

# Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 776/2017 de 10 Oct. 2017, Rec. 4133/2015

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 10 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Adelina , representada y defendida por el Letrado Sr. Peche Villaverde, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de octubre de 2015, en el recurso de suplicación nº 4962/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 21 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra , en los autos nº 199/2014, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre desempleo. Ha comparecido en concepto de recurrido el Servicio Público de Empleo Estatal, representado y defendido por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Estimando parcialmente la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Adelina frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL declaro que la percepción indebida de la prestación de desempleo asciende a la cantidad de 4189,08€, absolviendo al demandado del resto de las pretensiones ejercitadas en su contra».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- Doña Adelina , con D.N.I. Nº NUM000 vino prestando servicios para la empresa ELYME S.L. desde el 10 de diciembre de 1979 con la categoría profesional de oficial de 2 y salario prorrateado de 1752,29€. Citada empresa tramitó expedientes de regulación de empleo en los años 2010 y 2011 y comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato por causas objetivas mediante carta de fecha 26 de octubre de 2011, interponiendo la demandante y otros dos compañeros de trabajo demanda por despido que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4 de Pontevedra de fecha 24 de febrero de 2012 , declarando la improcedencia del despido, con los pronunciamientos condenatorios correspondientes, declarándose la extinción de la relación laboral por auto del mismo Juzgado de 8 de junio de 2012 .

2º.- Por resolución del S.P.E.E. de fecha 19 de marzo de 2014 se reconoció a la actora la prestación de desempleo con una duración de 720 días y una base reguladora de 56,48€, procediendo la entidad gestora a la revisión de oficio del mencionado reconocimiento, modificando la duración al no proceder la reposición de 180 días al haberse modificado la causa de extinción de la relación laboral, declarando la percepción indebida de 5481,14€ por el periodo de 1 de noviembre de 2011 a 30 de enero de 2014. Frente a esta decisión interpuso la parte actora reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 25 de marzo de 2014. El FOGASA pago a la demandante la cantidad de 30075,97€ por los siguientes conceptos: salarios de trámite, 6973,54 €; indemnización, 21316 €».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 23 de octubre de 2015 , en

la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup> Adelina contra la sentencia de fecha 21- 10-2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra en el Procedimiento nº 199-2014 sobre prestación por desempleo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.»

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Peche Villaverde, en representación de D<sup>a</sup> Adelina , mediante escrito de 2 de diciembre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña de 20 de enero de 2012 . SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 47 , 51 y 52.c) ET .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 21 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 4 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Términos del debate casacional.**

Se discute sobre el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo ya disfrutadas cuando media una crisis empresarial arrastrada que genera, sucesivamente, suspensión y extinción por causas objetivas. La discusión va a centrarse en si es posible aplicar ese beneficio cuando el despido se declara improcedente.

#### **1 . Hechos relevantes.**

El debate jurídico, tanto el de suplicación cuanto el actual, se ha armado a partir de los escuetos hechos que la sentencia del Juzgado de lo Social considera probados y que ya hemos reproducido más arriba. De ellos interesa destacar lo siguiente:

- La demandante presta sus servicios para Elyme S.L. desde 1979.
- Durante los años 2010 y 2011 la empresa atraviesa dificultades económicas y aplica dos expedientes de regulación de empleo suspensivos (ERTEs).
- Con fecha 26 de octubre de 2011 comunica a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas.
- Con fecha 24 de febrero de 2012 el Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido.
- Mediante Auto de 8 de junio de 2012 el Juzgado de lo Social declara extinguida la relación laboral.
- Mediante Resolución de 19 de marzo de 2012 el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) reconoce a la prestación de desempleo con una duración de 720 días.
- Posteriormente el SPEE revisa su decisión por entender que no procede reponer los 180 días de desempleo por los ERTEs, por haberse modificado la causa de extinción de la relación laboral.

Mediante su sentencia de 21 de octubre de 2014 (Autos 199/2014) el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra realiza un pequeño ajuste en la cantidad a devolver al SPEE, desestimando en esencia la demanda de la trabajadora.

