

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

(Del 1 al 15 de diciembre de 2023)

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- Tribunal Supremo
- Tribunales Superiores de Justicia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA –GUÍA–

La Administración pública puede prohibir, o no, el uso de símbolos religiosos a todos sus empleados, estén o no en contacto con los usuarios

Igualdad de trato en materia laboral. Discriminación por motivos de religión o convicciones. Sector público. Reglamento de trabajo de una Administración pública que prohíbe el uso visible de cualquier signo filosófico o religioso en el lugar de trabajo. Pañuelo islámico. Exigencia de neutralidad en los contactos con el público, los superiores jerárquicos y los compañeros de trabajo. Empleado de ayuntamiento que ejerce sus funciones principalmente sin contacto con los usuarios del servicio público y a la que se le prohíbe el uso del pañuelo islámico en su lugar de trabajo. Modificación del reglamento interno del ayuntamiento en el sentido de prohibir cualquier forma de proselitismo y el uso de signos ostensibles que puedan revelar convicciones ideológicas o religiosas, incluidos aquellos que no estén en contacto con los usuarios, a fin de observar una estricta neutralidad. Discriminación indirecta. Finalidad legítima.

Debe reconocerse a cada Estado miembro, incluidas sus entidades infraestatales, un margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que aquel pretende promover en el lugar de trabajo. Al margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros y, en su caso, a las entidades infraestatales señaladas, le acompaña un control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Unión, que consiste fundamentalmente en comprobar si las medidas adoptadas están en principio justificadas y si son proporcionadas. La conciliación necesaria entre la libertad de pensamiento, de convicción y de religión y las finalidades legítimas que pueden invocarse como justificación de una desigualdad de trato la ha dejado el legislador de la Unión en manos de los Estados miembros y, en su caso, sus entidades infraestatales y sus órganos jurisdiccionales. Por ello, puede estar igualmente justificada la elección de otra Administración pública, en función del contexto que le sea propio, de abogar por otra política de neutralidad, como una autorización general e indiferenciada de uso de signos visibles de convicciones o por una prohibición del uso limitada a situaciones que impliquen el contacto con los usuarios. Una norma interna de una Administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha Administración, estén o no en contacto con el público, el uso visible en el lugar de trabajo de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha Administración de instaurar un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada. Corresponde, por tanto, al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el ayuntamiento persigue el objetivo de manera verdaderamente congruente y sistemática, con respecto al conjunto de los trabajadores, ajusta las medidas a lo estrictamente necesario y pondera los intereses en juego, teniendo en cuenta, por un lado, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, por otro lado, el principio de neutralidad de la Administración pública interesada, que garantice a los usuarios de sus servicios y a los miembros de su personal un entorno administrativo sin manifestaciones visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas.

(STJUE, Gran Sala, de 28 de noviembre de 2023, asunto C-148/22)

TRIBUNAL SUPREMO –GUÍA–

El periodo de IT no puede equipararse a prestación efectiva de servicios a efectos de calcular el exceso de jornada y su ulterior compensación. Lo que procede es aplicar un criterio de proporcionalidad

Exceso de jornada. Compensación. Efectos jurídicos que despliega la situación de incapacidad temporal (IT).

