

Excedencia voluntaria, despido improcedente y reconocimiento de prestaciones: a propósito de la STS 14 marzo 2019

Voluntary leave, unfair dismissal and recognition of benefits (regarding the High Court Ruling of 14 March 2019)

MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ

TU ACREDITADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

La sentencia que aquí nos ocupa, establece el reconocimiento de prestación por desempleo ante una situación en la que el trabajador, excedente voluntario, solicita el reingreso y se le es denegado alegando falta de vacante. Las consecuencias de esta negativa pasan por la consideración del despido improcedente por conciliación y las obligaciones y derechos que tal situación comporta tanto para el trabajador como para el empresario en materia de alta en Seguridad Social. Los diferentes elementos que la Sala tiene en cuenta, se analizan a través de un recorrido doctrinal y jurisprudencial.

Abstract

The ruling in question lays down the recognition of unemployment benefits in a situation in which the worker on voluntary leave asks to re-join the company and is refused due to an alleged lack of a vacancy. The consequences of this refusal include the consideration of unfair dismissal due to conciliation and the obligations and rights which said situation entails for both the worker and the employer in terms of Social Security registration. The various elements that the court takes into account are analysed on a doctrinal and jurisprudential journey.

Palabras clave

excedencia voluntaria; negativa de reingreso; despido improcedente; prestación por desempleo

Keywords

voluntary leave; refused request to re-join; unfair dismissal; unemployment benefit

1. INTRODUCCIÓN

La excedencia voluntaria es una institución jurídica trasplantada del Derecho Administrativo, regulándose los primeros supuestos de esta naturaleza en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. La vigente regulación jurídica de la excedencia voluntaria, contenida en el artículo 46 del ET, permanece prácticamente inalterada desde que su primera versión vio la luz con ocasión de la aprobación de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y a salvo de la modificación operada en su duración por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹. Pese a su antigua regulación, son muchos y diversos los interrogantes que plantea dicha regulación legal, críptica en exceso, y, por ende, propicia a suscitar una acusada litigiosidad.

Su regulación establece que todo trabajador, con al menos un año de antigüedad en la empresa, tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de solicitar el paso a esta situación durante un periodo de entre cuatro meses y cinco años, pudiendo ejercitarse el

¹ SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, en AA.VV.: *Libro homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 495-504

derecho de nuevo una vez que hayan transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

En el caso del trabajador por cuenta ajena que solicita una excedencia, sea cual sea el grado de la misma, la principal consecuencia radica en la exoneración total y absoluta de obligaciones, entendiendo éstas como la no existencia de prestación de servicios por parte del trabajador y la no obligación de remuneración al excedente por parte del empresario².

Nuestro aparato legislativo laboral no ha conseguido dar con la tecla adecuada que ajuste y estructure el modelo jurídico de la excedencia en general, y de la excedencia voluntaria en particular³. No se ha conseguido situar a la institución en un encuadramiento jurídico definitivo. Los considerables esfuerzos que se han hecho, tanto por parte de la doctrina científica, la doctrina judicial y la jurisprudencia, han sido loables y, en ocasiones, bastante eficientes a la hora de dotar de un verdadero posicionamiento contextual a esta figura jurídica, aunque, no obstante, ello no es óbice para poder afirmar que la confusión que rodea al precepto es considerablemente amplia, de ahí que corresponda a la jurisprudencia sentar bases de determinados preceptos como, en el caso que nos ocupa en este trabajo, el reconocimiento de prestación por desempleo tras la negativa de la empresa a la readmisión tras la excedencia voluntaria, alegando falta de vacante, y el acuerdo subsiguiente de situación de despido improcedente con indemnización pactada.

A grandes rasgos y de manera introductoria, conviene ijar las variantes que existen para definir la naturaleza jurídica de la institución:

- a) la adscripción de la excedencia voluntaria común a la figura más genérica de la suspensión del contrato,
- b) la equiparación a la interrupción de la prestación de servicios,
- c) su identificación con la extinción del contrato y,
- d) una última posibilidad que consistiría en otorgar a la excedencia voluntaria una posición autónoma en atención a los caracteres singulares que la componen, justificando el rechazo de su eventual equiparación con cualquiera de las instituciones laborales enumeradas en las opciones precedentes⁴.

En otro orden de cosas, la exigibilidad por el trabajador de este derecho frente a la empresa y las propias opciones de reacción jurídica de esta frente a la pretensión del trabajador de reincorporarse dependen, entre otros posibles factores, de qué deba entenderse por puesto de trabajo vacante en la empresa. Pese a lo escueto de la dicción legal en torno al ejercicio de este derecho, parece evidente que dicho ejercicio presupone, por una parte, la facultad del trabajador, al término de la excedencia, de comunicar a la empresa su voluntad

² ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria*, Aranzadi, 1997, p. 33.

³ TORTUERO PLAZA, J.L.: *Las Excedencias: en torno al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores*, Documentación Laboral, 2000

⁴ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo", *Relaciones Laborales*. Núm. 1, 2001, p. 1100.

de reincorporarse a su puesto de trabajo, o a cualquier otro de su grupo profesional que se encontrase vacante; por otra parte, el ejercicio del derecho al reingreso implica, asimismo, la obligación del empresario de contestar motivadamente la solicitud del trabajador, ya sea para posibilitar su efectivo reingreso en la empresa, ya para comunicarle que debe continuar a la expectativa de la existencia de una vacante adecuada que permita su reincorporación.

Con este escenario, la cuestión de la conformidad a Derecho de las diferentes cuestiones que rodean la situación de excedencia voluntaria cuando se produce la negativa a la reincorporación por parte de la empresa, alegando inexistencia de vacante, sigue siendo debatida tanto en la doctrina en suplicación como en la unificadora del Tribunal Supremo. La sentencia que aquí nos ocupa, pretende clarificar el interrogante de en que casos la negativa del empresario a reingresar al trabajador excedente, alegando falta de vacante, aun manteniendo incólume el derecho al reingreso, provoca reclamación del trabajador y cuáles son las consecuencias derivadas de esta negativa. Además de la consideración del despido improcedente por conciliación y las obligaciones y derechos que tal situación comporta tanto para el trabajador como para el empresario en materia de alta en Seguridad Social y reconocimiento de prestaciones.

2. EL CASO CONCRETO. RELATO FÁCTICO DE LA SENTENCIA

El demandante ha prestado servicios para la empresa “Indra Sistemas SA”, con antigüedad de 12 años y solicita una excedencia voluntaria, por un periodo de cinco meses, pasando a la situación de baja en Seguridad Social, trámite que realiza la empresa. El trabajador solicita su reingreso en plazo, solicitud que fue denegada por la empresa, alegando la inexistencia de vacante.

Ante tal situación, el actor interpone demanda por despido, alcanzando en conciliación en el Juzgado de lo Social un acuerdo, por el que la empresa reconoció la improcedencia del despido. Alcanzada esta negociación, el demandante solicitó a la Tesorería General de la Seguridad Social la modificación de su vida laboral con resultado de resolución denegatoria de dicha modificación.

