

**EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y SITUACIÓN LEGAL
DE DESEMPLEO. INAPLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL
PARÉNTESIS**

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

M^a JOSÉ GUIX GONZÁLEZ*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora, perteneciente al sector de grandes superficies, solicitó excedencia voluntaria durante tres años, excedencia que fue prorrogada por dos años más. Al finalizar dicho período, solicitó su reincorporación en unas determinadas condiciones, distintas de las que venía disfrutando antes de la excedencia. La empresa manifestó a dicha solicitud de reingreso que no tenía una vacante en tales condiciones.

A cargo de la trabajadora se encontraba una menor discapacitada que en el momento de solicitar la excedencia voluntaria tenía 5 años de edad. Denegada la reincorporación, solicitó prestación por desempleo. La actora presentó demanda contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), por la decisión de no concederle la prestación por desempleo, dicha decisión fue confirmada por el Juez de lo Social, pero revocada por la sala de lo Social del TSJ de Madrid, tras recurso de suplicación, la que declaró el derecho de la actora a la prestación por desempleo, en base a la aplicación de la doctrina del paréntesis.

RESUMEN: El SPEE interpuso recurso de casación por unificación de doctrina alegando como sentencia de contraste otra del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha de 14 de febrero de 2004. El recurso será estimado por el Tribunal Supremo aduciendo la no aplicación de la “doctrina del paréntesis”, debido a la inexistencia de voluntariedad en la permanencia en el mercado de trabajo de la actora. En otras palabras, el Alto Tribunal considera la no retrotracción del nacimiento de la prestación por desempleo a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria, de tal forma que en el caso concreto, la actora no alcanza el período de carencia mínimo de 360 días para dicha prestación, por lo que no tiene derecho a ella.

* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Colaboradora Honoraria, respectivamente.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA
3. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES DE LA EXCEDENTE
4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: LA INVOLUNTARIEDAD
5. SOBRE EL PERIODO DE CARENCIA Y DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

1. INTRODUCCIÓN

Se entremezclan en la sentencia que se comenta varias cuestiones interesantes: de un lado, una trabajadora en situación de excedencia voluntaria, de otro lado, una serie de responsabilidades familiares de dicha trabajadora excedente, con una menor discapacitada a su cargo y otra menor acogida; y, finalmente, la inaplicación de la teoría del paréntesis para el acceso a las prestaciones por desempleo.

En nuestra opinión, y como más adelante se abundará, el Tribunal Supremo ha tenido que entrar en el análisis de la cuestión del paréntesis debido a la necesidad de corregir una situación creada por la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recogida en la sentencia que casa, pero de forma hábil llevando la cuestión, más que al terreno del requisito del período de carencia, al terreno del concepto de la contingencia protegida y de la involuntariedad en la situación de desempleo; aprovechando, al mismo tiempo, para el análisis de la determinación de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial.

Cuestiones que quizás, a mi juicio, ni siquiera hubiesen hecho falta aplicar de haberse observado los requisitos para el acceso a las prestaciones por desempleo de forma correcta, ya que, como posteriormente se dirá, a la trabajadora excedente se le tenía que haber denegado el derecho a la prestación inicialmente por no encontrarse en situación legal de desempleo.

2. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

Como se recuerda, la excedencia es una institución jurídica transplantada desde el Derecho Administrativo, de hecho, no es hasta la Ley de Relaciones Laborales de 1976 cuando se regulan los primeros supuestos de excedencia nominados como tales.

En el momento actual, el art. 46.2. ET establece que todo trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser

ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia. El Estatuto de los Trabajadores reconoce esta excedencia *ad nutum*, sin necesidad de concurrencia de causa específica de tal forma que se respeta la intimidad del trabajador ignorando cuál es el interés o la causa que motiva su solicitud¹. Y este es el tipo de excedencia que solicita la trabajadora que da origen a la controversia jurídica objeto de la sentencia que se comenta.

Esta excedencia tiene la especial particularidad, *ex art. 46.5 ET*, de que “el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”, y en base a ello, y como se ha indicado, “el trabajador no se beneficia de la norma que entiende como tiempo de servicio a la empresa el transcurrido en esta situación”². Ello significa que solo tiene un derecho “abstracto” y preferente a reincorporarse en el caso de que haya una vacante de igual o similar categoría.