El artículo 45 del ET incluye la IT entre las causas de suspensión del contrato de trabajo, que «exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el salario». En esa situación, el trabajador no presta servicio, lo que impide asimilar ese periodo al de trabajo activo a efectos del cumplimiento de la jornada máxima de trabajo, en orden a la posible realización de un exceso de jornada que debiere compensarse con descanso o con su abono. Lógicamente, el trabajador no ha de recuperar las jornadas de trabajo transcurridas bajo el periodo de IT. Pero eso no quiere decir que dicho periodo pueda considerarse como de trabajo efectivo y dar lugar a un posible exceso de jornada que haya de compensarse, a salvo de la regulación más favorable al trabajador que eventualmente pudiere establecer la propia norma convencional. Bajo esta premisa, lo que procede es aplicar un criterio de proporcionalidad, de manera que se calcule el exceso de jornada en virtud de los días de trabajo de esa misma anualidad durante los que el trabajador prestó servicios efectivos fuera del periodo de baja médica. En el caso analizado, para calcular el exceso de jornada realizado en 2018, que sería de 95 horas al año por la comparación del calendario laboral anual del trabajador con la jornada máxima prevista en el convenio colectivo, debe acudirse a la regla de proporcionalidad en razón de los días de trabajo efectivamente realizados durante esa anualidad fuera del periodo de baja médica, que en este caso concreto fueron 112 días que, sobre aquel total de 95 horas, se corresponden con un exceso de 29,15 horas. Esta solución se ajusta a la naturaleza jurídica que legalmente corresponde a los periodos de IT, ya que durante los mismos no hay una prestación efectiva de servicios. Pero que a su vez neutraliza el efecto perverso que supondría para el trabajador la total exclusión de esos periodos a la hora de calcular un posible exceso de jornada, lo que supondría un perjuicio adicional por haber estado en situación de IT durante esa anualidad. Esta doctrina es más acorde a derecho que la contenida en la sentencia de contraste, que indebidamente equipara el tiempo de baja médica al de trabajo efectivo, y lo computa en la misma medida que si se tratara de horas de trabajo reales a efectos de calcular el exceso de jornada que debe ser compensado por la empresa.

(STS, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2023, rec. núm. 1067/2021)

Permisos retribuidos. Hospitalización de familiares. Convenio que amplía los días en caso de «desplazamiento a otra localidad». El Supremo recuerda que basta el cambio de término municipal para que surja el derecho

Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. Permiso por hospitalización de familiares. Derecho a días adicionales por desplazamiento a una localidad (Móstoles) distinta a la de residencia de la persona trabajadora (El Álamo), distando entre ambas 22 kilómetros. Convenio colectivo que a la hora de devengar el permiso de referencia alude a su ampliación en caso de que se precise «hacer un desplazamiento a otra localidad».

La literalidad del precepto, que solo puede ceder ante la evidencia de que se haya perseguido acordar algo diverso, es bien elocuente. La norma se refiere al desplazamiento a otra localidad. Pudiendo haber elegido otros muchos parámetros administrativos (provincial, comunidad autónoma), geográficos (kilómetros en línea recta o por carretera convencional), cronológicos (tiempo estimado en transporte público o privado) o funcionales (necesidad de pernocta o de almuerzo), se ha optado precisamente por el reseñado. No solo eso, sino que se ha invocado el viaje a otra localidad, sin adicionar dato alguno sobre su ubicación. Y sabido es que donde la norma no diferencia tampoco el intérprete debe hacerlo. Restringir el supuesto para reconducirlo a otro diverso sería ir contra el tenor de lo pactado. La interpretación teleológica aboca a esa misma conclusión, porque si el convenio colectivo



no reproduce las fórmulas genéricas que la ley contiene es porque desea añadir algo distinto. Es decir: el artículo ha prescindido de la muy conocida fórmula que contiene el artículo 37.3 b) del ET sobre supuesto similar al ahora contemplado. Así, la ley tipifica los casos de permiso y añade que «cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto». El genérico vocablo de desplazamiento permite realizar interpretaciones acerca de tal concepto y aplicar criterios sobre su duración u onerosidad. Sin embargo, cuando no se deja abierto el concepto, sino que se cierra y se habla de desplazamiento entre localidades, las posibilidades interpretativas de referencia decaen. En resumen: la regulación del convenio colectivo, separándose de la incorporada por el ET, ha de comportar un significado útil: que basta el cambio de término municipal (desde el domicilio de residencia habitual al del lugar en que se encuentra el familiar) para que surja el derecho al permiso ampliado.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2023, rec. núm. 3995/2020)

Proceso selectivo por el turno de discapacitados en el sector público: momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad

Proceso selectivo. Turnos reservados a personas con un determinado grado de discapacidad. Revisión de grado. Pérdida de los derechos en el proceso selectivo. Personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud. Momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados. Aspirante que en el momento de presentación de la solicitud tenía reconocida una discapacidad del 33 % por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales y que, habiendo superado todas las pruebas del proceso selectivo, a los pocos días fue sometida a revisión, la cual concluyó con una reducción de su discapacidad al 15 %, por debajo de la exigida por la convocatoria para poder acceder por el turno mencionado.

