consecuencia de este acto, la trabajadora solicita su derecho a la prestación por desempleo, pero es a partir de aquí cuando empieza el periplo de la misma con la entidad gestora en el reconocimiento de su titularidad.

A este respecto, hay decir que, en ningún momento se está poniendo en entredicho por la entidad pública el cumplimiento de los requisitos del nacimiento del derecho a la prestación decretados en el artículo 266 apartados a), b), d) y e) LGSS: *"a) estar afiliada a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen; b) tener cubierto el período mínimo de cotización al que se refiere el artículo 269.1 dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo al momento en que cesó la obligación de cotizar (...); d) no haber cumplido la edad ordinaria que se exige en cada caso para causar derecho a la pensión de jubilación (...); e) estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente"*. Los mismos son acreditados desde las propias circunstancias laborales de la trabajadora. Primeramente, en cuanto a la obligación del acto de encuadramiento de afiliación en la Seguridad Social, simplemente considerando que para la petición de cualquiera de las tipologías de excedencia es preciso tener formalizada una relación laboral, este requisito está más que demostrado. Por otra parte, y en relación con el acto administrativo de estar de alta o asimilada a esta, el artículo 36.1 3º RD 84/1996 designa como uno de los supuestos de asimilación al alta la situación de excedencia para el cuidado de hijos con

reserva al puesto de trabajo. Además, teniendo en cuenta que, según lo establecido en el art. 46.3 ET, el empresario debe garantizar durante el primer año de vigencia de la excedencia por cuidado de hijos la reserva al puesto de trabajo, no hay duda de que la trabajadora se encontraba en este supuesto cuando solicitó la prestación, puesto que aún no había transcurrido un año desde el inicio de la suspensión del contrato. En cuanto a los últimos requisitos establecidos en el artículo 266 LGSS, no son objeto de discusión. El período de carencia se entiende que está cumplido por no ser objeto de impugnación por la entidad gestora y en cuanto al requisito de estar inscrito como demandante de empleo, se considera que el tratarse de uno mero trámite formal, el mismo tampoco se entra a valorar dentro de los fundamentos de derecho.

Por el contrario, el requisito del artículo 266 c) LGSS: "*encontrarse en situación de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar la colocación adecuada a través de la suscripción del acuerdo de actividad al que se refiere el artículo 3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo*" es realmente la finalidad del debate en esta controversia, sobre todo la primera parte del párrafo, la relativa a lo que debe entenderse por "encontrarse en situación legal de desempleo". En lo referente a los hechos de este específico supuesto, el artículo 267.1 la) 6º LGSS manifiesta que se considerará en situación de desempleo a la persona que finalice su contrato por expiración del tiempo convenido en este. Y he aquí el debate entre la entidad gestora y la titular de la excedencia, al rechazar el SEPE su inclusión dentro del supuesto del artículo 267 LGSS. La carga argumentativa de la entidad pública radica en el paralelismo que hace la entidad gestora a efectos de considerar la misma situación la facultad-aptitud que tuvo la trabajadora en la realización de una actividad laboral durante el período de excedencia y trasladarla a la posibilidad que esta tiene de utilizar su derecho al reintegro en su empresa. En este sentido, el SEPE entiende que la trabajadora puede realizar una actividad laboral y por lo tanto, tal como indica el artículo 262 LGSS, esto es totalmente incompatible con la naturaleza del

desempleo, el cual tiene por objeto cubrir una situación de necesidad motivada por la pérdida de ingresos y la incapacidad de poder encontrar otro trabajo. Evidentemente, la parte contraria no acoge los razonamientos de la entidad gestora y alega la dimensión constitucional de la causa por afectación del artículo 14 CE relativo a la igualdad y no discriminación, del artículo 18 CE referente al derecho a la privacidad y a tomar decisiones legítimas en el ámbito personal y familiar y, por último, el artículo 39 CE que se corresponde con el derecho a la protección a la familia y a los hijos, independientemente de su filiación.

Frente a esta disyuntiva, el TSJ de Galicia se posiciona, de idéntica manera que el Juzgado del Social, no acogiendo lo esgrimido por la entidad gestora y reafirmando la pretensión de la trabajadora. En primer lugar, la apreciación del TSJ se basa en la afirmación de que la trabajadora sí se encontraba en una situación legal de desempleo, con independencia de que la relación laboral mantenida con la ETT se hubiera extinguido durante el período de la excedencia. De hecho, el Tribunal añade a este planteamiento que no hay ningún precepto de la normativa que impida la realización de funciones durante una excedencia por cuidados, desacreditando el máximo alegato de la entidad gestora. En segundo lugar, el TSJ de Galicia en revocación al SEPE, y también con cierto matiz de reprimenda, afirma la compatibilidad de una actividad laboral con la excedencia por cuidados, puesto que permite una mayor adaptación de la progenitora a los cuidados de los hijos. Lo que supone no solo flexibilizar la duración de la jornada, del horario o en aras de la cercanía física entre el centro de trabajo y la residencia familiar, sino también para cubrir las carencias económicas dejadas de percibir por la propia excedencia. Y en último lugar, el TSJ acoge la tesis de la vulneración de derechos fundamentales vinculados principalmente al principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres y que tiene su sustento en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Ciertamente, aunque no se establece de manera directa en el texto de la sentencia, se puede relacionar lo esgrimido por la entidad pública como una medida que adolece de

discriminación indirecta. En este sentido el TSJ dispone que *"Siendo los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras de habitual ejercicio femenino, como es el caso de autos, el litigio presenta una dimensión constitucional (...) Y debe ser invocada no solo en esa proyección procesal, también en una proyección sustantiva, pues la interpretación dada en la sentencia de instancia, que la Sala asume, supone la solución más acorde con la aplicación e interpretación de la normativa en perspectiva de género, que se sustenta en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas"*, lo que puede llevar a la conclusión factible de que la medida pretendida por el SEPE tiene una connotación totalmente desigual entre hombres y mujeres por el mayor impacto que tiene en el colectivo femenino que en el masculino. A todas luces, la actuación de la Administración Pública encajaría perfectamente dentro de la definición de discriminación indirecta formulada en el artículo 6.1 b) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, pues la misma se refiere a una medida de apariencia neutra pero que acaba ocasionando una desventaja a un colectivo particular. En este caso, la medida afectaría mayoritariamente a las progenitoras, por ser las que ostentan las tareas de cuidados dentro del ámbito familiar. Indudablemente, el TSJ de Galicia desestima el recurso de suplicación presentado por la entidad gestora y confirma el derecho de la trabajadora a la prestación por desempleo, ya que entender lo contrario vulneraría preceptos constitucionales. Definitivamente, todo esto no deja de ser una paradoja que aún se evidencia en la actualidad en la falta de eficacia de las medidas normativas y sociales que promocionan la igualdad y la no discriminación.