Esta situación ha sido analizada por la doctrina estableciéndose diferentes criterios sobre su concepción y naturaleza. Siguiendo a Gorelli Hernández, por su sistemática y claridad, una parte de la doctrina ha entendido que la excedencia voluntaria es un “supuesto de extinción del contrato de trabajo, si bien, en caso de vacante y reingreso posterior, se origina una nueva relación laboral”, tesis muy criticada por insatisfactoria y que compartimos plenamente³. El sector doctrinal predominante estima que se trata de un supuesto de suspensión especial “pues se caracteriza por tener unos efectos parcialmente diferentes,

¹ Como indica Cruz Villalón, J. en su *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos. Madrid, 2009, pág. 144. Vid STS de 25 de octubre de 2000 o, en palabras del TSJ de Madrid en sentencia de 22 de abril de 2003, “cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia”.

² Así, Martín Valverde, A. et al. en *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 385.

³ “En primer lugar, sería contradictorio con la afirmación previa de que estamos ante uno de los mecanismos jurídicos a través de los cuales se genera estabilidad en el empleo. De otro lado, parece que la excedencia voluntaria no encaja con ninguno de los supuestos de extinción regulados en el art. 49 ET, ni siquiera con la dimisión ya que los regímenes jurídicos de ambas figuras son totalmente diferentes. Lo dispuesto en el art. 46.5 ET, respecto a que el trabajador “sólo” conserva un derecho preferente al reingreso, no debe ser interpretado en el sentido de que desaparezcan el resto de derechos o deberes secundarios del trabajador... La prueba de ello es que los trabajadores que están en esta situación pueden verse afectados por una causa de extinción de las reguladas en el art. 49 ET, esto significa que hay determinados derechos y obligaciones que permanecen, y por lo tanto que la relación laboral no se ha extinguido. De hecho veremos como hay una importante línea jurisprudencial que ha venido interpretando que en determinadas circunstancias (cuando existe vacante), la no admisión del trabajador equivale a un despido. Por último, el hecho de que al no solicitarse el reingreso en tiempo no sea necesario la declaración de la extinción del contrato es equivalente al resto de los supuestos de abandono del trabajador, en los que nunca ha sido exigible que el empresario exprese formalmente que considera extinguido el contrato...” Gorelli Hernández, J. : *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 26 y 27

básicamente referidos al reingreso o reincorporación al puesto de trabajo, o al hecho de que no se compute este período a efectos de antigüedad”⁴.

El que entre las causas de suspensión no se recoja la excedencia voluntaria y, que estemos ante una figura jurídica que pretende la “vigencia de la relación laboral”, aunque sin reserva de puesto de trabajo, ha hecho que algunos autores, entre otros Pérez Alonso, consideren a la excedencia voluntaria como “un tercer género, con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo”⁵, pudiendo entenderse esta situación como una “figura intermedia entre la suspensión y la extinción del contrato de trabajo” ya que no es mencionada expresamente ni en el art. 45 ni en el art. 49 del ET⁶.

Es precisamente el entender que el derecho a la excedencia se configura “como un auténtico derecho subjetivo del trabajador”, si se cumple el requisito de antigüedad exigible, por lo que no queda a la discrecionalidad del empresario el reconocerla, o no, sino que está obligado a ello, es lo que lleva a entender la voluntad del trabajador de cesar en el trabajo, conociendo perfectamente que en el momento en que se extinga el plazo concedido de excedencia no tiene asegurado su puesto de trabajo, solo “un derecho preferente” si hubiera puestos vacantes en la empresa.

Aquí creemos radica el problema con la prestación por desempleo. Ya que el trabajador excedente ha querido voluntariamente cesar en su puesto de trabajo, de forma temporal inicialmente, pero conociendo perfectamente, y asumiendo al solicitarla, que no tenía garantía alguna de recuperar el futuro dicho puesto.

⁴ Op. cit., págs. 29 y 30 29 “El punto de partida es afirmar que en la situación de excedencia el contrato de trabajo está vigente, al igual que en la suspensión... cuando se acude a la excedencia voluntaria, ni al trabajador ni empresario, pretenden dar por extinguido el contrato de trabajo. Que el contrato no está extinguido... lo demuestra el hecho que la negativa injustificada a la reincorporación del trabajador tiene la consideración de despido, o que la no solicitud de reincorporación en tiempo y forma supone la extinción del contrato. De otro lado, se produce una persistencia en determinadas obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador, de manera que durante la situación de excedencia el contrato produce efectos, tal como ocurren cuando hay una suspensión”. Y además está en el ET, dentro de la sección de “suspensión del contrato”...