El demandante, ante la resolución de despido improcedente, presentó solicitud de prestación por desempleo, que le fue denegada por el Servicio Público de Empleo Estatal, alegando que el actor no estaba afiliado a la Seguridad Social ni en situación de alta o asimilada al alta. Agotado el trámite de reclamación previa y siendo esta desestimada se presenta demanda contra el Servicio Público de Empleo Estatal e Indra Sistemas SA en la que se solicita se le reconozca el derecho a una prestación por desempleo contributivo. El juzgado de lo social desestimó la demanda interpuesta, entendiendo que el actor no estaba en situación de alta o de asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida

Contra dicha sentencia, se formuló recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del tribunal Superior de Justicia de Madrid que fue desestimado, confirmando la resolución de instancia.

Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina, que fue admitido a trámite, fue recurrido con el resultado de improcedente, por informe del Ministerio Fiscal. En el recurso de casación unificadora se determina si tiene derecho a prestación por desempleo

contributiva, el trabajador que, finalizado un periodo de excedencia voluntaria, pide el reingreso en la empresa que, no readmitiéndole y procediendo a su despido y conciliado este judicialmente como improcedente, en concreto, si tal situación puede considerarse como de alta en Seguridad Social, al sobrevenir la contingencia o situación protegida. A juicio del Alto Tribunal procede estimar el recurso de casación de doctrina unificadora interpuesto por el trabajador demandante, así como casar y anular la sentencia de suplicación impugnada, resolviendo, por tanto, el debate y declarando el derecho del demandante de percibir prestaciones contributivas por desempleo con efectos desde el día en que finaliza el periodo de excedencia voluntaria solicitado, cuantificando tanto la duración como la base reguladora, reconociendo el derecho a estar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social al sobrevenir la situación protegida.

2.1. La sentencia de contraste invocada

La STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2016, recurso 49/2016 establece como hechos probados la presentación de una solicitud de prestación por desempleo a partir de la aportación de un acta de conciliación de despido celebrada ante el juzgado de lo social y con reconocimiento por parte de la empresa de la improcedencia del despido y una cantidad indemnizatoria. La prestación fue concedida inicialmente si bien, después denegada por parte del SPEE con justificación en que la demandante no se encontraba afiliada a la Seguridad Social ni en situación asimilada al alta. La demandante partía de una situación de excedencia voluntaria pactada con la empresa, recogiendo en el acuerdo la duración de la excedencia, la reincorporación automática finalizada esta, aunque estableciendo la obligación de preaviso con una antelación mínima de un mes. Una vez que la demandante solicita por escrito su reincorporación a la empresa, esta le comunica la existencia de una vacante que la actora no acepta, interponiendo demanda por despido que dio lugar al acta de conciliación referida.

La conclusión estimatoria se argumenta la vulneración de los artículos 266 a 270 del TRLGSS, entendiéndose que al haberse producido un despido, la actora es acreedora de la prestación solicitada, además “no se encontraba, por los términos peculiares del acuerdo con la empresa, en una situación meramente expectante de reincorporación tras la excedencia, condicionado a la existencia de vacantes, censura jurídica que, debe tener favorable acogida porque la empresa aceptó en conciliación de la acción por despido, reconocer su procedencia indemnizada...ello tras no acceder a la petición de reincorporación de la trabajadora en los términos que se interesaban en función del acuerdo alcanzado con la empresa...dándose, por tanto, el supuesto contemplado en el artículo 267 TRLGSS y ello, aun cuando el acuerdo sobre excedencia voluntaria indique en la estipulación 2ª que “al vencimiento del periodo de excedencia el trabajador deberá incorporarse automáticamente a la empresa”...lo que solo puede entenderse en el sentido de que se incorporará automáticamente si hubiese vacantes”.

A la vista de estos hechos probados queda clara la similitud entre ambos casos, esto es, trabajadores que solicitan una excedencia voluntaria y la correspondiente reincorporación una vez concluido el periodo pactado, sin que la empresa proceda a ello, interposición de demanda de despido y conciliada en sede judicial con reconocimiento de la improcedencia del despido con abono de la indemnización correspondiente, solicitud de prestación por desempleo, llegando ambos casos a soluciones diferentes en las demandas objeto de comparación.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: RAZONES PARA EL FALLO

La sentencia analiza las siguientes cuestiones:

1. La consideración de la situación de excedencia voluntaria y las obligaciones del empresario ante la solicitud de readmisión
2. La calificación de la improcedencia del despido cuando el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria
3. Los supuestos de indemnización en el caso de la improcedencia del despido de un trabajador excedente
4. La situación del trabajador en relación al régimen de Seguridad Social y el consiguiente reconocimiento de prestaciones

Como veremos en el análisis, el nuevo pronunciamiento judicial de 2011, invocado en el procedimiento de casación, reformula la postura de la jurisprudencia sobre estas cuestiones en términos ostensiblemente más matizados y previsiblemente, estables o definitivos, pues se trata de una interpretación equilibrada del derecho al reingreso y respetuosa con los intereses y derechos del trabajador ante el incumplimiento de la obligación de reingreso del empresario y la posterior declaración de la improcedencia del despido.

3.1. La consideración de la situación de excedencia voluntaria y las obligaciones del empresario ante la solicitud de readmisión

En supuestos similares a los que se enjuician, se parte de la consideración de que, quien se halle en una situación de excedencia voluntaria, no tiene el derecho a reingresar en la misma en tanto no haya transcurrido el período por el que dicha excedencia fue concedida, condicionando el derecho al reingreso a la existencia de vacante de igual o similar categoría, tal y como se prevé en el artículo 46.5 del ET⁵. Ante estas circunstancias, el trabajador tan solo conserva una mera expectativa de poder ser readmitido y en realidad, no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue la relación laboral⁶.

Una vez que el trabajador solicita, en tiempo y forma, su reingreso a la empresa, y dicha petición se ajusta de manera adecuada a los criterios y condiciones que hayan podido regir el pacto por el cual la empresa procedió en su día a reconocer al trabajador su situación de excedencia voluntaria, se produce la activación del efecto esencial de la figura jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores: el ejercicio del derecho preferente de reingreso. La cuestión no encuentra dificultad en el supuesto de que la empresa, ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador, considere que existe una vacante de igual o similar categoría profesional que se coherente con las necesidades y expectativas profesionales del empleado. En este caso, la empresa responde a la solicitud de reincorporación de manera positiva y comunica al empleado la vacante disponible, indicándole de manera expresa la fecha en la cual tiene que presentarse en las dependencias

⁵ FOLGOSO OLMO, A.: "Excedencia voluntaria", en AA.VV. *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Sanchez Trigueros, C. (dir). Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 323-344.

⁶ STS de 24 de junio de 2008

de la empresa a fin de reiniciar su prestación de servicios efectiva. Ahora bien, cabe la posibilidad de que no exista ninguna vacante, ya sea de igual o similar categoría profesional, que se pueda ajustar al puesto de trabajo del empleado. Este es el supuesto por el que, el empresario, se dirige al empleado y le deniega el ejercicio de su derecho de reingreso, alegando inexistencia de vacantes, sin perjuicio de que, en un futuro, y en el momento en que surgiese alguna vacante o se produjese la creación de un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional, se materializase la reincorporación efectiva del empleado.

