

Acceso a la jubilación como demandante de empleo. Requisitos para considerarse en situación asimilada al alta y aplicación de la doctrina del paréntesis

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 173/2018, de 20 de febrero**

Juan Antonio Maldonado Molina

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

1. MARCO LEGAL APLICADO

El artículo 205.1 de la Ley general de la Seguridad Social –LGSS– de 2015 (art. 161.1 LGSS de 1994) condiciona el derecho a la pensión de jubilación, en la modalidad contributiva, al cumplimiento de los requisitos generales previstos en el artículo 165.1 (art. 124 LGSS de 1994) y, por tanto, a estar afiliado y en alta o situación asimilada a la misma en el momento del hecho causante. No obstante, como es sabido, el requisito de alta quedó dispensado para la jubilación, por su excesiva onerosidad, por la Ley 26/1985, al posibilitarse causar derecho a la prestación estando en situación de «no alta», eliminándose así un requisito *sui generis* del modelo español de Seguridad Social, heredado del mutualismo laboral, y que colisionaba con las prescripciones contenidas en el Convenio 102 de la OIT [Maldonado Molina, J. A. (2002). *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 251].

La relativa supresión de este requisito supuso una indudable mejora técnica, aunque sus repercusiones prácticas no fueron muy extensas, ya que la amplitud de situaciones asimiladas al alta existentes atenuaba considerablemente esta exigencia. Pese a ello, la permanencia del trabajador en una situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante continúa teniendo relevancia para el legislador, hasta el punto de que puede afirmarse que la regla general continúa siendo la de la exigencia del alta [Barrios Baudor, G. L. (1997). *Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema español de Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi, p. 58]. Así, el requisito de alta es indispensable en determinadas situaciones, como son:

- Imposibilidad de acceder a jubilaciones anticipadas en caso de no encontrarse en alta o situación asimilada, ya que, de lo contrario, se exige que el solicitante tenga cumplida la edad ordinaria.

- Se condiciona la aplicación de la doctrina del paréntesis a estar en alta o asimilada sin obligación de cotizar; luego, si se está en situación de no alta, el periodo de carencia específico será exigido estrictamente en los últimos 15 años anteriores al hecho causante. Es decir, el periodo de carencia específico será distinto según se esté en alta o asimilada o no.

Dicho de otro modo, para dispensar el requisito de alta será necesario acreditar los requisitos de edad y carencia (genérica y específica, y en esta última, sin la flexibilidad de la doctrina del paréntesis, sino acreditándola dentro de los últimos 15 años naturales) (*cf.* Sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 10 de junio de 1992, rec. 2278/1991). Este tratamiento diferenciado del derecho a la pensión según que el solicitante se encuentre o no en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante revela cuán importante sigue siendo encontrarse en una situación asimilada al alta a efectos de la pensión de jubilación.

Recuérdese que son tres los requisitos para acceder a la jubilación contributiva: a) cumplimiento de la edad pensionable; b) estar en alta o asimilada al alta –aunque se dispensa si se acredita el periodo de carencia y la edad pensionable–; y c) el periodo mínimo de cotización, que, como se sabe, son 5.475 días (carencia genérica: 15 años), de los que 730 días (específica: 2 años) deben estar dentro de los últimos 15 anteriores al hecho causante¹ –o al momento en que cesó la obligación de cotizar, en caso de estar en alta o asimilada–. Los dos últimos requisitos están interconectados, ya que, si no se está en alta o asimilada, el periodo de carencia específico se aplica estrictamente a los últimos 15 años, sin recurrir a la doctrina del paréntesis.

La doctrina del paréntesis, de origen jurisprudencial [*cf.* Desdentado Bonete, A. y Nogueira Guastavino, M. (1997). *La Seguridad Social en la unificación de doctrina, una síntesis de jurisprudencia (1991-1996)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 32, donde se indica la paternidad del Tribunal Central de Trabajo en la elaboración de esta teoría] y acogida en la LGSS desde la [Ley 24/1997](#), consiste en considerar como paréntesis en la vida laboral el periodo en el que exista imposibilidad de cotizar, de modo que se amplíe el límite temporal de cómputo del tiempo necesario con objeto de compensar la eliminación del periodo suprimido [Desdentado Bonete, A. (1998). *La reforma de la pensión contributiva de jubilación en la Ley 24/1997. Tribuna Social*, 95, p. 14], por lo que el periodo de carencia específica debe retrotraerse tanto tiempo como haya durado la situación de exención de la obligación de cotizar. De este modo, en la aplicación de la «doctrina del paréntesis» el dato relevante es la involuntariedad de la ausencia de cotización, lo cual ocurre en caso del desempleo involuntario² (incluyendo el subsidio