⁵ Pérez Alonso, M.A. *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 17.

⁶ Nuevamente, Gorelli Hernández, J., op. cit., pág. 31, quizás por ello entiende que la única excedencia posible es la voluntaria ya que la forzosa es únicamente una manifestación de la suspensión. O como señala la STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992, “se trata de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo con unos efectos específicos, en parte distintos a los de toda suspensión del contrato de trabajo, pero en la que el vínculo contractual se mantiene aunque debilitado”.

3. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES DE LA EXCEDENTE

En el trasfondo del asunto se deja entrever que la necesidad de protección por desempleo lo es porque a cargo de la trabajadora se encontraba una menor discapacitada que en el momento de solicitar la excedencia voluntaria tenía 5 años de edad y ahora otro menor en situación de pre-acogimiento. A este respecto ha de hacerse algún comentario.

Ha de recordarse que en el momento de solicitar la excedencia por parte de la actora ya se encontraba en vigor la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral que le hubiera permitido obtener una mayor estabilidad laboral por recogerse la reserva de puesto de trabajo, durante el primer año o, transcurrido dicho plazo, respecto de un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional equivalente⁷, o, al menos, haber intentado por acuerdo entre las partes la reserva del puesto en base a tales motivos familiares.

Desde luego, este es un argumento sólido para la interpretación “pro beneficiario”, pero no ha podido ser tenido en cuenta por el Tribunal Supremo debido a una actuación más que dudosa por parte de la actora. Y es que, como se conoce, ya desde hace tiempo, desde la Unión Europea se intentan impulsar las políticas de conciliación como forma de incrementar las tasas de empleo femenino⁸; políticas que nuestro Estado ha pretendido seguir hasta ahora (como ejemplo más palpable la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres).

Evidentemente, una excedencia solicitada con el fin de conseguir la conciliación de la vida laboral con las cargas familiares, posibilitando un mayor margen en las licencias y permisos de los que pueden disfrutar los trabajadores, hubiese sido un motivo más que loable para interpretar de forma flexible la norma en favor de la concesión de la prestación ya que en la regulación legal se tendrían que ver reflejados los artículos 39 y 14 de la CE⁹.

El tema de la igualdad y no discriminación, de la aplicación del art. 14 de la CE, está claro ya no sólo porque es la mujer la que tradicionalmente ha accedido a estas instituciones legales que pretenden fomentar y salvaguardar la

⁷ Suponiendo que se hubiesen dado las condiciones (quizás no hubiese valido por la edad de la hija, pero sí en caso de que la discapacidad hubiera llevado consigo la imposibilidad de valerse por sí misma).

⁸ Sobre el tema véase, Rodríguez Rodríguez, E. “La crianza de los hijos y la atención a dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras la revisión del pacto de Toledo”, *Aranzadi Social* num. 8/2011, Pamplona. 2011.

⁹ Vid, STC 26/2011, de 14 de marzo. Esta sentencia sigue la línea de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto «Roca Álvarez» (C-104/2009), de 30 de septiembre de 2010; y está acorde con la Directiva 2010/18/UE que abre la puerta a la corresponsabilidad como fundamento para alcanzar la verdadera conciliación entre la vida personal y la vida laboral.

conciliación de los trabajadores con la vida familiar¹⁰ y ello independientemente de que se haya pedido la aplicación de políticas de “corresponsabilidad”¹¹. Sino también porque se hubiera podido producir discriminación, a nuestro juicio, si no existiera o interpretaran las normas en favor de una efectiva conciliación familiar. La “trabajadora-cuidadora” es la que ha de sufrir el sacrificio en las prestaciones ya que dicha situación normalmente la conduce a reducir su carrera de cotización, sin considerar compensaciones por tal tarea de cuidados familiares, con las dificultades y limitaciones consecuentes para acceder a las prestaciones de protección de sistema de Seguridad Social. En este sentido, se hace imperativo que el sistema de protección público-social atienda a cubrir, entre otras cuestiones, los riesgos que se generan por la incorporación (y salida) de la mujer en el mercado trabajo, especialmente cuando se nos muestra con datos y cifras reales que tanto la tasa de paro como la de cobertura por desempleo es inferior en las mujeres¹².