En este caso concreto, la opción de la empresa es la de contestar a la solicitud de reingreso realizada por el trabajador en el sentido de negar, de manera expresa, la existencia de vacante y, por ende, de cualquier tipo de vínculo contractual entre éste y la empresa y la acción legal del empleado se traduce en una demanda de despido. En relación con la forma de negación, por parte de la empresa, respecto de la existencia del vínculo contractual entre ésta y el empleado, nos encontramos ante la posibilidad de un despido tácito y, consiguientemente, una conducta inequívoca de actos claros e indubitados.

El artículo 278 de la LRJS establece dos obligaciones para el empresario que haya optado por la readmisión del trabajador. Por un lado, habrá de comunicar a este, por escrito, la fecha de su reincorporación al trabajo y, por otro, tendrá de abonar al trabajador los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en la que tenga lugar la readmisión, salvo que, por causa imputable al trabajador, no se hubiera podido realizar en el plazo señalado.

En este aspecto, en el caso de que el trabajador excedente voluntario interpusiese acción declarativa de derechos, debe quedar claro que no se está negando la subsistencia del contrato de trabajo, sino solamente la procedencia de poner término a la suspensión que le afecta y, por tanto, la acción que asiste al trabajador para combatir la postura empresarial es la tendente a obtener de los Tribunales el reconocimiento del derecho que injustificadamente es negado por el empresario. En este sentido, la satisfacción del derecho no podría limitarse a la reincorporación a la empresa sin más, puesto que la demora injustificada respecto a dicho reingreso ha producido al trabajador excedente voluntario una serie de perjuicios, traducidos en los salarios que indebidamente dejó de percibir el trabajador excedente voluntario, en cuanto ganancia dejada de obtener⁷.

La doctrina del Tribunal Supremo (TS)⁸ ha venido entendiendo en este sentido en el debate sobre el régimen jurídico aplicable en cuanto a los efectos del despido improcedente de trabajadores que, en el momento de la extinción del contrato, se encontraban en situación de excedencia voluntaria. Así, con relación a las características jurídicas de la situación del trabajador excedente voluntario una vez concluida el período acordado, no habiendo sido readmitido y habiéndose procedido a su despido con declaración de este de improcedencia por sentencia o conciliación, y siempre que se haya solicitado la reincorporación en la empresa, la sala cuarta del TS modificó, por STS pleno 19 de noviembre de 2011 (rcud

⁷ STSJ de Cataluña de fecha 8 de enero de 1998 (AS 1998/157). En materia de incongruencia, cabe hacer referencia a la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 30 de enero de 2007 (JUR 2007/121397), STSJ de Galicia de fecha 16 de julio de 2009 (AS 2009/2354) y STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 10 de diciembre de 2008 (AS 2009/924).

⁸ FOLGOSO OLMO, A.: "Excedencia voluntaria", en AA.VV. *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, op.cit, pp. 323-344

218/2007), la doctrina invocada en la sentencia de suplicación que se impugna, estableciendo que cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión del trabajador excedente, la consecuencia es la de que la situación de este trabajador no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación del readmitir, es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido. Esta doctrina ha sido seguida también por la STS de 11 de noviembre de 2012 (rcud 3860/2011).

3.2. La calificación de la improcedencia del despido cuando el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria

En lo que a los efectos del despido improcedente cuando el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria, se han de tener presentes una serie de cuestiones que contribuyen a fijar las consecuencias que se derivan de la declaración de improcedencia del despido. Entre ellas:

- que cuando se produjo el despido, el trabajador se encontraba en situación de excedencia voluntaria, situación en la que no se lleva a cabo ninguna prestación efectiva de servicios, ni se ocupa ningún puesto de trabajo en la compañía demandada, ni se recibe remuneración alguna
- que la situación de cese o despido no puede colocar al trabajador en una situación más favorable que la que supone la propia de la excedencia voluntaria de la que disfruta

A la vista de estas dos condiciones, la jurisprudencia del TS ha venido recogiendo que cuando el despido se produce estando el actor en situación de excedencia, únicamente procede en caso de su improcedencia, la reposición del trabajador a la situación de excedente en la que se encontraba en el momento del cese, o bien al abono de indemnización sin que proceda condenar al pago de salarios de tramitación, habida cuenta que el cese o despido del actor se produjo estando en excedencia y en esta situación no se devenga retribución.

Una vez firme la sentencia de despido, ante la imposibilidad de readmisión del trabajador, el artículo 281.2 de la LRJS ordena que se declare extinguida la relación laboral, que se abonen al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 ET y que se compute como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto de extinción.

3.3. Los supuestos de indemnización en el caso de la improcedencia del despido de un trabajador excedente

Una de las circunstancias más controvertidas es aquella referente a la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario pueda reclamar cantidades en concepto de salarios de tramitación derivados de una acción declarativa de reingreso, y ello, tomando como referencia el período de inactividad laboral en el que se haya encontrado como consecuencia de la decisión de la empresa de denegar su reincorporación por falta o inexistencia de vacantes.

Si nos atenemos a los detalles de la cuestión, resulta evidente que el trabajador, durante el período de tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento traducido en la

presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano competente hasta la fecha en la cual el Juzgador de instancia dicte la correspondiente sentencia, estimando, en su caso, la pretensión inicial del empleado, no busca conseguir la extinción de su vínculo contractual con la empresa, más bien todo lo contrario, es decir, pretende conseguir el mantenimiento de dicho vínculo contractual por medio de un objetivo: su reincorporación inmediata en la empresa. Por tanto, a lo largo de dicho período temporal, la relación laboral entre ambas partes habría permanecido interrumpida hasta el momento en el que el trabajador excedente voluntario hubiera logrado su reincorporación definitiva. Así pues, durante ese margen temporal, el empleado no habría generado derecho a percibir cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, y ello a pesar de ese período en el cual se ha visto imposibilitado para prestar servicios debido a la actitud adoptada por la empresa en el sentido de obstaculizar su reincorporación en tiempo y forma, alegando falta o inexistencia de vacante de igual o similar categoría profesional, independientemente de que la existencia de dicha vacante fuese posteriormente acreditada. Ahora bien, resulta obvio que los intereses del trabajador han sufrido un evidente perjuicio que debe ser resarcido de alguna manera. El mecanismo que nuestros tribunales han escogido a la hora de proceder a compensar el daño y los perjuicios ocasionados al trabajador excedente voluntario que no reingresa en la empresa adecuadamente, ha sido relegado en el abono de una cantidad en concepto de indemnización, precisamente para equilibrar y minimizar en la medida de lo posible esos daños y perjuicios causados. Por tanto, la fijación de los salarios de tramitación sería procedente de haberse producido la efectiva readmisión en la empresa.

Tal y como se ha expresado con anterioridad, el TS modifica doctrina a partir de la sentencia de 2011, estableciendo las condiciones en las que se asimila la situación de no readmisión por parte de la empresa tras un periodo pactado de excedencia voluntaria con acuerdo en la calificación de despido improcedente, con la situación general de nulidad o improcedencia del despido. Esta cuestión se argumenta con el siguiente tenor literal de la sentencia modificadora de doctrina “se llega a la conclusión de que si bien durante el período durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en la que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos –bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria–. La Sala entiende que, (...) debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la de despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido”.