¹ El hecho causante difiere esté o no en alta el trabajador. Será el día del cese en la actividad cuando esté en alta y el día de la presentación de la solicitud en las situaciones de no alta y en las asimiladas al alta, salvo en las situaciones asimiladas consistentes en excedencia forzosa (donde se entenderá producido el día del cese) y en el traslado fuera del territorio nacional (que será el día del cese).

² De la cuantiosa jurisprudencia sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis a los periodos de paro involuntario, véanse las SSTs de 29 de mayo de 1992 (rec. 1996/1991), 17 de noviembre de 1992 (rec. 354/1992), 1 de julio de 1993 (rec. 1679/1992) y 15 de octubre de 1993 (rec. 3076/1992).

asistencial por desempleo para mayores de 52 años)³. No procede en los periodos de inactividad sin inscripción como demandante de empleo sin que se justifique tal situación [STS de 4 de mayo de 2000, rec. 1673/1999. Cfr. Sempere Navarro, A. V. (2001). *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*, mayo 2000. Pamplona: Aranzadi, p. 59).

Por tanto, para retrotraer los 2 años cotizados más allá de los últimos 15, es necesario estar en situación asimilada al alta, una de las cuales es el paro involuntario. El presente caso gira sobre esta situación asimilada al alta, por lo que recordaremos brevemente en qué consiste. El artículo 36 del [Real Decreto 84/1996](#) señala que continuarán comprendidos en el campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes se encuentren en situación de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo. El artículo 1.2 e) de la Orden de vejez ([Orden de 18 de enero de 1967](#)) enumera como asimilada al alta la situación de paro involuntario que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo (en términos idénticos, art. 28.2 e) [Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre](#)).

La norma habla de «mantener» la inscripción como desempleado en la oficina de empleo desde que se extinguen las prestaciones por desempleo. Aparece como una exigencia central la persistencia de la voluntad de incorporación al trabajo tras el agotamiento de la prestación, voluntad que se evidencia con la continuidad de inscripción actualizada como demandante de empleo en la oficina correspondiente, de forma que el paro no registrado no puede ser calificado como de situación asimilada al alta⁴, ya que pone de manifiesto que no subsiste la búsqueda de empleo ni, por tanto, el carácter involuntario del paro.

Todo ello, salvo que se acredite que el motivo de la no inscripción es una causa de fuerza mayor, como la enfermedad, toxicomanía, alcoholismo u otra análoga. En este caso, opera lo que se ha denominado la interpretación humanitaria del requisito de alta o asimilada, de forma que ha de interpretarse en un sentido humano e individualizador acorde con la realidad de cada supuesto, de modo que si del examen de la vida del trabajador se llega a la conclusión de que ha estado afiliado y en alta con regularidad durante el tiempo de trabajo en activo, y que involuntariamente no se encuentra en alta, no puede negársele la cobertura (cfr. Barrios Baudor, G. L., *op. cit.*, pp. 63-66). La Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– de 6 de julio de 2000 admite esta doctrina flexibilizadora en supuestos tales como enfermedad, trastorno mental del trabajador u otras análogas en las que sea explicable que hayan descuidado los resortes legales previstos para continuar en alta, aunque advierte que se trata de supuestos excepcionales que deben ponderarse individualmente.

³ STS de 21 de febrero de 1997 (rec. 2699/1996), a la que siguen las de 6 de marzo de 1997 (rec. 3056/1996) y 23 de junio de 1997 (rec. 3163/1996).

⁴ SSTs de 29 de mayo de 1992 (rec. 1996/1991), 10 de junio de 1992 (rec. 1816/1991), 17 de noviembre de 1992 (rec. 354/1992), 22 de marzo de 1993 (rec. 2396/1991), 1 de abril de 1993 (rec. 1772/1992), 1 de julio de 1993 (rec. 1679/1992), 28 de octubre de 1994 (rec. 394/1994) y 20 de enero de 2003 (rec. 1290/2002).

