

DEREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

IRENE DOZO MOUGÁN
Profesora Axudante Doutor de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Vigo (España)
idozo@uvigo.es

Palabras chave: Seguridade Social; maternidade; xubilación.

Keywords: Social Security; maternity; retirement.

Palabras clave: Seguridad Social; maternidad; jubilación.

DOUTRINA XUDICIAL DO TS

Sentenza do TS (Sala do Social) do 7 maio de 2024 (recurso de casación para a unificación da doutrina ud. núm. 2142/2021); Sentenza do TS (Sala do Social) do 7 de maio de 2024 (recurso de casación para a unificación da doutrina ud. núm. 2724/2021)

RESUMO: A non obriga de reintegro das prestacións indebidas no suposto de beneficiarios dunha pensión de xubilación parcial que non soliciten inmediatamente despois da extinción do contrato laboral o seu dereito á xubilación ordinaria. Non se atribúe enriquecemento inxusto debido a que o erro se debe exclusivamente á entidade xestora, sen que medie mala fe ou fraude por parte do beneficiario da prestación, pois sen a existencia daquel o titular sería perceptor dunha cantidade maior en concepto de xubilación ordinaria.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 41 CE
- Art. 10.2 CE
- Art. 96 CE
- Art. 1 do Protocolo nº 1 CEDH
- Lei 25/2014, do 27 de novembro, de tratados e outros acordos internacionais
- Art. 55.3 LXSS
- Art. 14.2 e 16 do RD 1131/2002, de 31 de outubro, polo que se regula a Seguridade Social dos traballadores contratados a tempo parcial, así como a xubilación parcial.

Analízanse conxuntamente dúas resolucións do Tribunal Supremo, xa que se considera totalmente adecuado que a súa valoración debe pórse en común, no só por ser ambas obxecto de recurso de casación para unificación da doutrina contra sentenzas do TSX Galicia (recurso de suplicación núm. 3003/2020 e recurso de suplicación núm. 4533/2020), senón tamén porque o TS resolve de maneira idéntica o conflito exposto sobre a mesma cuestión litixiosa. Os asuntos examinados versan sobre se unha persoa beneficiaria dunha pensión de xubilación parcial que no momento en que se extingue o contrato de traballo concertado coa súa empresa, contrato que posibilitou o dereito a esta específica prestación, e non solicita de maneira inmediata o dereito á xubilación ordinaria, co cal, segue a percibir o pago correspondente á xubilación parcial, debe reintegrala por considerarse que se percibiu de maneira indebida.

Certamente, antes de entrar a realizar unha valoración pormenorizada e dilixente dos asuntos de autos, é preciso facer referencia ao fallo ditaminado polo TEDH no ano 2018 no caso Cakarevic contra Croacia, por mor da incidencia que esta supuxo nas argumentacións xurídicas e ditames do TS en senllos asuntos de autos. A importancia do caso Cakarevic radica especialmente en que entra a resolver se a reclamación por parte das autoridades nacionais a unha beneficiaria que estivo percibindo prestacións por desemprego cando xa non tiña dereito a mesmas por motivo dun erro da Administración pública competente, ten a obriga