3.4. La situación del trabajador en relación al régimen de Seguridad Social y la responsabilidad empresarial

En multitud de ocasiones, también son reconducidas y aceptadas dentro del ámbito de aplicación de la acción de despido, situaciones que van más allá de una simple negativa empresarial a aceptar el mero reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario⁹.

Nos referimos a aquellos casos en los que el trabajador excedente voluntario, una vez ha conseguido el reconocimiento y efectividad de su derecho preferente de reingreso, reclame que el período temporal en el cual se ha encontrado en situación de inactividad laboral –como consecuencia de la denegación, por parte de la empresa, de aceptar su petición de reingreso a la misma–, obtenga el tratamiento de ocupación cotizada a efectos de acreditar que en los seis años precedentes a la situación legal de desempleo ha existido un período mínimo de carencia de seis meses, sin perder de vista que nos encontramos ante un proceso de carácter ordinario, que impediría subsumir la situación contemplada en la norma legal como si se tratase de un período temporal de ocupación cotizada en relación a los salarios dejados de percibir como consecuencia del despido.

Para que un empleado se encuentre protegido por el sistema español de Seguridad Social, debe encontrarse en situación de alta o, en su defecto, en una situación asimilada al alta en el momento se produce el hecho causante. En el caso del trabajador excedente voluntario, no se da ninguna de las variables requeridas puesto que la situación de su contrato de trabajo es de suspensión a todos los efectos.

El hecho de que un trabajador se coloque en una situación de excedencia voluntaria comporta un efecto básico, cual es la obligación de la empresa de cursar la baja de aquél en Seguridad Social con efectos desde la fecha de inicio de la excedencia. Por lo tanto, no existe obligación de cotizar durante dicha situación. Como es lógico, en el ámbito de la Seguridad Social, la obligación de cotizar va unida a una efectiva prestación de servicios, así como a una percepción de salarios, de manera que en el momento quedan suspendidas ambas obligaciones principales, y sin perjuicio de la subsistencia de las obligaciones secundarias, se produce el cese de dicha obligación¹⁰.

En el asunto que nos ocupa, el Tribunal entiende que, denegado el reingreso tras la finalización del periodo de excedencia voluntaria, al alegar la empresa la inexistencia de vacantes, se entiende que no consta la obligación de reincorporación, por lo que habiéndose producido el cese del trabajador en dicho escenario jurídico-laboral, el despido conciliado con reconocimiento de su improcedencia y correspondiente indemnización sin fijación de salarios de tramitación, no determina, por sí solo, la obligación de la empresa de dar de alta al trabajador en el Régimen General de Seguridad Social, puesto que ello supondría conceder al demandante una posición más ventajosa de la que es propia de la excedencia voluntaria en la que se encontraba y, por tanto, no existe obligación empresarial alguna por su omisión.

⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, 1998, p. 139

¹⁰ Tal y como establece el artículo 106.2 LGSS, cuando afirma que “la obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté de alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo”.

Sobre las condiciones generales del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, con base en el artículo 165 TRLGSS/2015, “las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este régimen o en situación de asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”.

En este sentido, y para el nacimiento del derecho, han de concurrir los siguientes requisitos: estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen, tener cubierto el periodo mínimo de cotización y encontrarse en situación de desempleo. En relación a las situaciones asimiladas al alta se consideran a estos efectos la situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia y los casos de excedencia forzosa, otros supuestos expresamente tipificados que no entran dentro de nuestro análisis y, a modo de cláusula de cierre, “los demás que señale el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para determinadas contingencias” (artículo 166 TRLGSS/2015).

En cuanto al reconocimiento de la situación legal de desempleo, el trabajador ha de estar incluido en alguno de los siguientes supuestos, de los previstos en el artículo 267 TRLGSS/2015: extinción de la relación laboral o despido procedente o improcedente. Sin embargo, no se considerará situación legal de desempleo el cese voluntario en el trabajo, cuando habiendo sido despedido no se reclame en tiempo y forma contra la decisión empresarial, cuando, declarado improcedente o nulo el despido por sentencia firme y comunicada por el empleador la fecha de reincorporación al trabajo, no se ejerza tal derecho por parte del trabajador o no se hiciera uso, en su caso, de las acciones previstas en el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral; y cuando no se haya solicitado el reintegro al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente.

Pero además ha de cumplirse el requisito de obligación de afiliación, alta y cotización, siendo así automático el derecho al reconocimiento de la prestación.

Siguiendo el hilo argumental expuesto, y en aplicación de la jurisprudencia, y concluida la analogía entre el trabajador injustamente despedido y aquel sobre el que se ha incumplido la obligación empresarial de readmisión tras un periodo de excedencia voluntaria pactada, se acuerda que durante dicho periodo temporal la empresa debía de haber mantenido al trabajador en alta en la Seguridad Social desde la fecha de incumplimiento de la obligación de readmitir y hasta la fecha de efectos del despido y, consecuentemente, el demandante despedido tiene derecho a estar en alta en el Régimen General de la Seguridad Social al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

4. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA, LA DECLARACION DE IMPROCEDENCIA Y EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES

Tal y como ya hemos comentado, la norma establece que todo trabajador, con al menos una antigüedad de un año en la empresa, 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 solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurridos cuatro años desde el final de la anterior excedencia. El ET reconoce esta

excedencia *ad nutum*, sin la necesidad de concurrencia de causa específica de tal manera que se respeta la intimidad del trabajador, ignorando el interés o causa que se encuentra en el origen de su solicitud.

4.1. Del ejercicio del derecho preferente de reingreso a la extinción del contrato de trabajo

La particularidad especial de esta excedencia reside en el derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría a la suya, que hubiera en la empresa o que se produjeran y, con esta base, el trabajador no se beneficia de la norma, que entiende como tiempo de servicio a la empresa, el transcurrido en esta situación. Por tanto, el derecho que tiene un trabajador que acuerda una excedencia voluntaria con el empresario, es solamente un derecho abstracto y de preferencia en la reincorporación, en el caso en el que se produzca una vacante.

Al contemplar este tipo de excedencia únicamente un derecho preferente al reingreso establecido en torno a una vacante, una vez concluido el tiempo de la excedencia, puede darse el caso de que ésta no existiera por haberse cubierto o, en su caso, amortizado el puesto de trabajo. Es en este caso cuando la suspensión se convertiría en pura ficción y, consecuentemente, sería desplazada, pues sería en ese preciso momento, cuando estaríamos hablando de una extinción del contrato de trabajo ya que ese derecho preferente únicamente garantizaría una expectativa meramente ilusoria de reincorporarse a la empresa¹¹.

