

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

*Sentencia 297/2013, de 27 de mayo de 2013*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 6537/2012*

**SUMARIO:**

**La protección por desempleo. Retrotracción del periodo de 6 años anteriores a la situación legal de desempleo al momento en que cesó la obligación de cotizar, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia por cuidado de hijos.** No puede obtener el paréntesis en el periodo de ocupación cotizada quien ha compaginado la situación de excedencia con el desarrollo de una actividad en el RETA cotizando por las bases máximas, sin constancia de que haya estado al cuidado del hijo, ya que de otra forma se vendría a convertir la excedencia en una de carácter voluntario pero obteniendo lo que aquella otra reconoce como derecho de la conciliación familiar, alterando claramente la causa por la que le ha sido otorgado.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 46.3.

Ley 4/1995 (Permiso parental y por maternidad), art. 4.

**PONENTE:**

*Doña María Luz García Paredes.*

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección n.º 4 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.34.4-2012/0058002

Procedimiento Recurso de Suplicación 6537/2012

ORIGEN:

Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid 98/2011

Materia : Desempleo

J.S.

Sentencia número: 297/2013

Ilmas. Sras:

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dña. CONCEPCIÓN MORALES VÁLLEZ

En Madrid, a veintisiete de mayo de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4ª de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmas. Sras. citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY  
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE  
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación 6537/2012, formalizado por el Sr. Letrado D. Pedro Martí García en nombre y representación de D<sup>a</sup> Sonsoles, contra la sentencia de fecha veinticinco de julio de dos mil doce, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid, en sus autos número 98/2011, seguidos a instancia de la parte recurrente frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre Desempleo, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**Segundo.**

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO- La actora figura afiliada a la Seguridad Social con el nº NUM000 .

SEGUNDO. La actora venía prestando servicios para la empresa SPANAIR S.L desde 14.07.1999 devengando un salario de 3.000 euros mensuales con prorrata de pagas extras.

TERCERO. La actora disfrutó de excedencia para cuidado de hijos desde 1.04.2004 a 30.04.2004, reanuda la prestación de servicios desde 1.05.2004 hasta 2.08.2004, que vuelve a la situación de excedencia hasta 3.05.2005.

Estando en situación de excedencia presta servicios para la empresa Lucana Home S.L desde 4.05.2005 hasta 19.07.2005 con fecha de 1.08.2005 reanuda la prestación con Spanair hasta 10.03.2008 en jornada completa y a partir de 11.03.2008 hasta 8.04.2008 con reducción de jornada.

Solicitó y le fue concedida una excedencia para el cuidado de hijo menor de tres años desde 9.04.2008 hasta 31.03.2009 (Doc nº7 ramo actora), que fue prorrogada por el periodo de 1.04.2009 hasta 8.06.2010 (Doc nº 6 ramo actora).

CUARTO. La actora se dio de alta en el RETA en fecha de 1.12.2008 en la actividad de comercio al por menor de libros, periódicos ...y causa baja en fecha de 31.05.2010. (Doc nº 10 ramo actora).

QUINTO. La actora cursa alta en Spanair con fecha de 8.06.2010 y ese mismo día la empresa procede a rescindir su contrato de trabajo en virtud de la autorización concedida la Resolución de la Dirección de Trabajo en el marco del expediente nº NUM001 notificada en fecha de 23.04.2010 (Doc nº 1 ramo actora).

SEXTO. La actora solicita alta de prestación por desempleo de fecha de 14.06.2010, por Resolución de fecha de 25.10.2010 del SPEE se resuelve denegar la solicitud de alta inicial de prestación por desempleo por entender que del análisis del expediente y de sus antecedentes se deducen indicios suficientes para presumir que en la reincorporación realizada a la empresa solo se han cumplido los requisitos legales de una manera forma, con la intención de obtener el disfrute indebido de la prestación por desempleo (...).

SÉPTIMO. Obra al Doc nº 8 y 9 ramo actora la vida laboral de la actora que se tiene por reproducida y de la que resultan un total de 4000 días de alta descontando 509 días de pluriactividad.

OCTAVO. Obra a los folios 43 a 47 de autos las bases de cotización de la actora, que se tiene por reproducidas.

NOVENO. Para el caso de estimación de la demanda, procedería reconocer la prestación en base a un periodo de ocupación cotizada de 1.379 días, excluido el periodo en el RETA con una base reguladora de 44,81 euros/día y fecha de efectos de 9.06.2010.

DÉCIMO. Por medio de la presente demanda la actora solicita se dicte sentencia por la que se reconozca su derecho a percibir la prestación por desempleo desde 9.06.2010 a razón de 1.662,41 euros mensuales.

DÉCIMOPRIMERO. Se ha agotado la vía administrativa."

#### **Tercero.**

En dicha sentencia recurrida en suplicación se estimó parcialmente la demanda formulada por la parte actora.

#### **Cuarto.**

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

#### **Quinto.**

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 29/11/2012, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

#### **Sexto.**

Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 23/5/2013 para los actos de votación y fallo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La sentencia de instancia ha estimado parcialmente la demanda declarando el derecho de la demandante a la prestación por desempleo que le fue denegada en vía administrativa, conforme a la base reguladora de 44.81 euros/día y teniendo como periodo de ocupación cotizada el de 1379 días, con fecha de efectos de 9 de marzo de 2010.