Las bases de la convocatoria son «la ley» en los procesos selectivos para el empleo público. Y ello debe ser así, sin dejar espacio a la apreciación subjetiva de cada caso, porque lo contrario conduciría inevitablemente a la incertidumbre, la desigualdad y la arbitrariedad. La única excepción jurisprudencialmente admitida a la intangibilidad de las bases de la convocatoria viene dada, como es bien conocido, cuando las bases mismas o la aplicación que la Administración hace de ellas vulneran un derecho fundamental, que es normalmente el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado por el artículo 23.2 de la Constitución. Pero que las bases de una convocatoria dispongan que el porcentaje de discapacidad requerido para participar por el turno de discapacitados debe mantenerse hasta el momento de la toma de posesión no atenta en absoluto contra ningún derecho fundamental, ni desde luego resulta contrario al derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. El grado de discapacidad de la recurrente no estaba aún definitivamente fijado cuando se presentó al proceso selectivo, existiendo la posibilidad de que su situación mejorase. Este es un dato que conocía o debía conocer y, por consiguiente, ha de entenderse que optó por el turno de discapacitados a su propio riesgo y ventura. Es posible que quien ha superado las pruebas en el turno de discapacitados tenga mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o simplemente que en el turno general hayan quedado plazas sin cubrir. Si alguna de estas circunstancias se produce, no hay ninguna razón válida para no tener por aprobado en el turno general a quien superó todas las pruebas en el turno de discapacitados. En definitiva, el momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y solo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir; solución esta más ajustada al principio de proporcionalidad que la dada en instancia.

(STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de noviembre de 2023, rec. núm. 5386/2021)

No cabe reconocer la prestación por nacimiento y cuidado del menor al progenitor distinto de la madre biológica en el caso de fallecimiento intrauterino del feto que hubiera permanecido en el seno materno durante más de 180 días

Subsidio por nacimiento y cuidado de menor. Progenitor distinto de la madre biológica. Fallecimiento intrauterino del feto que ha permanecido en el seno materno durante más de 180 días.

Aunque el artículo 48.4 del ET, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019 (de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación), señala que: «El nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, de las cuales serán obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que habrán de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado previstos en el artículo 68 del Código Civil», dicha dicción resulta insuficiente para alcanzar la conclusión pedionada en la demanda, máxime cuando pervive el texto del Real Decreto 295/2009 que veta el reconocimiento del subsidio (por paternidad) si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso (con la salvedad de que una vez reconocido el subsidio, este no se extinguirá, aunque fallezca el hijo o menor acogido). Además, el Real Decreto-Ley 6/2019 no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, lo que resulta imprescindible para desarrollar las modificaciones que se incorporaron en el texto estatutario y en la normativa de Seguridad Social (arts. 177 y 178 LGSS) a este anudadas. Por otra parte, el derecho controvertido tampoco podría sustentarse en el principio de corresponsabilidad, dado el deceso acaecido, ni en el objetivo de conciliación de la vida familiar y laboral. Y, en todo caso, abundando en la interpretación sistemática del cuerpo normativo en liza, se observaría un desigual tratamiento respecto de aquellas situaciones en las que se produce la muerte de un hijo cuando ya han vencido los periodos especialmente protegidos. Desestimar el recurso que examinamos y confirmar la sentencia recurrida implicaría interferir sensiblemente en el orden normativo expuesto, dado que estaríamos diseñando una prestación en contra de una norma que la proscribía y que no ha sido derogada. La intervención en el ordenamiento jurídico que exige una pretensión como la que se sostiene en el presente procedimiento solo le corresponde al legislador, sin que la misma pueda ser suplida a través de resoluciones judiciales que vayan más allá de sus propias funciones jurisdiccionales, entre las que no se encuentran, desde luego, la modificación del régimen prestacional de la Seguridad Social. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2023, rec. núm. 292/2022)