Su concepción y naturaleza ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, en razón a su naturaleza. Así, una parte de esta entiende que la excedencia voluntaria no es más que un supuesto de extinción del contrato de trabajo, aunque pueda estar en el origen de una nueva relación laboral, si se ejecuta el derecho de preferencia en el reingreso. Siguiendo este criterio doctrinal, este derecho de reingreso tras un periodo de excedencia voluntaria no sería un mecanismo jurídico a través del cual se genere una situación de estabilidad en el empleo¹². Así se considera que la excedencia voluntaria no encaja en ninguno de los supuestos de extinción regulados en el ET. Lo dispuesto –artículo 46.5– respecto de que el trabajador solo conserva un derecho preferente al reingreso, no debe ser interpretado en el sentido de que desaparezcan el resto de derechos del trabajador. Y esto es así porque los trabajadores en situación de excedencia voluntaria pueden verse afectados por causa de extinción de las reguladas en el artículo 49 ET –como ocurre en el caso de la sentencia que analizamos– lo que significa que hay determinados derechos y obligaciones que permanecen y, por lo tanto, la relación laboral durante el periodo de disfrute no se considera extinguida.

Al no existir ni obligación principal ni accesoria entre trabajador y empresario, no habría vínculo alguno entre partes, salvo ese tenue derecho al reingreso al cual se refiere el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, el contrato de trabajo no existiría ya que sólo restaría un posible derecho equiparable a alguna de las preferencias de empleo que existen en nuestro derecho positivo y, por consiguiente, el trabajador podría realizar

¹¹ MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 437

¹² GORELLI HERNANDEZ, J., “Las excedencias en Derecho del Trabajo”, o. cit. Págs. 26 y 27

cualquier actividad sin preocuparse si es o no competitiva, ya que ninguna relación le uniría con el empresario¹³.

Parece obvio, por tanto, que la excedencia voluntaria no puede interpretarse como un supuesto de extinción de contrato de trabajo. A lo largo del tiempo que dure la situación de excedencia el trabajador conserva un vínculo que le une a la empresa, traducido en un derecho preferente al reingreso otorgado por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Una vez que el trabajador solicita, en tiempo y forma, su reingreso a la empresa, y dicha petición se ajusta de manera adecuada a los criterios y condiciones que hayan podido regir el pacto por el cual la empresa procedió en su día a reconocer al trabajador su situación de excedencia voluntaria, se produce la activación del efecto esencial de la figura jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores: el ejercicio del derecho preferente de reingreso.

Esta ausencia de extinción de la relación laboral da lugar a circunstancias en las que la no admisión se considera equivalente a un despido. Igualmente, la ausencia de solicitud de reingreso puede equipararse a los supuestos de abandono del trabajador, en los que nunca ha sido exigible que el empresario exprese formalmente que considera extinguido el contrato.

La doctrina dominante considera que se trata de un supuesto de suspensión especial referido principalmente al reingreso o reincorporación al puesto de trabajo y a la falta de cómputo de este período a efectos de antigüedad del trabajador en la empresa. Por tanto, podría considerarse una figura “a caballo” entre la suspensión y la extinción del contrato de trabajo¹⁴. Por tanto, el derecho a la excedencia se configura como un derecho subjetivo “real” del trabajador no quedando a la discrecionalidad del empresario el reconocerla o no, sino que está obligado a ello. El trabajador debe ser consciente de que en el momento en que se extinga el plazo concedido de excedencia no tiene asegurado su puesto de trabajo, sino que solamente puede ejercitar un “derecho preferente” en el caso de que hubiera puestos vacantes en la empresa.

Pero cabría la posibilidad de que la empresa contestase a la solicitud de reingreso realizada por el trabajador en el sentido de negar, de manera expresa, la existencia de cualquier tipo de vínculo contractual entre éste y la empresa y, por ende, la existencia tanto de la situación de excedencia voluntaria del empleado, así como de su derecho preferente de reingreso a ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional.

Dicha negativa¹⁵ supondría que la acción legal que debiera utilizar el empleado se traduciría en una demanda de despido, sujeta al plazo de caducidad establecido en el artículo

¹³ AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983, t. IX, volumen 1, p. 105, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, manifiesta que “no queda más remedio que aceptar que en la situación de excedencia estamos ante un claro supuesto de extinción de la relación contractual y su sustitución por una relación jurídica diferente. Se trataría de un supuesto atípico de extinción del contrato, por cuanto conlleva como resultado el nacimiento de esa otra relación jurídica ulterior, que obliga al empresario a volver a contratar al que fue trabajador con él, cuando se dan unos determinados supuestos o condiciones”.

¹⁴ PEREZ ALONSO, M.A., *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 17

¹⁵ Siguiendo lo establecido en la STS de fecha 29 de noviembre de 2006 (Rec. nº 4464/2005), “no es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del (...)”

59.3 del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los cuales se afirma que la acción para impugnar el despido debe plantearse dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que el despido se hubiese producido, de tal forma que el plazo de caducidad comenzaría el día siguiente a aquel en que el cese se hiciera efectivo y finalizaría cuando acabase el día vigésimo, en el caso de que el empleado hubiera presentado demanda de despido¹⁶.

En este aspecto, cabe destacar que dicho plazo es de caducidad, a todos los efectos, por lo que su cómputo se suspendería –en ningún caso se interrumpiría– por la presentación de la preceptiva solicitud de conciliación ante el Órgano público competente, de tal forma que, una vez transcurrido el periodo de suspensión, se reanudaría el cómputo del plazo restante para el ejercicio de la acción.

4.2. La acción declarativa de reingreso

No es una cuestión en la que la sentencia se pronuncie directamente, pero consideramos necesaria una breve referencia en el entero del proceso para redondear los elementos que llevan a la resolución. Así, la acción declarativa de reingreso únicamente puede ejercitarse en aquellos casos en los que la empresa deniega el reingreso al trabajador excedente voluntario alegando falta o inexistencia de vacantes que se puedan ajustar a su misma o similar categoría profesional, pero siempre partiendo de la base de un necesario reconocimiento empresarial, ya sea expreso o tácito, respecto de la existencia del vínculo contractual entre ambas partes y, en consecuencia, del derecho preferente de reingreso ostentado y ejercitado por el trabajador excedente voluntario¹⁷.

Es decir, si la empresa aduce que no hay vacante adecuada, como en el análisis de la sentencia que nos ocupa –o esgrime otros argumentos para descartar la reincorporación– no está negando la existencia del contrato sino discutiendo los términos del derecho al reingreso, de modo que la acción a ejercer debe ir enfocada de manera a que se reconozca el derecho al reingreso¹⁸, ya que, en definitiva, sólo a partir de datos inequívocos y concluyentes que pongan de manifiesto de una manera palpable la voluntad empresarial de extinguir el vínculo contractual del trabajador excedente voluntario, podrá interpretarse la existencia de un verdadero despido, con lo que ello supondría a efectos del cómputo del

trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional”.

¹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Reforma laboral 2012. Análisis Práctico*, Lex Nova, 2012.

¹⁷ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 382 y 383; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, 1995 página 40; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 117 y 118; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi Social, núm.10, 2007.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Despido Colectivo del excedente voluntario sin indemnización*, Aranzadi Social, 2006.