Junto a ello, aunque las normas que compensan el cuidado de hijos o familiares a la hora de causar derecho a prestaciones, se han aumentado por obra de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva, aún queda incidir más en la cuestión de la protección por desempleo¹³.

La normativa de Seguridad Social debe destacar algunas necesidades específicas para proteger a las trabajadoras. Se hace preciso impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o a personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización de la mujer. Es preciso ir más allá de medidas que se limitan a nuevos permisos, licencias o mejoras y ampliaciones de éstas (que otorgan más tiempo para el cuidado a quien se ocupa tradicionalmente de esas tareas, la mujer), urge que la legislación social avance hacia la no penalización, en ningún aspecto, por

¹⁰ Por poner un ejemplo, buena prueba de este modelo tradicional y desigual es que durante el año 2011 se registraron 40.330 excedencias: 37.875 correspondieron a solicitudes presentadas por mujeres y 2.455 por hombres. *Información estadística de Castilla y León, Consejería de Hacienda y Dirección General de Presupuestos y Estadísticas*, Junta de Castilla y León.

¹¹ Esto es, la posibilidad de que se disfrutase simultáneamente la excedencia, por padre y madre, por todos, López Gandía, J., “Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias”, *Aranzadi Social*, n.º. 15, 2003. Tal vez sobrepase el alcance de la prestación no económica prevista por el legislador en estos casos, según advierte FERNÁNDEZ PROL, F. en “Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social”, *Revista Doctrina Social*, n.º. 21, 2003, pp. 105-119.

¹² Véase Agustí Julià, J. *et altri* en *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Editorial Bomarzo, 2010.

¹³ Por lo menos, se han corregido algunas disfunciones sobre la protección por desempleo y la reducción de jornada en la LOI 3/2007, entendiéndose dicho período como cotizado a tiempo completo, véase nuestra crítica a la doctrina judicial contraria a esta idea en el n.º 80 de 2005 esta misma revista “Reducción de jornada por cuidado de hijos y protección por desempleo y maternidad”.

razón del uso de medidas de conciliación. En definitiva, el hecho de ejercer los derechos de conciliación por parte de los trabajadores debe resultar indiferente a su carrera de cotización y a sus derechos de Seguridad Social, subrayando que el empleo sistemático de la técnica de la “corresponsabilización”, en el sentido de repartir el cuidado del hogar con el hombre.

Pero la realidad de este asunto es muy distinta. La actora ha querido reflejar una situación familiar que pudiera servir para una interpretación flexible de la norma para acceder a la prestación por desempleo, pero de los hechos probados se deduce que inicialmente el interés de la excedencia no fue por motivos familiares y, de otro lado, suena “extraño” que alguien que quiera reincorporarse a un puesto de trabajo solicite, en una época donde ya escaseaba el trabajo, un puesto de trabajo en condiciones muy tasadas y exigentes pareciendo que su interés era más bien el que la empresa le contestara que no había un puesto de trabajo en tales condiciones, e inmediatamente, sólo un día después de la finalización del plazo, ya se encontraba demandando la prestación por desempleo, sin intentar conciliación o reclamación alguna respecto del puesto de trabajo perdido.

4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: LA INVOLUNTARIEDAD

Como ciertamente se ha dicho, la protección pública contra el desempleo se ha convertido en una de las piedras angulares del sistema de Seguridad Social, en efecto, es una de las políticas públicas de garantía de recursos más importantes por la potencialidad de acrecentar las desigualdades y la exclusión social, y por sus repercusiones sociales, políticas y económicas¹⁴.

No obstante, la polémica sobre los efectos desincentivadores de esta prestación o subsidio está constantemente de actualidad. En este sentido algunos autores consideran que el sistema de prestaciones por desempleo incide notablemente en la duración del desempleo, tanto por el lado de la oferta como de la demanda del mercado de trabajo¹⁵.

Al hilo de estas consideraciones de tipo economicistas, y adentrándonos en la problemática jurídica, el concepto de desempleo refleja este aspecto limitando el acceso a las prestaciones para los que realmente quieren trabajar. La protección pública contra el desempleo, de acuerdo con la dicción del texto legal, ampara a quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo, o

¹⁴ Así, Vida Soria, J. et altri, en *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2010.