Puede acceder a la jubilación anticipada involuntaria el socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado que ve extinguida su relación por pérdidas económicas, aunque no perciba la indemnización propia de los despidos objetivos o colectivos

Jubilación anticipada involuntaria. Socio de cooperativa de trabajo asociado. Cese que se produce como consecuencia del acuerdo adoptado por la Asamblea General, con base en la deficiente situación económica de la mercantil.

En el caso analizado, la demandante integraba junto a otra socia una cooperativa de trabajo asociado. En junio de 2015 comunicaron a la autoridad laboral la extinción de sus contratos por cese de actividad debido a causas económicas por disminución de las ventas y acumulación de pérdidas desde 2009. Tras ser declarada en situación de desempleo, solicitó una pensión de jubilación que le fue denegada por el INSS. En este contexto, la sala acuerda que, no cuestionándose la involuntariedad, ni existiendo indicios de fraude, resultaría excluyente exigir a los socios trabajadores de cooperativas que acreditaran el percibo de una indemnización desconocida en el régimen jurídico de su vínculo societario. Hay que tener en cuenta que el artículo 207.1 de la LGSS establece los requisitos para acceder a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, pero no regula los específicos de los socios trabajadores de cooperativa de trabajo asociado. El listado de supuestos contemplados en dicho artículo tiene carácter cerrado, de *numerus clausus*, debiendo interpretarse su tipología de modo coherente cuando se trata de atender a situaciones planteadas a quienes se encuentran en el RGSS y no poseen la condición de personal asalariado, sino de socios trabajadores en una cooperativa de trabajo asociado. Aunque resulta innegable que la voluntad de la cooperativista ha influido de manera decisiva en la adopción extintiva, especialmente dado el escaso





número de socios, debe prevalecer la contemplación del caso desde la peculiaridad de estas entidades. Lo innegable es que la socia ha quedado sin ocupación, ha sido admitida como beneficiaria de las prestaciones por desempleo, nadie ha cuestionado la realidad de los problemas económicos y que la disolución de la cooperativa en modo alguno puede considerarse como una situación exclusivamente dependiente de su voluntad, al menos en tanto no se acredite. Aunque estemos ante un cooperativista en el que pueda primar la relación societaria y en el que la extinción de su relación ha sido conformada –mediatamente a través de su participación como socio en el acuerdo de solicitar la declaración de concurso de acreedores– a través de la concurrencia de su voluntad, lo cierto es que se ha quedado sin trabajo. La doctrina de esta sala se mueve en la línea querida por el legislador: evitar supuestos de fraude, pero abrir la puerta a casos en que realmente la voluntad del trabajador esté ausente de la causa extintiva y esta sea una de las específicamente contempladas.

(STS, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2023, rec. núm. 3387/2022)

Los periodos de ERTE por COVID no pueden computarse a efectos de generar una nueva prestación de desempleo

Acción protectora de la Seguridad Social. Cómputo como cotizado del periodo de percepción de prestaciones por desempleo como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo derivado de un ERTE-COVID por fuerza mayor, a efectos de percibir una nueva prestación de desempleo.