de reintegralas. O asunto en cuestión xira arredor do alcance do artigo 1 do Protocolo núm. 1 do CEDH en relación coa protección da propiedade e a percepción de prestacións públicas. Sobre este particular, é de todo moi interesante a interpretación que fai o TEDH do termo “bens” recollido no devandito artigo 1 do Protocolo nº 1, ampliando a súa definición á seguinte: *“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”*. É máis, o Tribunal Europeo non finaliza aí a delimitación do concepto e o expande ata toda aquela “expectativa lexítima” que poida ter unha persoa a obter un ben ou activo, aínda que este poida estar afecto a revogación, como pode suceder en determinadas prestacións. Contexto que o TEDH entende que é o que sucede no presente caso, pois a oficina de emprego foi a que erroneamente tomou decisión de ampliar o dereito da demandante máis aló da data aplicable ao prazo legal, transcorrendo un período longo de tempo -case tres anos- ata decatarse do seu erro. Ademais, e tal como declara o TEDH, débese ter en conta as difíciles circunstancias persoais da demandante que acreditaba numerosos problemas de saúde, incapacidade para traballar, baixo nivel de cualificación profesional e uns modestos recursos económicos familiares. Sen dúbida, o Tribunal europeo considera que todo isto levou a afianzar a crenza da beneficiaria, que sen ningunha mala fe, seguiu co seu cobro mensual entendendo que tiña un dereito lexítimo sobre el. Así mesmo, e de maneira totalmente certa, os xuíces europeos cuestionan a actuación das autoridades nacionais no cumprimento do principio de boa gobernanza pola mala praxis exercida neste asunto, pois non actuaron de maneira coherente e adecuada cando o erro cometido se debía única e exclusivamente á súa intervención e do que en ningún momento se fixeron responsables, recaendo totalmente a rendición de contas na demandante, o que supuxo unha carga excesiva para ela. Por conseguinte, o TEDH finaliza declarando a violación do dereito fundamental ao desfrute pacífico dos ben propios por parte do Estado croata, o que levou aparelado a conculcación

do artigo 8 do CEDH referente ao respecto da vida privada que, con bo criterio, adicionalmente tamén foi alegado pola parte demandante.

En verdade, non é nada novo indicar o carácter vinculante dos ditames emanados polo TEDH, aínda que soamente teñan natureza declarativa e non executoria. Pero ao mesmo tempo, tamén débese ter presente no Dereito interno o artigo 10.2 CE e o artigo 96 CE que sinalan a primacía do Dereito convencional sobre as leis nacionais, preceptos que posteriormente foron desenvoltos na Lei 25/2014, do 27 de novembro. Se ben, como precisa a Lei 25/2014, a superioridade dos tratados unicamente se produce en caso de conflito coas leis internas aínda que iso non significa que se teñan que derrogar, senón que o que entraña é o seu desprazamento a efectos de aplicar o contido da norma convencional. Así pois, é o xuíz ordinario o encargado do control da convencionalidade a prol de que non exista unha contradición que poida afectar a un incumprimento dun convenio ou tratado internacional. E isto é o fondo do que sucede nas dúas sentenzas que aparecen na rúbrica, xa que o TS foi o encargado de levar a cabo o control de convencionalidade do artigo 55 LXSS a razón da interpretación realizada polo TEDH do contido do artigo 1 do Protocolo nº 1 do CEDH.

O artigo 55.1 LXSS decreta a obrigación de reintegro das prestacións que se percibisen indebidamente, non especificando ningunha excepción que puidese estar motivada en elementos totalmente alleos á vontade ou ignorancia da propia persoa beneficiaria, como pode ser o caso de boa fe do titular ou da existencia dun erro por parte das entidades xestoras. Se se realiza un paralelismo coa sentenza Cakarevic contra Croacia é evidente a contrariedade do disposto na lei interna e o resolto polo Tribunal Europeo. Certamente, para a negación do reintegro das prestacións é preciso que estas se recoñeceran indebidamente pola equivocación da Administración, sen que en ningún momento existise mala fe ou fraude da persoa perceptora, pero ademais, debe tratarse dunha prestación de carácter social que teña como obxectivo unha protección básica para o seu titular. Así pois, no que atinxe aos elementos referenciados

anteriormente, a relación co Dereito interno queda consolidada dende a vertente de que as prestacións do sistema de Seguridade Social, sexan de carácter contributivo ou non contributivo, son garantes de ingresos suficientes ante situacións de necesidade, tal como queda constatado no art. 41 CE. Polo tanto, trátase de recursos necesarios para que a cidadanía de un país poida alcanzar un nivel de vida digno e a consecución do tan denominado estado de benestar. E ante esta situación, é onde tivo que entrar a dirimir Tribunal Supremo a estimación ou desestimación das resolucións do TSX de Galicia que ratificaron a obriga de dous titulares –un home e unha muller- a devolver as prestacións por xubilación parcial percibidas durante o lapso de tempo en que remataran os seus contratos e o momento de solicitude da pensión de xubilación ordinaria. Titulares que en ambos os casos exerceran profesións de baixa cualificación e coa percepción de cantidades económicas que se elevaban a 18.229,83 e 57.279,58 euros, respectivamente.