#### **2.LaSTSJ Galicia de 23 octubre 2015, recurrida.**

La STSJ Galicia que se recurre, dictada con fecha 23 octubre 2015 (rec. 4962/2014) confirma la sentencia de instancia. Sus argumentos básicos son los siguientes:

- La regulación aplicable (Ley 27/2009) es excepcional, restrictiva y limitada.
- La reposición del desempleo exige que la extinción contractual se funde en causas objetivas, derive de ERE autorizado o concursal.
- Como la trabajadora impugna su despido y se dicta sentencia calificándolo como improcedente, dando lugar finalmente a un Auto extintivo, la causa que opera es diversa.

### **3.Recurso de casación y escritos concordantes.**

A) Con fecha 2 de diciembre de 2015, frente a la sentencia de segundo grado interpone la trabajadora el recurso que ahora resolvemos.

Invocando sentencia de contraste y denunciando infracciones normativas varias sostiene lo mismo que en su recurso de suplicación: que la reposición de la prestación de desempleo no puede vincularse de la calificación del despido objetivo, sino simplemente a que se haya producido dicha modalidad de despido. Rechaza que su derecho a la reposición se condicione al mayor o menor importe de la indemnización por despido.

B) Con fecha 31 de mayo de 2016 el Abogado del Estado presenta su escrito de impugnación al recurso.

Subraya que la trabajadora ha sido objeto de despido improcedente, no de despido objetivo, por lo que quiebra la identidad con la sentencia de contraste. La trabajadora pretende que se le reconozca un derecho al margen de las previsiones legales.

C) Con fecha 8 de septiembre de 2016 el Ministerio Fiscal emite el Informe pedido por el art. 226.3 LRJS.

Considera que concurre la contradicción entre las sentencias opuestas pero postula la desestimación del recurso. La ser calificado como improcedente el despido estamos ante "una figura jurídica no contemplada" en las normas sobre reposición del derecho al desempleo.

### **4.La STSJ Cataluña 455/2012, recurrida.**

A efectos referenciales, el recurso señala la STSJ Cataluña 455/2012 de 20 enero (rec. 5894/2011).

Resuelve el caso de trabajador que percibe prestaciones por desempleo (114 días) por un ERTE debidamente autorizado y luego es despedido por causas económicas.

Interpone demanda y la empresa, que está en concurso, reconoce la improcedencia del despido en el trámite de conciliación, ofreciendo una indemnización equivalente a 35 días de salario y el pago de los salarios de tramitación.

La sentencia considera que concurren todos los requisitos para que proceda la reposición de las prestaciones. Recuerda que el despido es una decisión empresarial constitutiva y que el posterior acuerdo no priva al despido de su carácter de tal.

### **5.Concurrencia de la contradicción.**

A) La impugnación al recurso cuestiona la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219 LRJS por entender que el caso de contraste es el de un despido objetivo y el presente el de un despido improcedente.

Es cierto que concurren ciertos datos diferenciales entre los dos casos respecto del importe indemnizatorio, número de días de desempleo antes disfrutados o camino a cuyo través el despido objetivo acaba siendo improcedente. Pero, coincidiendo en ello con el Ministerio Fiscal, entendemos que se trata de diferencias sin relevancia para configurar el debate.

B) En el presente caso la trabajadora impugna su despido objetivo y el Juzgado lo califica como improcedente. Basado en esa razón, la sentencia recurrida entiende que no procede la reposición de la prestación por desempleo previamente consumida. En el caso referencial hay un despido objetivo seguido de acuerdo conciliatorio sobre su carácter improcedente.

En ambos supuestos el SPEE, a partir de que el despido objetivo acaba siendo improcedente, entiende que se ha perdido el derecho a la reposición del desempleo consumido.

Sin embargo, las sentencias comparadas llegar a soluciones distintas al decidir sobre el cómputo de las prestaciones por desempleo consumidas por la suspensión contractual en estos casos de personas despedidas ulteriormente por causas objetivas y que interponen demanda frente a ello.