¹⁸ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 40, igualmente procedería la acción de reingreso cuando la contestación empresarial recogiera la expresión de “se toma nota de la petición de reingreso y será avisada en el momento en que fuesen necesarios sus servicios”, afirmando que este tipo de acciones se han venido interpretando como respetuosas con la pervivencia y reconocimiento del vínculo laboral.

plazo de caducidad, el tipo de acción a ejercitar, las consecuencias indemnizatorias, y demás cuestiones implicadas¹⁹.

Es absolutamente necesario que el empresario demuestre, a lo largo del procedimiento que marca la acción declarativa de reingreso, la inexistencia de plaza vacante de igual o similar categoría profesional pues, de lo contrario, prevalecerá la pretensión del trabajador excedente voluntario.

4.3. La calificación de la improcedencia del despido

El silencio ante una solicitud de reincorporación no puede considerarse por sí sola como una voluntad tácita de extinguir el vínculo contractual entre ambas partes, sino que su significación en el contexto que crea la solicitud, se reduce al propósito de mantener la propia situación existente no dando lugar a reincorporación, pero sin añadir a ello una declaración que pueda ser interpretada como una voluntad de romper el vínculo laboral que todavía une a la empresa con el trabajador excedente voluntario porque, aunque la consideración objetiva de las circunstancias lleve a la conclusión de que pudiera estar aquí implícita una negativa a la petición del trabajador, tal negativa queda limitada a esa solicitud concreta y no puede ser interpretada como una manifestación de voluntad de extinguir aquel vínculo²⁰.

Ajustándonos a la actual regulación en materia de despido y, más concretamente, en relación a la calificación que éste debe recibir en aquellos casos en los que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria y presente demanda de despido contra la empresa, se viene entendiendo que la situación de excedencia voluntaria, por la propia naturaleza inherente a la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, no conlleva una prestación efectiva de servicio y, por ende, el empleado no recibe remuneración de ningún tipo, razón por la cual el cese o despido no podría colocarle en una situación más favorable o ventajosa que la propia de la excedencia en que se encontraba y, además, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 108, 109 y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, existe el imperativo legal de ofrecer a la empresa la alternativa jurídica prevista en este tipo de situaciones, como es la de, o bien reponer al trabajador excedente voluntario en la situación de excedente en la que se encontraba en su momento del cese, o bien abonarle la indemnización reconocida para los casos de despido improcedente.

¹⁹ Cabe resaltar la corriente doctrinal mantenida en este sentido, representada fundamentalmente por la STS de fecha 21 de diciembre de 2000 (Rec. nº 141/1999) y la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 14 de abril de 2005 (Rec. nº 470/2005), STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 25 de enero de 2006 (Rec. nº 839/2003), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 30 de enero de 2006 (Rec. nº 5094/2005) y la STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2006 (Rec. nº 7100/200). Todas ellas siguen una corriente uniforme al afirmar que el trabajador excedente voluntario podrá ejercitar la acción declarativa de reingreso “cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes”.

²⁰ SSTs de fecha 3 de julio de 1998 y 22 de noviembre de 2007 (Rec. nº 467/2007). La línea jurisprudencial mantenida por el Alto Tribunal distingue, claramente, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente.

Es conveniente recordar que una de las consecuencias esenciales en materia de despido en situaciones de excedencia voluntaria es precisamente la calificación de improcedencia que se otorga a aquél, así como el tratamiento jurídico que se debe llevar a cabo sobre la indemnización a percibir por el trabajador excedente voluntario y todo ello observando las diferentes peculiaridades y circunstancias originadas por la especial situación en la que se encuentra el trabajador. Una de las más relevantes, es la relativa al salario regulador que debe tomar en cuenta el empresario a la hora de calcular la indemnización que le correspondería percibir al empleado. Nos hallamos ante el ejercicio de una acción de despido originada en una relación laboral que se ha mantenido en suspenso hasta el momento en que la situación de excedencia voluntaria finaliza y desemboca en una declaración de despido improcedente y ello, pese a las múltiples peculiaridades que presenta una relación que se ha visto interrumpida tanto en la prestación de servicios, el pago de salarios o el cómputo de la antigüedad, características todas ellas que encierran en un paréntesis la propia historia laboral del trabajador, que finaliza al término de la situación de excedencia voluntaria. No existiría, por tanto, ningún tipo de diferencia entre un trabajador excedente voluntario y el trabajador activo que ya se encontrase en plantilla, y de ahí que las consecuencias debieran ser idénticas entre ambos.

En este sentido²¹, cuando el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores hace mención a la indemnización derivada de despido improcedente en realidad está refiriéndose al daño ilícito producido en la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario por la conducta empresarial de privación del puesto de trabajo que venía desempeñando o, dicho en otras palabras, por la privación del derecho expectante ostentado por el trabajador excedente voluntario al reingreso en plaza vacante equivalente, concluyendo que el cálculo de la indemnización resarcitoria del acto ilícito de despido improcedente debe referirse a la fecha de producción de tal daño, que obviamente es la del cese en la empresa derivado de tal despido, y no la fecha del paso a la excedencia voluntaria, situación en la que la relación individual de trabajo sigue estando viva, aunque en estado latente²².

4.4. Los requisitos para el acceso a la prestación por desempleo

La protección contra el desempleo se ha convertido en una de las piedras angulares del Sistema de Seguridad Social, toda vez que el incremento del desempleo se ha situado en niveles de exceso. Es una de las políticas de garantía de rentas más importantes por la potencialidad para acrecentar las desigualdades y la exclusión social, además de por sus repercusiones sociales, políticas y económicas²³. Sin embargo, es una prestación no exenta de polémica, sobre todo en lo que hace referencia a los efectos desincentivadores que se le suponen, de manera que algunos autores consideran que el sistema de prestaciones por

²¹ STS de fecha 30 de mayo de 2003 (RJ 2005/5689). Dicha resolución judicial destaca fundamentalmente por su claridad y sencillez a la hora de explicar el caso concreto y ajustarlo a la realidad práctica de la figura jurídica de la excedencia en el día a día de los conflictos creados entre empresas y trabajadores.

²² SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de julio de 2010 (AS 2010/1775) y 22 de febrero de 2010 (AS 2010/1026); y la STSJ de Galicia de fecha 14 de octubre de 2008 (JUR 2008/359812).

²³ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2018.

desempleo incide notablemente en la duración del desempleo, tanto por el lado de la oferta de empleo como por el lado de la demanda, en el mercado de trabajo²⁴.

A pesar del tono economicista de estas afirmaciones, el ámbito jurídico tampoco está exento de polémica. El concepto de desempleo refleja este aspecto limitando el acceso a las prestaciones para los que realmente quieren trabajar. La protección pública de la situación de desempleo, ampara a quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida su jornada de trabajo y, en base a ello, la Seguridad Social les reconoce un posible derecho a percibir una garantía de rentas en forma de prestación o subsidio, para la compensación de la pérdida del salario o de su reducción, respectivamente, hasta tanto el individuo acceda de nuevo al mercado de trabajo aunque, por supuesto, el periodo de percepción es limitado y está sujeto a las cotizaciones previas.