2. SUPUESTO DE HECHO

Se trata de una mujer, nacida el 8 de noviembre de 1949, que acredita una vida laboral cotizada de 7.166 días, siendo su última cotización del 23 de octubre de 1989 (es decir, 25 años atrás del momento de solicitar la pensión) y la primera del 11 de enero de 1965 (ostentando, por tanto, la condición de mutualista y, en consecuencia, siéndole de aplicación la normativa anterior a la [Ley 27/2011](#) en lo relativo a la edad y cuantía de la jubilación, al no haber cotizado desde el 1 de marzo de 2013).

Solicita la pensión el 20 de febrero de 2014 (con 64 años, 3 meses y 12 días de edad), estando en el momento de la solicitud inscrita como demandante de empleo, situación en la que venía permaneciendo desde hacía más de 23 años (desde el 18 de octubre de 1990), con dos interrupciones en esa inscripción en el INEM: una de 525 días (del 17 de octubre de 1992 al 25 de marzo de 1994) y otra de 85 días (del 12 de marzo de 1997 al 4 de junio de 1997), sin justificación de tales interrupciones. Se entiende que solicita la jubilación anticipada voluntaria, a la que como mutualista hubiera tenido derecho si cumplierse los demás requisitos.

Dicha solicitud fue denegada por el INSS con base en que –al no encontrarse en el momento de la solicitud en alta o asimilada al alta– no acredita ni la edad exigida (65 años, recuérdese que no cabe la jubilación anticipada en situación de no alta), ni el periodo de carencia específico, ya que en los últimos 15 años anteriores a la solicitud no ha cotizado, sin que sea aplicable la doctrina del paréntesis ya que no estaba en alta o asimilada⁵.

Tras ser desestimada la reclamación previa, se acude a la vía jurisdiccional. El juzgado de lo Social estima la demanda, reconociéndole la pensión de jubilación, con una base reguladora equivalente a la base mínima (al integrar las lagunas de los 15 últimos años), al considerar que sí está en situación asimilada al alta de paro involuntario, procediendo en consecuencia a aplicar la doctrina del paréntesis en el periodo de carencia específico, de forma que los 2 años cotizados no se exigirían en los 15 anteriores a la solicitud, sino dentro de los 15 anteriores al momento de cesar la obligación de cotizar⁶, sentencia que es confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 1202/2016, de 23 de febrero (rec. 7025/2015).

⁵ Los hechos probados en la [sentencia comentada](#) indican que:

La Dirección Provincial del INSS dictó en fecha de 20 de febrero de 2014 resolución por la que se denegó a la demandante la pensión solicitada porque en la fecha del hecho causante (el 20 de febrero de 2014) reúne 0 días cotizados en los últimos 15 años y porque en la fecha del hecho causante tiene cumplidos 64 años de edad, inferior a la de 65 exigida legalmente (expediente administrativo).

⁶ Sentencia de 16 de junio de 2015 del Juzgado de lo Social número 9 de Barcelona.

3. DOCTRINA JUDICIAL APLICADA

El TS, en la [sentencia comentada](#), considera que no se dan los presupuestos para aplicar la doctrina del paréntesis, en particular, el de que el solicitante se encuentre en alta o asimilada, ya que si bien está inscrito como demandante de empleo, no puede considerarse en situación asimilada al alta de paro involuntario,

puesto que en la vida laboral y de ausencia de trabajo de la demandante no cabe apreciar esa continuidad de voluntad de permanencia en el mundo del trabajo, a la vista de las muy relevantes interrupciones que se han producido en la inscripción como demandante de empleo, que totalizan 2 años y 9 meses, que por su larga duración no pueden valorarse como un intervalo breve, insignificante y no revelador de la voluntad de apartarse del mundo laboral.