Practicamente, pódese afirmar que as resolucións adoptadas polo TS nas dúas cuestións litixiosas de análise son idénticas. Os argumentos nos que se basea o TS son os mesmos, sen un maior contido xurídico nunha sentenza que na outra. Posiblemente, teña moito que ver que os dous ditames se efectuaron no mesmo día e con idéntica sentenza de contraste. Os fundamentos de dereito nacen arredor da dicotomía de dous conceptos: indebido ou incorrecto. Conceptos parellos na súa definición pero con matizacións importantes no contido xurídico que fan que a diferenza entre un e outro sexa o factor determinante para decidir a lexitimidade ou ilexitimidade da medida pretendida polas entidades xestoras. Noutras palabras, se o cobro dunha prestación, neste caso de xubilación parcial, percibiuse de maneira indebida, tal como establece o artigo 55 LXSS e coa obriga de reintegrala, ou de maneira incorrecta, o que suporía que non dese lugar ao reembolso das cantidades percibidas. A decisión que aplica o TS é avogar pola segunda das opcións, integrando desta maneira o Dereito convencional no Dereito interno. Non obstante, e con todo é preciso dicir, que os asuntos aquí traídos a colación non son os primeiros onde o TS aplica a doutrina do caso Cakarevic

contra Croacia, pois xa tivo a oportunidade de resolver o debate xurídico en dous recursos para unificación da doutrina –STS núm. 530/2024 do 4 de abril e STS núm. 634/2024 do 29 de abril- procedentes de dous recursos de suplicación do TSX de Asturias –recurso de suplicación núm. 2042/2022 e recurso de suplicación núm. 2584/2022-. Nestes específicos casos, os preitos tiñan orixe no recoñecemento por parte do SEPE a dúas persoas da prestación extraordinaria por desemprego por ERTE Covid-19 cunha redución de xornada do 75%, o que supoñía excederse do límite máximo do 70% establecido na normativa de urxencia. Certamente, a época en que tivo lugar o erro da entidade xestora estaba sumida nunha situación caótica debido á situación urxencia a causa da pandemia que se estaba vivindo, pero iso non é xustificación para que o organismo público non asuma a súa responsabilidade. E iso mesmo foi o que considerou o TS por partida dobre, que aplicou sen miramentos a sentenza do TEDH.

Agora ben, e estando totalmente de acordo coas resolucións do TS, si ben é certo que nas cuestións obxecto de obrigación de reintegro de prestacións de xubilación parcial, os ditames adoptados polo Supremo quizás adoezan de certa contundencia ou polo menos de non entrar a valorar a cuestión de maneira rigorosa e exhaustiva. Os pronunciamentos baséanse na reinterpretación dos artigos 14.2 e 16 RD 1131/2022 en materia de incompatibilidade da pensión de xubilación parcial e as causas de extinción desta. A grandes trazos, o que realiza o TS é un redimensionamento do recoñecemento da xubilación ordinaria cando vén precedida da xubilación parcial, procedendo a unha ficción xurídica que deixa sen efecto o disposto no artigo 55 LXSS, alegando que durante o lapsus de tempo reclamado pola Administración o beneficiario tería dereito á prestación por xubilación ordinaria, e esta sería de contía superior á que viña percibindo. Por este motivo, non se trataría dun cobro indebido senón dun cobro incorrecto, xa que, se a entidade xestora non cometese o erro, o titular podería acceder a unha pensión máis beneficiosa. Unha das posibles razóns á brevidade dos fundamentos de dereito podería ser debido a

que xa se contaba con antecedentes xurisprudenciais idénticos á cuestión obxecto de litixio, como é o caso da resolución do Tribunal Supremo núm. 129/2023, do 10 de febreiro (recurso de casación para a unificación da doutrina núm. 4366/2019 interposto contra o recurso de suplicación núm. 439/2019 resolto polo TSX de Madrid). Con todo, e pese a isto, tampouco se pode valorar como unha razón suficiente pois as sentenzas traídas a colación non son máis que calcos do razoamento xudicial do ditame de 2023, sen máis desenvolvemento nin afondamento no que debería ser a cuestión esencial: o artigo 55 LXSS e a súa viabilidade despois da doutrina do TEDH no caso Cakarevic contra Croacia.