Contra la anterior resolución judicial se ha interpuesto por la parte actora recurso de suplicación en el que, como primer motivo y al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la revisión del hecho probado noveno para que se elimine la referencia al periodo de ocupación cotizada que se indica por considerarlo predeterminante del fallo.

El motivo debe ser estimado porque, como bien señala la parte recurrente, tanto el concepto de ocupación cotizada, como el de base reguladora que también refiere el motivo e incluso la fecha de efectos, son conceptos jurídicos impropios del relato fáctico y en consecuencia, se deben tener por no puestos, sin perjuicio de que la parte combata adecuadamente y por la vía de infracción de norma y sobre la base de hechos probados necesarios a tal fin, lo que la sentencia ha resuelto en relación con los mismos para llegar a la conclusión que luego refleja en la parte dispositiva de la sentencia.

#### **Segundo.**

En el siguiente motivo, con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo de regulación del permiso parental y de maternidad. Según la parte recurrente, la sentencia de instancia ha computado ese tiempo de excedencia por cuidado de hijo cuando debería haber aplicado aquel precepto legal que invoca, sin que se establezca en la norma limitación alguna respecto a que no pueda estarse en alta en el RETA. Además, considera que la alegación del Servicio Público de Empleo Estatal produce indefensión a la parte actora ya que no se hizo mención alguna a esa cuestión en vía previa y no pudo aportar prueba en el acto de juicio.

El motivo debe ser rechazado porque la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción legal que se denuncia.

En efecto, realmente la parte introduce dos cuestiones si bien solo invoca un solo precepto legal en relación con todo lo que se alega lo que impide poder atender a una de ellas. Esto es, por un lado se considera que la sentencia no ha excluido del cómputo el periodo de excedencia, para lo cual invoca un precepto legal, y por otro viene a afirmar que no ha podido aportar prueba sobre el extremo que la Entidad Gestora introdujo en el acto de juicio y no invocó en vía administrativa sin que, en relación con esta cuestión, haya citado precepto procesal

alguno que permita justificar su alegación y, lo que es más importante, si ello fue así tenía que haber expuesto tal oposición ante el órgano judicial de instancia para que analizase si era posible introducir en el acto de juicio esa cuestión y, en caso de admitirlo, haber formulado oportuna protesta para hacer valer su oposición en este momento procesal. Ni una ni otra cosa ha realizado la parte con lo cual lo relativo a la cuestión nueva en vía judicial debe ser rechazada. Además, olvida la parte que ella es la que reclama el derecho y como tal parte debe aportar al proceso todos los datos que justifiquen el que dice ostentar, de manera que siendo necesario acreditar el periodo de ocupación cotizada para configurar el derecho que postula debió acudir al proceso con los elementos de prueba necesarios, tal y como constata y reitera jurisprudencia viene señalando.

Así es, es conocida la doctrina del Tribunal Supremo que no considera que se estén introduciendo cuestiones no invocadas en vía administrativa ni, con ello, se vulnera el contenido del artículo 72.1 y 142.2 de la Ley de Procedimiento laboral ni se causa indefensión a la parte cuando dice que "..... es un hecho constitutivo de su pretensión que el actor debió alegar y probar aun cuando no hubiera sido opuesto por la contraparte, por la misma razón que hubiera debido ser apreciado por cualquier autoridad judicial en aplicación del principio de derecho "da mihi factum dabo tibi ius", cual esta Sala ha establecido en diversas sentencias en materia de Seguridad Social por todas la STS de 28 de junio de 1994 (recurso 2946/93 ), dictada en Sala General en casación para la unificación de la doctrina, ha establecido que en los procesos de Seguridad Social, en donde se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación 'El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho' (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección ...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impositivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impositivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la ley, que no es disponible ni para el juez ( artículo 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ), ni para la Administración ( artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ); en doctrina reiterada entre otras en SSTS de 30 de octubre de 1995 (recurso 997/95 ), 24 de julio de 1996 (recurso 3629/95 ), 5 de diciembre de 1996 (recurso 1633/96 ), o 10 de marzo de 2003 (rec- 2505/2002)". En definitiva, era la actora la que debía haber alegado y demostrado que en contra de lo que el INEM le había respondido, sí que reunía las condiciones exigidas para causar derecho a las prestaciones..." ( STS de 13 de mayo de 2009, Rec. 2607/08 )-.

### **Tercero.**

En orden al periodo de ocupación cotizada, la sentencia de instancia ha determinado el periodo duración de la prestación atendiendo a que el periodo de ocupación cotizada, de seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, debe retrotraerse a 31 de marzo de 2004 a 30 de abril de 2004 y de 3 de agosto de 2004 a 3 de mayo de 2005 sin computar el periodo de alta en el RETA, al no constar que esa actividad fuese marginal y no entorpecer la conciliación de la vida familiar a la que afecta el periodo que la ley reserva con esos efectos especiales.