En el supuesto de que durante el tiempo de excedencia voluntaria perdiera su puesto de trabajo, no tendría derecho a las prestaciones por desempleo, ya que se consideraría que no se encuentra realmente en una situación de desempleo ordinaria, puesto que aún conservaría un derecho preferente al reingreso en la empresa de origen, derecho que únicamente podría ser ejercitado a la finalización de su situación de excedencia, lo que ocasiona la consiguiente desprotección económica para el trabajador²⁵.

En el caso que nos ocupa, la cuestión que se plantea es si sería de aplicación la doctrina del paréntesis, respecto del requisito de voluntariedad –querer trabajar–, puesto que la prestación solo se concede en los supuestos de paro involuntario o forzoso.

4.4.1. La doctrina del paréntesis

Durante el tiempo que se prolongue la situación de excedencia voluntaria, no existe situación asimilada al alta ni, por tanto, obligación de cotizar; por lo que, si no hay cotización durante ese periodo, ni tampoco posibilidad legal de que la hubiera, no cabe entender que ese impás temporal, que procede de la voluntad personal del beneficiario, deba obviarse en el sentido de que no altere el periodo legal de ocupación cotizada mínimo para generar el derecho a la prestación, según lo establecido en los artículos 266 b) y 269, en relación con los artículos 145 y 166 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 13 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se Aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

Por tanto, *la doctrina del paréntesis*²⁶ se aplicaría cuando la falta de cotización durante la situación de excedencia voluntaria hubiera sido derivada de una imposibilidad real y manifiesta de trabajar por causas ajenas a la voluntad del beneficiario. En el momento en el que quedase acreditada dicha voluntad por parte del empleado de continuar vinculado al

²⁴ REBOLLO SANZ, Y., *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.

²⁵ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, op. cit., 2007.

²⁶ ALVAREZ CORTÉS, J.C., GUIX GONZÁLEZ, M.J.: “Excedencia voluntaria y situación legal de desempleo. Inaplicación de teoría del paréntesis”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 114, 2012, pp. 227-240.

mercado laboral, la aplicación de la *doctrina del paréntesis* sería viable²⁷, con lo que se retrotraería el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria. Por el contrario, y en el caso de que no acreditase de manera conveniente tal extremo traducido en una voluntad por parte del empleado de acceder al trabajo, solamente habría de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral²⁸.

La jurisprudencia es prolija en esta cuestión, tanto en el sentido de su aplicación como en el contrario. La sentencia STS de fecha 4 de abril de 2011 (RJ 2011/3697) excluye la posibilidad de aplicar la *doctrina del paréntesis* en un supuesto de excedencia voluntaria a efectos de percibir las correspondientes cantidades en concepto de prestación por desempleo. El argumento principal que esgrime dicha resolución judicial se basa en afirmar una ausencia total de voluntad continuada por parte de la trabajadora a la hora de permanecer vinculada al mercado de trabajo, valorando que la situación de excedencia voluntaria obedece única y exclusivamente a la voluntad exclusiva de aquélla, concluyendo que “al no aplicar a dicho periodo la *doctrina del paréntesis* no procede retrotraer el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria, sino que tal periodo será el inmediatamente anterior al inicio de la situación de desempleo”.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia recoge una serie de supuestos en los que sí sería aplicable esta doctrina, quedando desglosados de la siguiente manera: (i) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el "animus laborandi", o lo que es igual, la voluntad de no apartarse del mundo laboral²⁹; (ii) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; (iii) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez en que tampoco se cotiza³⁰; (iv) 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 personales; y, (v), la existencia comprobada de una grave enfermedad que conduzca al hecho causante, por la que pueda ser fundadamente explicable que se hubiesen descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta³¹. En este sentido, y por igual razón, cabría 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 fuera revelador de esa supuesta voluntad por parte del trabajador excedente voluntario de apartarse del mundo laboral³².

Una breve referencia también en relación con los casos en los que el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria en una relación de prestación de servicios anterior y, a lo largo de dicha situación, trabaja para otra u otras empresas durante un lapso temporal suficiente para poder obtener, en base a este nuevo nexo contractual, el derecho a

²⁷ SSTS 24 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1211) y de fecha 23 de diciembre de 2005 (RJ 2006/595).

²⁸ STS de fecha 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5585).

²⁹ SSTS de fecha 29 de mayo de 1992 (RJ 1992/3619), 1 de julio de 1993 (RJ 1993/6879), 26 de mayo de 2003 (RJ 2003/5090) y 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5585).

³⁰ SSTS de fecha 9 de diciembre de 1999 (RJ 2000/517), 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/8978) y 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/585).

³¹ SSTS de fecha 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1056) y 17 de septiembre de 2004 (RJ2004/6320).

³² SSTS de fecha 29 de mayo de 1992 (RJ 1992/3619) y 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2975).

percibir la prestación contributiva de desempleo, cabe plantearse si una vez extinguido ese nuevo nexo contractual en contra de su voluntad, el trabajador puede o no considerarse en situación legal de desempleo. Y ello, a pesar de hallarse en situación de excedencia voluntaria en lo que concierne a la primera relación jurídica de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta las diversas teorías expuestas en torno a este punto en materia de desempleo, es conveniente partir de la base jurídica que nos ofrece el artículo 267.2.d) del TRLGSS, cuando sostiene que “no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente”. La mayoría de autores se apoyaron en lo dispuesto en tal precepto para considerar la conveniencia de denegar dicho derecho de prestación por desempleo a aquellos trabajadores que, habiendo cotizado en la segunda empresa el tiempo suficiente para tener derecho a dicha prestación, no hubieran solicitado el reingreso en la empresa en tiempo y forma adecuados. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la persona que se encuentra en excedencia voluntaria no siempre puede solicitar, de forma válida y eficaz, su reingreso al servicio activo, puesto que tal clase de solicitud sólo puede formularse con respecto al momento en que termine el plazo por el que se le concedió dicha excedencia o, en aquellos casos –muy poco frecuentes por otra parte– en que se pacta explícitamente la posibilidad de que el empleado solicite, en cualquier momento, el reingreso al servicio activo, sin restricción temporal en tal sentido. Pero ahora, hay que tener presente que, si el plazo de la excedencia voluntaria convenido no está próximo a su fin, la solicitud de reingreso del trabajador carecería por completo de efectividad, pues la empresa no está obligada a tomar en consideración tal clase de peticiones hasta el momento en que ese plazo no hubiera concluido³³. Siendo interesante este planteamiento, no es el del caso que nos ocupa, puesto que el trabajador solicita su reincorporación a la finalización del plazo de excedencia voluntaria concedido.

4.4.2. El acceso a la prestación por desempleo

Junto a la situación de alta o asimilada al alta y los periodos de carencia que exigen todas las contingencias comunes, incluida la protección por desempleo, uno de los elementos esenciales de la noción de desempleo protegido es la voluntad para trabajar. Y ya no solo porque el artículo 262 TRLGSS indique que el desempleo protegido es el de aquellos que “pudiendo y queriendo trabajar” han perdido un empleo, o han visto reducida su jornada de trabajo, porque uno de los requisitos para el acceso a las prestaciones es ser demandante de empleo y haber suscrito el compromiso de actividad, sino porque en el catálogo de situaciones legales de desempleo lo que se protege son suspensiones, extinciones o modificaciones de contrato no imputables al trabajador. La combinación de los criterios positivos y negativos del artículo 267 TRLGSS “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 pueden atribuirse a la voluntad del trabajador...”. De hecho, se afirma tajantemente en la norma, que no se considerará situación legal de desempleo la de los trabajadores que “cesen voluntariamente en el trabajo”, extendiendo luego esta exclusión a los supuestos de falta de reclamación frente al despido, no ejercicio de acciones para la reincorporación en el caso de despido nulo o improcedente

³³ BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales de la Jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, p. 256.