¹⁵ Rebollo Sanz, Y., en la *Influencia de la contratación temporal y las prestaciones por desempleo en el mercado laboral*. Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía, 2008.

ven reducida su jornada de trabajo, y en base a ello, la Seguridad Social les atribuye un posible derecho a percibir, bien una prestación o un subsidio con el fin de garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario o de complementariedad del mismo, respectivamente, y ello en tanto que el individuo no obtenga un nuevo empleo.

En esencia, la discusión que se produce, más que realmente si es de aplicación o no la llamada teoría del paréntesis, es respecto del requisito de voluntariedad, de “querer trabajar”, o en sentido contrario, de que la prestación solo será concedida en los supuestos de paro involuntario o forzoso, así se plasma en el FD 3^a de la sentencia que se comenta. De hecho, es el argumento central para no aplicar la doctrina del paréntesis a la prestación por desempleo que solicita la trabajadora excedente voluntaria.

Junto a la situación de alta o asimilada al alta y período de carencia que exigen todas las contingencias comunes, incluida la protección por desempleo, y de la que más abajo se abundará, uno de los elementos fundamentales de la noción de desempleo protegido es la voluntad para trabajar. Y ya no sólo porque el art. 203 de la LGSS indique, como ya se apuntó, que el desempleo protegido es el de aquellos que “queriendo y pudiendo trabajar” han perdido un empleo (o visto reducido su jornada de trabajo), o porque uno de los requisitos para acceder a las prestaciones es ser demandante de empleo y haber suscrito un “compromiso de actividad”, sino porque en el catálogo de situaciones legales de desempleo lo que se protege son extinciones, suspensiones o modificaciones del contrato de trabajo no imputables al trabajador. La combinación de los criterios positivos y negativos del art. 208 LGSS “muestra la vigencia de la involuntariedad, como requisito de acceso a la protección... se excluyen, con limitadas excepciones... las causas de pérdida o reducción del empleo que puedan atribuirse a la voluntad del trabajador....” De hecho, el número 2 de ese artículo afirma tajantemente que “no se considerará situación legal de desempleo (la de los trabajadores que) “cesen voluntariamente en el trabajo”, extendiendo luego esta exclusión a los supuesto de falta de reclamación frente al despido, no ejercicio de acciones para la reincorporación en caso de despido nulo o improcedente o no solicitud del reingreso en caso de suspensiones con derecho a reserva de puesto de trabajo”¹⁶.

Y, de hecho, en catálogo de situaciones legales de desempleo no se encuentra la extinción del contrato de trabajo por la negativa a la reincorporación tras una excedencia voluntaria. Y ello porque solicitar una excedencia voluntaria, en la forma en que se encuentra regulada, es más que una suspensión pues, son muchas las probabilidades de no volver a trabajar en tal empresa por no

¹⁶ Desdentado Bonete, A – Mercader Uguina, J. *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 51, o de forma voluntaria en casos de incumplimientos graves y culpables por parte del empresario.

existir reserva de puesto de trabajo, a lo más un derecho preferente. Quizás en el caso de negativa del empresario a la reincorporación a su puesto de trabajo, suponiendo que hubiese vacante, lo que los Tribunales han entendido como despido¹⁷, podría plantearse el acceso a la protección por desempleo, que sí es una situación legal de desempleo, aunque ahora habría otra causa distinta de denegación: no encontrarse en alta o situación asimilada.

Pero en realidad, la negativa al reingreso, por sí, no es situación legal de desempleo, por lo que la trabajadora no tendría derecho ni ahora cuando se le deniega el reingreso por no existir vacante, ni anteriormente cuando voluntariamente solicitó la excedencia. Por ello, creemos que el esfuerzo interpretativo en la aplicación del paréntesis hubiera sido estéril de haber centrado la denegación en el incumplimiento del requisito de encontrarse en situación legal de desempleo. Al no haber situación legal de desempleo, no pueden computarse las cotizaciones realizadas previamente en ningún momento.

De hecho, de forma histórica, la mayoría de las resoluciones judiciales referidas a excedencia voluntaria y desempleo se referían al reconocimiento de este cuando se ha cesado en otro puesto de trabajo de otra empresa o, en si hubo o no fraude de ley en la celebración de contratos a los efectos de acceder a las prestaciones por desempleo (evidentemente porque no se encontraban en situación legal de desempleo)¹⁸.