Teniendo en cuenta que del artículo 269 de la LGSS se desprende que las cotizaciones que durante la percepción de las prestaciones de desempleo estén obligadas a efectuar la entidad gestora o, en su caso, la empresa, no pueden computarse a los efectos de generar un nuevo periodo de prestaciones, se trata de discernir si las reglas especiales dictadas para regular la prestación de desempleo derivada de la COVID-19 han introducido alguna clase de excepción a esa norma general. Además de la exoneración del abono de la aportación empresarial en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados por esa causa con base en fuerza mayor, así como el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo a los trabajadores que carezcan del periodo de ocupación cotizada mínima necesario para ello, el Real Decreto-Ley 8/2020 incorpora la novedad de no computar el tiempo de percepción de la prestación a los efectos de consumir los periodos máximos de percepción del desempleo establecidos en la norma legal de referencia. Pero en ningún caso se contempla que el periodo de percepción de prestaciones de desempleo pueda computarse a los efectos de generar el derecho a una nueva prestación, como si de una ocupación cotizada se tratase. Es cierto que el artículo 24.2 del Real Decreto-Ley 8/2020 señala que la exoneración de las cuotas empresariales no tendrá efectos para la persona trabajadora, «manteniéndose» la consideración de dicho periodo como «efectivamente cotizado a todos los efectos», pero de esta última expresión no cabe extraer la consecuencia de considerar como cotizado para desempleo el tiempo durante el que se perciben las prestaciones por suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor COVID. Con la expresión «a todos los efectos», no se quiere atribuir a ese periodo de desempleo un nuevo y diferente efecto jurídico, sino reafirmar la idea de que la exoneración de la cuota empresarial no puede ir en detrimento del trabajador, para que ulteriormente se le tenga por no cotizado el periodo de desempleo percibido por suspensión de la relación laboral o reducción de jornada durante el que la empresa no ha ingresado las cotizaciones. La ley especial, por tanto, no pretende generar un derecho distinto y más extenso que el contemplado en la LGSS, sino mantener para el trabajador el mismo estatuto jurídico reconocido en la normativa ordinaria, pese a la inexistencia de cotizaciones empresariales en el periodo de prestación de desempleo COVID. No hay que olvidar que nuestro sistema de prestaciones de desempleo descansa en el principio de que trabajo y cotización generan una prestación proporcionada, en la medida en que el desempleo viene a proporcionar una renta de sustitución que compensa la pérdida de ingresos derivada de la pérdida del empleo, lo que justifica la consecuente proporcionalidad de unos y otros periodos. Nada impide que se admita la posibilidad de generar periodos de desempleo por el solo hecho de la cotización, no acompañado de la efectiva realización de una ocupación cotizada, pero estas excepcionales situaciones deberán estar contempladas de manera expresa en la ley. El único supuesto expresamente exceptuado de esa regla general es el de las prestaciones reconocidas en virtud de la suspensión de la relación laboral por causa de violencia de género. Pleno.

(STS, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2023, rec. núm. 5326/2022)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA –GUÍA–

Pensiones no contributivas y límite de acumulación de recursos: diferencia de trato legal en perjuicio del matrimonio con respecto a la convivencia en pareja de hecho

Pensión no contributiva. Invalidez. Límite de ingresos. Unidad familiar. Matrimonio integrado por el beneficiario y su cónyuge, así como tres hijos de ella, dos de los cuales son menores de edad y el tercero tiene 19 años, siendo estudiante sin ingresos. Denegación por tomar la entidad gestora como unidad de convivencia únicamente al matrimonio, excluyendo a los hijos de ella.