Pues bien, como se ha indicado anteriormente, el razonamiento de la sentencia de instancia es ajustado a derecho por cuanto que no se ha vulnerado el artículo 4 de la Ley 4/ 1995, de 23 de marzo, por la que se regula el permiso parental y por maternidad en materia de excedencia para el cuidado de los hijos, en relación al artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social que se cita en la sentencia de instancia, y el artículo 3.5 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley de protección por desempleo, como preceptos que regulan los efectos que tiene la concesión de excedencia por cuidado de hijos regulada en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación a la duración de la prestación por desempleo.

El artículo 4 de la Ley 4/1995, dispone que " La situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho periodo no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el periodo de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 y 210 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto

Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa".

Aquella previsión legal, puesta en relación con el artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social, implica que el periodo que marca este precepto - periodo cotizado de seis años- se retrotraerán el tiempo que haya durado la excedencia por cuidado de hijos.

No existiendo controversia en relación con esa exclusión, lo que se suscitó en la instancia y reitera en este momento procesal la parte es que dado que la actora estuvo en alta en el RETA este tiempo no sea excluido, al contrario de lo que ha decidido la juez de instancia, al considerar que está integrado en el tiempo de excedencia por cuidado de hijos y éste es el que prevalece.

No es procedente atender al criterio de la parte porque para aplicar el efecto que la norma ha previsto para los supuestos en los que la trabajadora está en excedencia con la única finalidad de atender al cuidado de hijos no se cubre si el beneficiario de ese derechos, con las concretas ventajas que en aras de facilitar la conciliación de la vida familiar se otorgan fomentando la integración de las trabajadoras en el mundo laboral, armonizando responsabilidades laborales y familiares, con base en el deber de asistencia de los padres a los hijos que consagra el artículo 39.3 de la Constitución, no se cubren si, finalmente, aquel sigue manteniendo una vida laboral ordinaria, aprovechando las ventajas que la norma establece pero sin atender ni cubrir la finalidad perseguida por el legislador. Es por ello que si la demandante ha estado en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cotizando por las bases máximas, realmente, y a falta de otra prueba, ha venido a tener una actividad que no puede saltarse como si se tratase de una situación protegida por la norma con esa especie de paréntesis que se ha impuesto en esos casos especiales. Por tanto, dentro del periodo de excedencia por cuidado de hijos debe excluirse el que se estuvo trabajando como trabajador por cuenta propia en condiciones ordinarias, similares a las de cualquier otro trabajador y, por tanto, sin constancia de que se ha estado al cuidado del hijo ya que de otra forma se vendría a convertir, realmente, la excedencia en una de carácter voluntario pero obteniendo lo que aquella otra reconoce como derecho de la conciliación familiar, alterando claramente la causa del derecho que le ha sido otorgado. Esto es y como se ha venido admitiendo por la doctrina judicial, lo determinante para entender que la excedencia por cuidado de hijo ha sido debidamente atendida es que el trabajador/a ha dedicado el tiempo adecuado al cuidado del hijo y no a actividades profesionales en régimen ordinario de dedicación.

Ciertamente, esta conclusión no supone que el excedente por cuidado de hijo deba estar en todo momento atendiendo a aquél pero sí acreditar que la finalidad de la excedencia está atendida debidamente por él.

En el caso que ha resuelto la sentencia de instancia, consta que la parte demandante ha estado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, cotizando por las bases máximas. Con estos datos y sin que la parte que reclama el derecho haya acreditado que esa actividad, en esas condiciones de cotización, no haya impedido cubrir la atención o cuidado del menor, para con ello obtener el paréntesis en el periodo de ocupación cotizada que la norma establece para quienes han destinado el periodo de excedencia a cumplir esa finalidad, no es posible atender a su pretensión.

Por lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Sonsoles, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 20 de Madrid, de fecha veinticinco de julio de dos mil doce, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre Desempleo, y, en consecuencia, que debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN :** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente n.º 2829-0000-00-6537-12 que esta sección tiene abierta en BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO sita en C/ Miguel Ángel, 17; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la

misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y de Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la misma, ascendiendo su importe fijo con carácter general a 750 euros, salvo en el caso de trabajadores, sean por cuenta ajena o propia, o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social, en cuyo caso su montante será de 300 euros, amén de la cuota variable de la citada tasa en atención a la cuantía del recurso que hace méritos el artículo 7.2 de la misma norma, con una exención, también en este caso, del 60 por 100 si se trata de trabajadores o beneficiarios del Sistema de la Seguridad Social, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/266/2012, de 13 de Diciembre, por la que se aprueba el modelo 696 de Autoliquidación, y el modelo 695 de solicitud de devolución por solución extrajudicial del litigio y por acumulación de procesos, de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso administrativo y social y se determinan el lugar, forma, plazos y los procedimientos de presentación, norma reglamentaria en vigor desde el 17 de diciembre de 2012, en el bien entendido de que, caso de acompañar dicho justificante, no se dará curso al escrito de interposición del recurso hasta que se subsane la omisión producido, debiéndose ser requeridos formalmente por el Secretario judicial para su aportación.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.