Como se dijo anteriormente, el primero de los requisitos de la mayoría de las prestaciones contributivas es el de encontrarse en alta o situación asimilada a la del alta. Así lo indica, tanto el art. 207 de la LGSS, como los arts. 124 y 125 de dicho cuerpo normativo.

Más concretamente, el art. 125 de la LGSS entiende que puede ser situación asimilada al alta la de excedencia forzosa, pero no la voluntaria. Por su parte, el art. 36 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, cuando habla de excedencia como situación asimilada al alta lo hace respecto de la forzosa o respecto de la solicitada por cuidado de hijos “con reserva de puesto de trabajo”. Y, finalmente, en la legislación específica de desempleo, el art. 2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, sólo se contempla como situación asimilada al alta “la excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical”.

Por ello, desde hace tiempo, los Tribunales han venido entendiendo que “resulta requisito obligado para causar derecho a la prestación por desempleo tanto en su modalidad contributiva como en la asistencial,... el de estar en

¹⁷ Vid STS de 19 de octubre de 1994.

¹⁸ Nuevamente, Desdentado Bonete, A – Mercader Uguina, J. *El desempleo como situación protegida*, op. cit., pág. 98 y 99.

situación de alta, al tiempo de sufrir la pérdida de ocupación, en un régimen de seguridad social que proteja esa contingencia, o en situación asimilada al alta, entre las que no se encuentra la de excedencia voluntaria.”¹⁹ Y más reciente, dos sentencias, referidas también a reingreso de una excedencia voluntaria en una gran superficie, en las que, en la primera, se reconoció en conciliación el despido por la falta de reingreso, según el TSJ ello no hubo de producir el alta en la Seguridad Social, ni la excedencia era una situación asimilada a la del alta, por lo que se “permite colegir, que la ausencia del requisito de alta o situación asimilada al alta, ex artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social, no genera el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda” de desempleo²⁰. Y en la segunda, de la misma sala y Tribunal, pero de 28 de octubre de 2010, de un excedente voluntario que pide su reingreso y no es aceptado, al solicitar las prestaciones por desempleo se le deniega por el SPEE por no encontrarse en *situación legal de desempleo*, ya que “la ausencia del requisito de alta o situación asimilada al alta -ha de observarse que el legislador, a diferencia de lo que ocurre con la excedencia forzosa, no contempla como situación asimilada al alta en el artículo 125 de la LGSS el supuesto de excedencia voluntaria-, ex artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 124 del mismo cuerpo legal, no permite generar el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda; lo que resulta, a su vez, acorde con el objeto de la prestación, que, conforme a las previsiones del artículo 203 LGSS, no es otro que el de dispensar una protección eficaz a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo, lo que en supuestos de excedencia voluntaria como el que nos ocupa se materializa en los casos en los que el despido se produce en concurso cronológico con la doble condición de la existencia de una solicitud de reincorporación efectuada por el trabajador excedente y de una vacante de igual o similar categoría en la empresa.”

5. SOBRE EL PERÍODO DE CARENCIA Y DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Además de los requisitos señalados anteriormente, el art. 207 b) de la LGSS exige tener cubierto el período mínimo de cotización “dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar”.

Hemos visto como tanto el legislador a través de ficciones jurídicas como el criterio interpretativo de los Tribunales, desde una “perspectiva flexibilizadora y

¹⁹ STSJ, Andalucía- Málaga, sala Social, de 12 de abril de 2002.

²⁰ STSJ Madrid, sala Social, de 25 de noviembre de 2009.

humanizadora” de los requisitos de estar en alta y reunir las cotizaciones suficientes para la prestaciones de la Seguridad Social, han venido introduciendo una serie de elementos como, por ejemplo, la llamada teoría de los días cuotas, la ficción de cotización respecto de la IT no disfrutada o de las prestaciones familiares no contributivas, el entender como cotizado el período de huelga o cierre patronal a efecto de acceder a las prestaciones, el cómputo recíproco de cuotas en distintos regímenes y, por último, la llamada teoría del “paréntesis” o “tiempo muerto”: en los supuestos en que se exige cotización “específica” –un tiempo determinado dentro de un arco temporal- en ocasiones no es la inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante, si no que se exige en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al cese de la obligación de cotizar. De este modo los periodos neutros, en los que no hay obligación de cotizar, no perjudican al trabajador²¹.