Sentenza do TS (Sala do Social) do 23 de febreiro de 2024 (recurso de casación para a unificación da doutrina ud. núm. 419/2022)

RESUMO: Determinación da responsabilidade da mutua no custo da prestación por incapacidade permanente absoluta derivada dun procedemento de revisión por agravación dunha incapacidade permanente total, nos casos en que a entidade colaboradora asumiu a carga sen excepcións na primeira prestación recoñecida.

NORMAS APLICADAS:

- Art. 80.2 LXSS
- Art. 110 LXSS
- Art. 167.4 LXSS
- Art. 200.2 LXSS

A cuestión suscitada no presente recurso de casación para a unificación da doutrina céntrase en determinar a responsabilidade do pago da prestación por incapacidade permanente absoluta por enfermidade profesional cando esta se deriva dun expediente de revisión de grao dunha incapacidade permanente total. A discusión non parece tan problemática si se ten en conta as disposicións vixentes sobre esta temática que se establecen no actual RDL 8/2015, do 30 de outubro. Pois, con este fin, a LXSS dispón no artigo 80.2

que as mutuas colaboradoras terán por unha das súas finalidades a xestión das prestacións económicas comprendidas na protección das continxencias de enfermidades profesionais. A este precepto debe engadirse o sinalado no artigo 110 LXSS que contén unha disposición particularmente específica para as mutuas responsables nos supostos de que a incapacidade permanente sexa causada por continxencia profesional, ben sexa por accidente de traballo ou enfermidade profesional, pois teñen a obriga de capitalizar o importe do custo da pensión.

Con todo, a discutible claridade dos preceptos anteriormente referenciados, decae nos supostos recoñecidos con anterioridade ao 1 de xaneiro do ano 2008, xa que é a partir desta data cando as mutuas colaboradoras asumen o novo modelo de xestión da enfermidade profesional recollido na actual LXSS do 2015. Con anterioridade ao ano 2008, e tras unha etapa de transición de dous anos, as entidades colaboradoras rexíanse por un sistema de reparto compensación establecido no artigo 68.3 b) da derogada LXSS do ano 1994, onde unicamente aportaban unha porcentaxe económica ás incapacidades permanentes derivadas de enfermidade profesional en réxime de compensación, para facer fronte á sinistralidade xeral da que derivaba a continxencia. É dicir, era unha método de solidariedade entre as entidades colaboradoras á hora de repartir os gastos xerais ocasionados por as enfermidades profesionais que contraía algún traballador ao servizo dalgún dos seus asegurados.

Non obstante, e tal como se mencionou anteriormente, non será ata o inicio do 2008, a través da Disposición Final Octava da Lei 51/2007, do 26 de decembro, cando se equipare o réxime de responsabilidade económica das mutuas na incapacidade permanente por enfermidade profesional ao accidente de traballo, pois a capitalización xa viña rexendo ordinariamente na normativa do sistema da Seguridade Social en relación con estas últimas. E a partir de aquí, é onde van a aparecer os problemas interpretativos, tal como sucede no suposto que se analiza neste específico apartado, onde a patoloxía de orixe aparece antes do ano 2008 pero a agravante é posterior a esa data.

A xurisprudencia do TS, concretamente a sentenza do 15 de xaneiro de 2013 que resolve o recurso de casación para unificación da doutrina núm. 1152/2012 (recurso de suplicación núm. 501/2012) intenta dar unha resposta á dicotomía interpretativa de cal é a normativa correcta a aplicar antes e despois do 2008. A este respecto, o TS no preito do ano 2013 resolve a cuestión establecendo a responsabilidade do custo da prestación da incapacidade permanente absoluta á entidade xestora. O motivo fundamental é que toda a vida laboral do traballador na que estivo exposto ao risco que derivou na enfermidade se desenvolve con anterioridade á reforma da Lei 51/2007, sendo o INSS en exclusiva o responsable da cobertura cando se orixinou e evolucionou a patoloxía. En ningún momento anterior ao 1 de xaneiro do 2008 a mutua era colaboradora da xestión da incapacidade permanente por enfermidade profesional, polo que debe responder exclusivamente o INSS de todo o período.