—como el caso que nos ocupa— o no solicitud del reingreso en el caso de suspensiones con derecho a reserva del puesto de trabajo³⁴.

De hecho, en el 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 manera en que se encuentra regulada esta figura, va más allá de una mera suspensión puesto que son muchas las posibilidades de no volver a trabajar en la empresa al existir solamente un derecho preferente pero no una reserva de puesto de trabajo. En los casos de negativa del empresario a la reincorporación a su puesto de trabajo una vez que se haya solicitado el reingreso en tiempo y forma por parte del trabajador, suponiendo la existencia de vacante, los tribunales han entendido que la situación que se produce es asimilable a un despido. En estos casos, el cese no reviste el requisito de voluntariedad por parte del trabajador³⁵, lo que supone la apertura del derecho al acceso a la prestación por desempleo, aunque, de producirse esta situación, se plantea otra problemática, que también tiene cabida en la sentencia, cual es el no encontrarse en situación de alta o asimilada al alta durante el periodo de excedencia voluntaria.

Realmente la negativa al reingreso, en si misma, no genera una situación legal de desempleo en el trabajador no reingresado, por tanto, no tendría derecho ni ahora cuando se le deniega el reingreso por no existir vacante, ni antes cuando solicitó la excedencia. No existe, entonces, derecho a prestación porque no existe situación legal de desempleo. De hecho, la mayoría de las resoluciones judiciales en situaciones excedencia voluntaria y desempleo se referían al reconocimiento de este cuando se ha cesado en otro puesto de trabajo en otra empresa o en el caso de situaciones relacionadas con el fraude de ley en la celebración de los contratos a los efectos de acceder a las prestaciones por desempleo³⁶.

El principal requisito para el reconocimiento de una prestación contributiva es el de encontrarse en alta o en situación de asimilada al alta, tal y como se establece en los artículos 266, 165 y 166 TRLGSS. El artículo 166 entiende que puede considerarse situación de asimilada al alta la de excedencia forzosa, pero no la excedencia voluntaria. Igualmente, el Real decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, cuando habla de excedencia como situación asimilada al alta lo hace respecto de la excedencia forzosa o respecto de la solicitada por cuidado de hijos “con reserva de puesto de trabajo”. De la misma manera, en la legislación específica de desempleo, el artículo 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, solo se contempla como situación de asimilada al alta “la excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical”.

³⁴ GARCIA ORTEGA, J., “Incidencia de la excedencia voluntaria en la prestación por desempleo”, en AA.VV. *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Alzaga Ruiz, I. (coord.), Atelier, 2017, pp. 639-654.

³⁵ DESDENTADO BONETE, A., MERCADER UGUINA, J.: *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996, p. 51.

³⁶ AGUSTÍ JULIÀ, J. et altri: *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, 2010.

Así, los tribunales han venido entendiendo que “resulta requisito obligado para causar derecho a la prestación por desempleo, contributivo o no contributivo, estar en situación de alta o asimilada al 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”³⁷. Pero la jurisprudencia es amplia en el caso que nos ocupa. El TSJ Madrid³⁸ reconoció en un caso, en el que se acordó en conciliación el despido por falta de reingreso, que dicha situación ni hubo de producir el alta en Seguridad Social ni la excedencia era una situación asimilada al alta, por lo que “se permite colegir, que la ausencia del requisito de alta o asimilada al alta, ex artículo 207 de la LGSS (actual artículo 266 TRLGSS), no genera el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda de desempleo”. La misma sala se expresó respecto de un excedente voluntario que pide su reingreso y no es aceptado, y 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...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 (actual 262 TRLGSS), no es otro que el de dispensar una protección eficaz a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden 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. FALLO

La Sala decide la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina y casa y anula la sentencia de suplicación impugnada, resolviendo el debate suscitado en suplicación con revocación de la sentencia de instancia y reconociendo al trabajador el derecho a la percepción de prestaciones contributivas por desempleo con efectos del 16 de diciembre de 2013, fecha en la que finalizó el plazo concedido para la excedencia voluntaria, con una duración de 720 días, con condena a los codemandados y al Servicio Público de Empleo Estatal.

Las claves de esta resolución se han ido desgranando en los apartados anteriores de este trabajo, con lo que la justificación del fallo, queda suficientemente acreditada tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

La trascendencia de esta doctrina judicial ha sido capaz de dar respuesta directa a una situación compleja por la cantidad de elementos que se ha hecho necesario tener en cuenta, así como por el análisis sistemático de las normas jurídicas disponibles. La inexistencia de voto particular alguno es relevante a la hora de considerar asentada esta doctrina y, por tanto, de consolidación *ad futurum*.

³⁷ STSJ Andalucía, Málaga, sala Social, de 12 de abril de 2002.

³⁸ STSJ Madrid, sala Social, de 25 de noviembre de 2009.

6. CONCLUSIONES

No puede negarse la trascendencia de la doctrina judicial que, a través de una interpretación sistemática de las normas jurídicas disponibles, es capaz de ofrecer respuesta directa a una situación como la aquí descrita en la que entran en juego diferentes elementos, a saber: no readmisión tras una excedencia voluntaria y subsiguiente reconocimiento de despido improcedente por conciliación, indemnización, derecho de prestación por desempleo vinculada a la situación de alta o asimilada al alta del trabajador desde la fecha en la que se reconoce el despido. Por tanto, no son pocos los elementos que ha tenido que considerar la sala. La contradicción entre las sentencias comparadas obliga a efectuar un análisis de las situaciones fácticas en relación con las normas aplicables al caso. El resultado fue una contradicción entre las sentencias comparadas.

Es indudable, por los argumentos expuestos por la sala, la posibilidad de consolidación *ad futurum* de la sentencia dictada en unificación de doctrina. Se consolida el deber empresarial de readmisión del trabajador en las condiciones que se pacten en el acuerdo de excedencia y el reconocimiento de la improcedencia del despido cuando este no se produce, así como de la indemnización asociada y de la necesidad de reconocimiento de las prestaciones correspondientes vinculadas a los períodos de cotización asociados.

Además, la teoría jurisprudencial básica que propone la Sala Cuarta del Tribunal Supremo consiste en fijar el punto de partida a efectos de cálculo indemnizatorio por despido improcedente en torno a ese derecho expectante malgrado por la conducta ilícita del empresario, un derecho que tiene que ver con el momento del cese o extinción del contrato de trabajo en cuanto que se proyecta hacia una fecha de futuro y no hacia el punto temporal ya pasado de la obtención de la situación de excedencia.