Inicialmente, como dijimos en su momento²², la teoría del paréntesis había sido elaborada por los Tribunales Superiores de Justicia, y confirmada posteriormente por el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones²³, y suponía que el período de carencia específico²⁴ exigido para la obtención de algunas pensiones se computara, para los supuestos en los que el solicitante de la prestación había estado un período más o menos prolongado sin cotizar, no desde el momento del hecho causante hacia atrás sino desde el momento en que cesó la obligación de cotizar²⁵. Ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha definido esta situación o doctrina (por todas, en sentencia de 4-5-2000) aplicada “para retrotraer el período de carencia específica a época anterior a aquélla en la que comienza un período en el que no existe posibilidad de cotizar, pero siempre condicionada a la realidad de un período de falta de trabajo pero con voluntad de trabajar acreditada con la permanencia del beneficiario como demandante de empleo o en situación de imposibilidad manifiesta de trabajar, en cuanto prueba palpable de ese ‘animus laborandi’ que justificaría la opacidad del período a efectos carenciales”. En palabras de SEMPERE NAVARRO, conforme a esta doctrina “ha de neutralizarse el tiempo durante el cual concurren circunstancias que dificultaban o impedían la cotización a la Seguridad Social.

²¹ Sobre esta cuestión, López Gandía, J, “La aplicación de la ‘teoría del paréntesis’ y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de seguridad social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre), Actualidad Laboral nº 11, junio de 2004, pág. 1317 y sig.

²² En “Algunas reflexiones sobre la aplicación de la llamada “teoría del paréntesis” a la determinación de las bases reguladoras de las pensiones de Incapacidad Permanente”, en esta misma Revista, nº 58/2001, pág. 192 y 193.

²³ Por todas, SSTS de 10-12-1993 (Ar. 9771) y 24-10-1994 (Ar. 8160). Incluso para prestaciones que no son pensiones, como por ejemplo, el subsidio por desempleo para mayores de 52 años (por todas, STS de 4-5-2000). El TSJ de Andalucía (Málaga) dictó el 9-3-1998 una sobre viudedad.

²⁴ Como se sabe, el período de carencia específico es la exigencia que del total del período de carencia exigido una parte se encuentre dentro de un determinado lapsus de tiempo.

²⁵ Por ejemplo, las SSTS de 10-12-1993 (Ar. 9771) y 24-10-1994 (Ar. 8106).

Eso significa que el arco temporal dentro del cual se buscan las cotizaciones precisas hay que aumentarlo (hacia el pasado) tanto cuanto dure tal paréntesis²⁶.

Desde luego, el fundamento de Derecho 3^a de la sentencia que se comenta es una magnífica ilustración del recorrido de la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la teoría del paréntesis²⁷.

Y no es que, de otro lado, los Tribunales no hayan admitido la aplicación de la teoría del paréntesis a los supuestos de excedencia, que sí lo han hecho,

²⁶ En *Curso de Seguridad Social*, AAVV, coord. Montoya Melgar, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, pág. 385

²⁷ *“Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la “doctrina del paréntesis” aparecen recogidos en la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2010, recurso 777/09 (RJ 2011, 1211) , que reproduce el resumen contenido en la sentencia de 23 de diciembre de 2005, recurso 5282/04 (RJ 2006, 595) , que son los siguientes:*

1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

2) *El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS-94, y 36.17 del Real Decreto 84/1996. Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada. (s. de 23-10-99, rec. 2638/98).*

3) *Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales: A) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo (ss. de 29-5-92 (rec. 1996/91) (RJ 1992, 3619) de Sala General , 1-7-93 (RJ 1993, 6879) (rec. 1679/92) , 1-10-02 (rec. 4436/99), 25-10-02 (RJ 2003, 1907) (1/02) y 12-7-04 (RJ 2004, 5585) (rec. 4636/03) entre otras porque esta situación acredita el “animus laborandi”, o lo que es igual, como señaló la sentencia de 26-5-03 (RJ 2003, 5090) (rec. 2334/02) , “la voluntad de no apartarse del mundo laboral”; B) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; C) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez en que tampoco se cotiza; D) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios; E) La existencia comprobada de una grave enfermedad “que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta”*