Agora ben, o litixio de autos sinalado na rúbrica, difire en certos aspectos coa sentenza referenciada no parágrafo anterior. Concretamente, os antecedentes expostos refírense a un traballador declarado por resolución do INSS do 8 marzo de 2012 afecto a unha incapacidade permanente total xurdida pola profesión habitual que realizaba. Resolución coa que a mutua xestora estivo de acordo e non impugnou a decisión do organismo público. Posteriormente, e uns anos máis tarde -8 de xuño de 2020- debido a un agravante do cadro clínico do enfermo recoñécese unha incapacidade permanente absoluta. Ao igual que a sentenza do ano 2013, a afección padecida pola persoa obxecto da incapacidade era motivada pola exposición ao polvo de sílice, pero coa diferenza de que este traballador prestou servizos antes e despois do 1 de xaneiro 2008. Un total de 9.085 días traballou en empresas suxeitas a risco de exposición, dos cales, 7.564 foron anteriores ao 1 de xaneiro do 2008 e 1.521 días foron posteriores. Ante esta disxuntiva, o TSX de Galicia, verifica a sentenza do Xulgado do Social núm. 1 de Ourense, e declara a responsabilidade compartida no pago da prestación entre as dúas entidades. O INSS debía aboar o porcentaxe dun 83,25% e a mutua o 16,75%, en referencia ao período de

tempo en que cada unha ten a responsabilidade exclusiva da cobertura. Con todo, a entidade xestora non está de acordo coa solución alcanzada e decide elevar esta ao TS mediante recurso de casación para unificación da doutrina.

Certamente, e segundo o sinalado na resolución do 15 de febreiro do 2013, poderíase deducir que o esgrimido polo TSX de Galicia é totalmente acertado sobre a cuestión debatida. Con todo, son varias as cuestións que o TS pon enriba da mesa e que nada teñen que ver coa súa resolución anterior. Por unha parte, non se trata dunha declaración por incapacidade permanente illada, senón que vén precedida por una revisión de agravación dunha incapacidade permanente total. Se ben é certo, e tal como sinala o TS ao abeiro do Capítulo XI da LXSS, o recoñecemento –neste caso– dun agravante permite recoñecer un novo dereito que se plasma na nova incapacidade permanente absoluta, co que se extinguiría a primeira e daría lugar á pensión da segunda. E así segue afirmando o TS, que establece que o acto da revisión supón unha natureza e unha finalidade distinta á declaración inicial da incapacidade. A diferenza fundamental baséase en que se introducen feitos novos derivados do empeoramento da patoloxía clínica do traballador, polo que entraña unha situación xurídica nova. O declarado polo Tribunal pode levar a pensar que si se está ante unha novo contexto, independente e polo tanto estimatorio da resolución do TSX de Galicia. Mais iso non é o que sucede, pois a pesar de que se declara o novo *fito*, este tan só é relevante para o nacemento da nova prestación pero non para a responsabilidade do pago. Este último debe consolidarse na entidade que xa era doadora da prestación, a mutua, e que en ningún momento cuestionou a súa responsabilidade na primeira resolución administrativa que precisou á incapacidade permanente total. Polo tanto, a responsabilidade da entidade colaboradora no custo é total, debido a que o dereito que se subscribe coa nova declaración de incapacidade permanente absoluta non se ve alterado, xa que aquel atende a mesma continxencia. Todo isto, leva a que se desestime o recurso de suplicación resolto polo TSX de Galicia e se afiance a doutrina do Tribunal Supremo a razón da responsabilidade exclusiva da mutua na prestación

de incapacidade permanente absoluta por agravación da enfermidade nos casos en que aquela se achantou na primeira prestación.