A continuación, la sala matiza que tampoco se dan las circunstancias excepcionales que la jurisprudencia estima como flexibilizadoras de tal doctrina, matiz en el que enfatiza al indicar:

Sobre todo, y es lo más importante, porque no concurre ninguna especial circunstancia personal, familiar, de salud o de cualquier otra índole, que de alguna forma pudiese justificar esos largos periodos al margen del mundo laboral, que en este caso concreto no tienen otra explicación que la propia voluntad de la interesada de apartarse del mercado de trabajo, al omitir el sencillo cumplimiento de un requisito de tan fácil realización como es el de renovar oportunamente la inscripción de demandante de empleo, que en lo que hace a la exigencia de que haya de ser ininterrumpida no tiene otra finalidad que la de acreditar por esta vía la intención de conseguir una ocupación laboral.

En este punto, se apoya en la [STS de 15 de enero de 2010 \(rec. 948/2009\)](#), que no admite hacer el paréntesis, retrotrayendo el momento del cómputo de esos 2 años de carencia específica al último tiempo en que existió la obligación de cotizar, puesto que se trata de muy largos periodos de tiempo que impiden «hacer un paréntesis», saltar por encima de ellos para situar el hecho causante en aquel momento muy anterior. Recuérdese que en este caso la última cotización tuvo lugar cerca de 25 años antes de la solicitud.

4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

En 2005 (doctrina reiterada en 2015)⁷, el TS concluyó que cuando el solicitante perteneció al mutualismo laboral antes del 1 de enero de 1967 (como es el caso de la [sentencia comen-](#)

⁷ SSTs de 3 de junio de 2005 (rec. 3054/2004) y 29 de junio de 2015 (rec. 2972/2014).

tada), no es exigible que la inscripción como demandante de empleo se mantuviera de forma ininterrumpida desde que se extinguió su último contrato de trabajo, por cuanto no es requerida esa obligación

para el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada que proviniese del sistema de mutualismo laboral de permanecer inscrito en la oficina de empleo, y menos de forma ininterrumpida como exige el INSS, a diferencia de lo que ocurre con la jubilación anticipada de los trabajadores que no pertenecieron antes del 1 de enero de 1967 al referido mutualismo laboral.

En los supuestos enjuiciados en 2005 y 2015, sin embargo, concurría una circunstancia diferente a la analizada en la [Sentencia de 2018](#), y es que sí se acreditaban los periodos de carencia genéricos y específicos sin que, por tanto, fuese necesario aplicar la doctrina del paréntesis.

Con la [Sentencia de 20 de febrero de 2018](#), en caso de trabajadores afiliados al mutualismo, vuelve a requerirse que para admitir la asimilación al alta, la inscripción como demandante de empleo sea ininterrumpida. Solo dejaría de exigirse, bien cuando hubiera circunstancias «humanitarias», bien cuando ya se acreditara el periodo de carencia específico, sin necesidad en consecuencia de recurrir a la doctrina del paréntesis.

Por tanto, queda claro que la doctrina del paréntesis solo es aplicable si el sujeto mantiene la situación de inscripción como demandante de forma ininterrumpida desde el agotamiento del desempleo subsidiado (contributivo o asistencial).

En un caso como el comentado, en el que se mantiene inscrito durante cerca de 25 años, no parece razonable que el periodo de carencia específico se busque en los 15 anteriores a esos 25. El periodo de carencia cualificado busca que haya una relativa actualidad en las cotizaciones acreditadas, de modo que la jubilación cumpla su función de sustituir una renta de activo por una de pasivo. Máxime en un ordenamiento como el nuestro, en el que ya desde 1997 se suavizó esta carencia específica, al ampliar el periodo en el que el sujeto debe acreditar la carencia específica de 8 a 15 años (art. 4 [Ley 24/1997](#)). Y, realmente, que alguien mantenga la inscripción como demandante de empleo durante un cuarto de siglo parece cuanto menos una situación anómala, que puede hacer traslucir no tanto un fracaso en el acceso al mercado laboral, como un intento de cumplir el requisito de asimilada al alta en aras de acceder a una futura pensión. En este contexto, si además hay interrupciones como demandante, siendo estas de más de 2 años, es razonable el pronunciamiento del TS, considerando que no concurre la situación asimilada al alta de paro involuntario, de modo que no procede el acceso a la jubilación por no acreditar ni la edad, ni el periodo de carencia específico, que no se retrotraería al no ser aplicable la doctrina del paréntesis.