4) *Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo”, que no es revelador de esa “voluntad de apartarse del mundo laboral” (Ss. de 29-5-92 (RJ 1992, 3619) (rec. 1996/91) antes citada , 12-3-98 (RJ 1998, 2565) (rec. 2307/97) , 9-11-99 (rec. 4916/98) , 25-7-00 (RJ 2000, 7194) (rec. 4436/99) y 10-12-01 (RJ 2002, 2975) (rec. 561/01) invocada como referencial). Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. (s. de 19-7-01, rec. 4384/00 (RJ 2002, 580)).*

5) *“La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su “carrera de seguro”, y también en su caso, la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal” (s. de 25-7-2000, rec. 2808/99 (RJ 2000, 9666)); en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado. (s. de 10-12-01, rec. 561/01 (RJ 2002, 2975)).*

pero no respecto de la excedencia voluntaria, sino por la de por cuidado de hijos, familiares o reducción de jornada por tales motivos ya que el bien jurídico protegido aquí era la familia²⁸ y ello porque como se advirtió anteriormente, el modelo social vigente continúa siendo el modelo tradicional de reparto de tareas en el que el hombre está integrado en el mercado laboral mientras que a la mujer se le asigna la “responsabilidad” del cuidado de hijos y demás cargas familiares, sacrificando su desarrollo profesional con las consiguientes lagunas que esto conlleva en sus períodos de cotización y que hacen que sus carreras totales sean más cortas que la de los hombres, dificultándoles o limitándoles el acceso a determinadas prestaciones de protección públicas²⁹.

Pero en la sentencia de 4 de abril de 2011, objeto de este comentario, no se aplica la doctrina del paréntesis. Y es que la doctrina de este Tribunal ha sido clara desde sus inicios: no es posible la aplicación de la misma si no se acredita una voluntad de acceder al trabajo, de querer trabajar. Para el Tribunal Supremo es claro, en base a los hechos declarados probados, que falta un elemento, el “animus laborandi”, lo cual impide la aplicación de la teoría del paréntesis “*ya que a la vista de la vida laboral de la trabajadora, no se aprecia continuidad de voluntad de permanencia en el mercado de trabajo*” puesto que se “*revela la ausencia de una voluntad continuada de permanecer vinculada al mercado de trabajo pues la situación de excedencia obedeció a la voluntad exclusiva de la trabajadora*”.

Ello conecta con la idea expuesta anteriormente, el desempleo protegido es de aquéllos quienes queriendo y pudiendo trabajar han visto extinguido, suspendido o modificado

el puesto de trabajo que venía disfrutando.

Para cerrar la cuestión el Tribunal Supremo se entretiene en examinar si tenía, en los 6 años anteriores a la denegación del reingreso habida cuenta de la inaplicación del paréntesis, cotizaciones suficientes para tener derecho a una prestación por desempleo. Pero no fue así, ya que la trabajadora había novado su contrato de trabajo a tiempo completo a otro a tiempo parcial yendo sólo a trabajar tres días a la semana; por lo que no se llega a tener los 360 días mínimos exigidos para el acceso a la prestación.

Creemos que ello era inoportuno ya que al hacerlo parece dar a entender que la extinción del contrato de trabajo por no reingreso tras una excedencia voluntaria es una situación legal de desempleo, causa que no se encuentra recogida en el art. 208 de la LGSS y puede, en el futuro, llevar a confusión para

²⁸ Véanse, respectivamente, las SSTSJ de Murcia de 18 de julio de 2008, de Cataluña de 31 de mayo de 2002 y del País Vasco de 26 de enero de 2010.

²⁹ Así lo señala la doctrina y recuerda la STJUE de 8 de junio de 2004 (TJCE 2004, 144. C-220/02) Sempere Navarro, A. V., «Disposición Adicional undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», op. cit., p. 726.

otro solicitante en la misma situación que sí tuviera tiempo cotizado suficiente antes del período de suspensión del contrato por excedencia voluntaria, pudiendo argumentar que sí tendría derecho a tales prestaciones en base a esta sentencia, ya que lo que parece decir el Tribunal Supremo es que no se aplica la teoría del paréntesis pero que si hay período de carencia anterior sí habría derecho a prestación. A nuestro juicio, nada más alejado del tenor de la norma.