DOCTRINA DO TSX DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Social) do 13 de marzo de 2024 (recurso de suplicación núm. 336/2024)

RESUMO: Dereito dunha traballadora que se encontra en situación de excedencia por coidado de fillo a ser beneficiaria da prestación por desemprego ao iniciar unha relación laboral durante o tempo desta e que se extingue por causas alleas á súa vontade. Existencia de dimensión constitucional por infracción de dereitos fundamentais relativos á igualdade e non discriminación entre homes e mulleres.

NORMAS APLICADAS:

Art. 14 CE

Art. 18 CE

Art. 39 CE

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

ART. 262, 266, 267.2 LXSS

Art. 46.3 y 55 ET

Resulta de todo interesante o fallo contido na presente resolución do TSX de Galicia, pois trátase de un tema certamente complexo e de certa sensibilidade no que se delibera a plena garantía do dereito á conciliación da vida familiar e laboral. En concreto, o obxecto do litixio é o acceso do dereito dunha traballadora a percibir a prestación por desemprego mentres se encontra en excedencia por coidado de fillos. Prestación que a causante avala na extinción contractual doutro emprego no período temporal da excedencia. En particular, a solicitante ven desfrutando do seu dereito á excedencia do artigo 46.3 ET para o coidado de fillos dende outubro do 2022. Durante o inicio da data da suspensión do contrato ata o período do 27 de xuño de 2023, sen que se especifique a data de inicio, a traballadora mantivo unha relación contractual cunha empresa de traballo temporal que finaliza por expiración do tempo pactado no

contrato. A consecuencia de este acto, a traballadora solicita o seu dereito á prestación por desemprego, pero é a partir de aquí cando empeza o seu periplo coa entidade xestora no recoñecemento da súa titularidade.

A este respecto, cómpre dicir que, en ningún momento se está a poñer en dúbida pola entidade pública o cumprimento dos requisitos do nacemento do dereito á prestación decretados no artigo 266 apartados a), b), d) e e) LXSS: "*a) estar afiliada á Seguridade Social e en situación de alta ou asimilada á alta nos casos que regulamentariamente se determinen; b) ter cuberto o período mínimo de cotización ao que se refire o artigo 269.1 dentro dos seis anos anteriores á situación legal de desemprego ao momento en que cesou a obriga de cotizar (...); d) non ter cumprido a idade ordinaria que se esixe en cada caso para causar dereito a pensión de xubilación (...); e) estar inscrito como demandante de emprego no servizo público de emprego competente*". Estes requisitos son acreditados dende as propias circunstancias laborais da traballadora. Primeiramente, en canto á obriga do acto de encadramento de afiliación na Seguridade Social, simplemente considerando que para a petición de calquera das tipoloxías de excedencia é preciso ter formalizada unha relación laboral, este requisito está máis que demostrado. Por outra banda, e en relación co acto administrativo de estar de alta ou asimilada a esta, o artigo 36.1 3º RD 84/1996 designa coma un dos supostos de asimilación á alta a situación de excedencia para o coidado de fillos con reserva ao posto de traballo. Ademais, tendo en conta que, segundo o establecido no art. 46.3 ET o empresario debe garantir durante o primeiro ano de vixencia da excedencia por coidado de fillos a reserva ao posto de traballo, non hai dúbida de que a traballadora encontrábase neste suposto cando solicitou a prestación, posto que aínda non transcorrera un ano dende o inicio da suspensión do contrato. En canto aos últimos requisitos establecidos no artigo 266 LXSS non son obxecto de discusión. O período de carencia enténdese que está cumprido por non ser obxecto de impugnación pola entidade xestora e canto ao requisito de estar inscrito como demandante de emprego, considérase que o tratarse de un

mero trámite formal, este tampouco se entra a valorar dentro dos fundamentos de dereito.