Si aplicamos el artículo 363 del TRLGSS en su literalidad resultaría que solamente en caso de matrimonio se computan las rentas del cónyuge, pero no si forman pareja de hecho, con lo cual en el caso de parejas en las cuales una de ellas tenga la guarda y custodia de los hijos, la ley penaliza con la pérdida de prestaciones, dejando sin cobertura social a aquellos que opten por el matrimonio en relación con quienes forman pareja de hecho. La diferencia de trato se produce en perjuicio del ejercicio de un derecho con expresa protección constitucional, como es el matrimonio. Por tanto, una interpretación literal de la ley resulta contraria al artículo 32.1 de la CE, por lo que ha de optarse por una interpretación integradora que sea compatible con la Constitución. El órgano judicial no puede adoptar una interpretación contraria a la Constitución si cabe la posibilidad de hacer una interpretación flexibilizadora y que se ajuste a los mandatos de esta, superando la mera literalidad de la ley, ya que en otro caso estaría obligado a suspender el proceso para elevar cuestión de inconstitucionalidad, que en este caso juzgamos innecesaria. La interpretación que ha de adoptarse debe tomar en consideración que el otro miembro de la pareja que tiene cargas familiares propias debe hacer frente a las mismas con sus propios ingresos y por tanto no todos sus ingresos están disponibles para la unidad familiar que forma con su pareja (excluyendo a sus hijos). No se trata de hacer una equiparación sin más de las situaciones de las parejas de hecho y los matrimonios, aplicando a estos últimos la solución que habría que aplicar a las primeras, sino de seguir la lógica de la propia ley en cuanto al cómputo de la capacidad económica y los mínimos de subsistencia familiares. En definitiva, compete al legislador introducir los cambios necesarios en la norma, para lo cual existen diversas posibilidades, pero en tanto en cuanto tal reforma no se produzca hemos de interpretar que cuando el cónyuge tenga a su cargo hijos propios no computables en la unidad familiar habrá de deducirse de sus ingresos anuales computables para la unidad familiar la parte que corresponde a los hijos que debe mantener, esto es, por cada uno de ellos el 70 % del importe anual de la pensión no contributiva, que constituye el mínimo que la ley prevé destinar a su mantenimiento (art. 363.2 TRLGSS), imputándose a la unidad familiar solamente el resto. Dado que el importe en 2021 de la pensión no contributiva fue de 5.639,20 euros, el límite de acumulación de recursos de la unidad familiar de dos miembros (el beneficiario y su cónyuge) era de 9.586,64 euros. Los ingresos del cónyuge fueron de 18.080 euros, de los que hay que restar tres veces el 70 % de 5.639,20 euros, esto es, 11.842,32 euros, quedando por tanto unos ingresos de 6.237,68 euros, por debajo del límite de acumulación de recursos de la unidad familiar aplicable, por lo que el recurso es estimado.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2023, rec. núm. 548/2023)

Desempleo. Modalidad de pago único. ¿Qué ocurre si se solicita cuando todavía está sin resolver la impugnación del despido?

Prestación por desempleo. Modalidad de pago único. Derecho a su percepción cuando se impugna el despido.

En el caso de que el trabajador impugne el despido (o lo hagan sus representantes colectivos, en el caso de despidos colectivos), aun cuando desde el momento del cese pueda acceder a prestaciones de desempleo, le queda vedado el acceso al pago único capitalizado de las mismas hasta que se resuelva la impugnación y quede descartada la eventual incompatibilidad con salarios de tramitación. Con ello, el trabajador que desee emprender una actividad financiable con la capitalización de las prestaciones de desempleo, si impugna la legalidad del despido, se ve obligado a esperar hasta que se resuelva dicha impugnación para