Pola contra, o requisito do artigo 266 c) LXSS: *"encontrarse en situación de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo e para aceptar la colocación adecuada a través da subscripción do acordo de actividade ao que se refire o artigo 3 da Lei 3/2023, do 28 de febreiro, de emprego"* é realmente a finalidade do debate nesta controversia, sobre todo a primeira parte do parágrafo, a relativa ao que debe entenderse por "atoparse en situación legal de desempleo". No que se refire aos feitos deste específico suposto, o artigo 267.1 a) 6º LXSS manifesta que se considerará en situación de desempleo a persoa que finalice o seu contrato por expiración do tempo convindo neste. E é aquí o debate entre a entidade xestora e a titular da excedencia, rexeitando o SEPE a súa inclusión dentro do suposto do artigo 267 LXSS. A carga argumentativa da entidade pública radica no paralelismo que fai a entidade xestora a efectos de considerar a mesma situación a facultade-aptitude que tivo a traballadora na realización dunha actividade laboral durante o período de excedencia e trasladala á posibilidade que esta ten de utilizar o seu dereito ao reintegro na súa empresa. Neste sentido, o SEPE entende que a traballadora pode realizar unha actividade laboral e polo tanto, tal como indica o artigo 262 LXSS, isto é totalmente incompatible coa natureza do desempleo, o cal ten por obxecto cubrir unha situación de necesidade motivada pola perda de ingresos e a incapacidade de poder atopar outro traballo. Evidentemente, a parte contraria, non acolle os razoamentos da entidade xestora e alega a dimensión constitucional da causa por afectación do artigo 14 CE relativo á igualdade e non discriminación, do artigo 18 CE referente ao dereito á privacidade e a tomar decisións lexítimas no ámbito persoal e familiar e por último o artigo 39 CE que se corresponde co dereito á protección á familia e os fillos, independentemente da súa filiación.

Fronte a esta disxuntiva, o TSX de Galicia posiciónase, de idéntica maneira que o Xulgado do Social, non acollendo o esgrimido pola entidade xestora e reafirmando a pretensión da traballadora. En primeiro lugar, a apreciación do TSX

baséase na afirmación de que a traballadora si se encontraba nunha situación legal de desemprego, con independencia de que a relación laboral mantida coa ETT se extinguise durante o período da excedencia. De feito, o Tribunal engade a esta formulación que non hai ningún precepto da normativa que impida a realización de funcións durante unha excedencia por coidados, desacreditando a máxima alegación da entidade xestora. En segundo lugar, o TSX de Galicia en revogación ao SEPE, e tamén con certo matiz de reprimenda, afirma a compatibilidade dunha actividade laboral coa excedencia por coidados, toda vez que permita una maior adaptación da proxenitora aos coidados dos fillos. O que supón non só flexibilizar a duración da xornada, do horario ou en aras da proximidade física entre o centro de traballo e a residencia familiar, senón tamén para cubrir as carencias económicas deixadas de percibir pola propia excedencia. E en último lugar, o TSX acolle a tese da vulneración de dereitos fundamentais vinculados principalmente no principio de igualdade e non discriminación entre homes e mulleres e que ten o seu sustento no artigo 4 da Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo.

Certamente, aínda que non se establece de maneira directa no texto da sentenza, pódese relacionar o esgrimido pola entidade pública como unha medida que adoece de discriminación indirecta. Neste sentido o TSX dispón 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"*, o que pode levar á

conclusión factible de que a medida pretendida polo SEPE ten unha connotación totalmente desigual entre homes e mulleres polo maior impacto que ten no colectivo feminino que no masculino. A todas luces, a actuación da Administración pública encaixaría perfectamente dentro da definición de discriminación indirecta formulada no artigo 6.1 b) da Lei 15/2022, do 12 de xullo, pois esta refírese a unha medida de aparencia neutra pero que acaba ocasionando unha desvantaxe a un colectivo particular. Neste caso, a medida afectaría maioritariamente ás proxenitoras, por ser as que ostentan as tarefas de coidados dentro do ámbito familiar. Indubidablemente, o TSX de Galicia desestima o recurso de suplicación presentado pola entidade xestora e confirma o dereito da traballadora á prestación por desemprego, xa que entender o contrario estaríase vulnerando preceptos constitucionais. Definitivamente, todo isto non deixa de ser un paradoxo que aínda se evidencia na actualidade na falta de eficacia das medidas normativas e sociais que promocionan a igualdade e a non discriminación.