emprender dicha actividad, dado que: A) No puede presentar su solicitud hasta que se resuelva la impugnación y B) Si inicia la actividad antes de presentar la solicitud, pierde el derecho a la capitalización, ya que «la solicitud del abono de la prestación por desempleo... en todo caso deberá ser de fecha anterior a la de inicio de la actividad...». A juicio de esta sala, la radicalidad de dicha regulación legal puede ser aminorada por vía interpretativa por dos vías. En primer lugar, hay que considerar que la previsión legal es aplicable solamente si existe la posibilidad de que de la impugnación del despido se puedan llegar a derivar salarios de tramitación que puedan originar una incompatibilidad sobrevenida con la prestación y la consiguiente necesidad de regularizar la prestación de desempleo. Ello excluye aquellos supuestos en los que, aunque se impugne el despido, de dicha impugnación no puedan derivarse tales salarios, como pudiera ser el caso de readmisiones imposibles cuando en el propio acto de impugnación se haya incluido la solicitud de la parte demandante a la que se refiere el artículo 110.1 b) de la LRJS. Y por la misma razón, debe interpretarse que la «resolución del procedimiento» ha de situarse en aquel momento procedimental en el que ya no es posible que se devenguen salarios de tramitación (por ejemplo, cuando se ha dictado sentencia en la instancia y la empresa ha optado por la indemnización, sin que dicha opción y sus efectos puedan ser modificados como consecuencia del recurso que se pueda haber presentado). En segundo lugar, en virtud de un principio de eficacia administrativa, debe considerarse que si el interesado presenta su solicitud de capitalización cuando todavía está sin resolver la impugnación de su despido, lo que procederá será suspender la tramitación de la misma hasta que se resuelva esa impugnación, pero no rechazar la misma, puesto que el artículo 22.1 g) de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común, dispone que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se suspende «cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional». Por tanto, si se presenta la solicitud estando pendiente la impugnación judicial del despido, lo que procede no es desestimarla, sino suspender su tramitación hasta que recaiga resolución que ponga fin al procedimiento y de forma definitiva determine si van a existir o no salarios de tramitación. El interesado no puede iniciar su actividad hasta que se haya presentado la solicitud, pero una vez presentada nada impide que lo haga. Ahora bien, si inicia su actividad antes de que se resuelva su solicitud, lo hace bajo su propio riesgo, porque, si después la misma es desestimada, perderá la financiación a la que aspiraba. Así, por ejemplo, si como consecuencia de la impugnación se generan salarios de tramitación, la entidad gestora habrá de denegar la solicitud si ya se ha iniciado la actividad, dado que la prestación de desempleo originaria será incompatible con esos salarios y en el momento de generarse la prestación, fijando la nueva fecha en el momento en que terminan esos salarios de tramitación, no existirá situación legal de desempleo si en ese momento ya se ha iniciado la actividad incompatible. Pero si, por el contrario, se ha presentado la solicitud, se suspende su decisión por la entidad gestora a la espera de la resolución de la impugnación del despido y una vez finalizada la tramitación de dicha impugnación no se han generado salarios de tramitación o no se ha iniciado todavía la actividad, procederá reconocer la capitalización. La ley solamente exige que la actividad se inicie después de la solicitud, no después de la resolución y si se ha iniciado la actividad tras la solicitud, pero no hay salarios de tramitación sobrevenidos o si, existiendo tales salarios, no se ha iniciado todavía la actividad y existe por tanto derecho a la prestación (regularizando sus fechas), entonces procederá reconocer el derecho a la capitalización solicitada. En el presente caso, aplicando este último criterio, la resolución de la solicitud debió ser paralizada hasta conocer el resultado de la impugnación del despido. Como quiera que de la misma no se generaron salarios de tramitación, la solicitud debió ser resuelta favorablemente.

(STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 6 de septiembre de 2023, rec. núm. 412/2023)

Reintegro de gastos médicos. Prótesis. Incluye todos los componentes necesarios para realizar su función, como cables, portapilas o baterías

Reintegro de gastos médicos. Paciente intervenido en ambos oídos para la colocación de implantes cocleares. Reclamación del importe invertido en cables, portapilas, baterías y protectores de micrófono, imprescindibles para el correcto funcionamiento de los referidos implantes. Procedencia.

La tesis que sostiene el letrado recurrente es que los elementos reclamados por el actor no están incluidos en el anexo VI, «Cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica», del Real Decreto 1030/2006, ya que según la Orden SAS/1466/2010, el



epígrafe OR 1 0 queda redactado de la siguiente forma: «Implantes cocleares (incluida la renovación de los componentes externos: procesador externo, micrófono y antena)». Sin embargo, la mentada orden se refiere a elementos constitutivos de los implantes, por más que sean externos, distintos de los consumibles o accesorios cuyo reintegro reclama el hoy recurrido. Partiendo de la definición y finalidad del implante quirúrgico (sustituir total o parcialmente una función fisiológica), este ha de ser entonces identificado con todos los elementos precisos para la realización de su función (consumibles), cuya ausencia equivale a la del propio implante quirúrgico. Procede el abono del importe reclamado de 1.791,77 euros correspondientes al reintegro de gastos médicos.

(STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2023, rec. núm. 2367/2022)