## **SEGUNDO.- Regulación aplicable.**

### **1. Caracterización general.**

Durante los últimos años ha habido una sucesión de normas coyunturales que ha venido a permitir la reposición de las prestaciones por desempleo en los casos de crisis arrastradas. Su finalidad entronca con la idea de potenciar la adaptación de las empresas a las cambiantes y difíciles situaciones por las que frecuentemente atraviesan así como con el deseo de que la reducción de plantilla sea el último de los remedios puestos en juego. Sin perjuicio de los detalles de cada norma a que luego se aludirá, el armazón que la construcción puesta en juego presenta responde al siguiente patrón:

*Supuesto base.* - Una empresa que suspende los contratos de trabajo o reduce la jornada (al amparo del art. 47 ET o de un procedimiento concursal) y posteriormente extingue contratos por tales causas.

*Beneficio en cuestión* .- Los trabajadores afectados tienen derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo.

*Extensión* .- La reposición alcanza al mismo número de días que hubieran percibido el desempleo (total o parcial) en virtud de aquellas suspensiones o reducciones con un límite máximo de días.

*Ámbito temporal* .- se exige que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre una fecha inicial y otra final, pero también que la extinción contractual esté comprendida en ese periodo.

*Términos de la reposición.* - La reposición se aplica al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo. La base de cotización y la cuantía a percibir, durante el periodo de la reposición, serán las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de la reposición.

*Gestión* .- El derecho a la reposición se reconoce de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo. Cuando esté agotado el derecho se deberá solicitar la reposición, siendo de aplicación el régimen común sobre dinámica de las prestaciones.

### **2. Evolución normativa.**

La sentencia recurrida argumenta que estamos ante un sistema de reposición "extraordinario y puramente coyuntural [...] muy restrictivo y limitado". Ese dato aconsejaría, por sí solo, recordar brevemente la génesis de los preceptos aplicables y su evolución. Adicionalmente, en varios casos emparentados con el presente hemos puesto de relieve la necesidad de precisar el bloque normativo aplicado; en tal sentido puede verse las SSTs 16 diciembre 2015 (rec. 439/2015), 3 marzo 2016 (rec. 127/2015), 13/2017 de 10 enero ( rec. 254/2017 ), 38/2017 de 19 enero ( rec. 595/2016), 198/2017 de 8 marzo ( rec. 3340/2015), 465/2017 de 31 mayo ( rec. 4250/2015) y 571/2017 de 29 junio ( rec. 89/2016).

A) Siguiendo la estela del Real Decreto-Ley 2/2009, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, contemplaba una posible reposición de hasta 120 días de prestación por

desempleo siempre que las resoluciones que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, ambos inclusive, y el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2012 (art. 3º).

B) La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, amplía a 180 días la prestación que puede reponerse. Precisa que las resoluciones autorizando las suspensiones deben haberse dictado entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive; el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción debe haberse producido entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 (art. 9º).

C) El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, reitera el derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo con un límite máximo de 180 días, siempre que las suspensiones se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive, y que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013 (art. 16).

D) El artículo 16 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral mantiene en sus propios términos lo establecido en el RDL 3/2012.

E) El Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas rubrica su artículo 3º como "Ampliación del plazo para la reposición del derecho a la prestación por desempleo". En él se da nueva redacción al artículo 16.1 de la Ley 3/2012, permitiendo la reposición de las prestaciones por desempleo con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive. b) Que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014. Interesa también destacar que la norma se publica en el BOE de 26 de enero de 2013 y que, conforme a su Disposición Adicional Sexta, entró en vigor el día siguiente, *"si bien lo previsto en el artículo 3 producirá efectos desde el 1 de enero de 2013"*.

### **3. Determinación de la norma aplicable al caso.**

Recordemos que la discusión acerca de la eventual reposición de las prestaciones por desempleo surge en el ámbito de un procedimiento de solicitud de prestaciones de tal índole. Como hemos expuesto en diversas ocasiones al hilo de supuestos entroncados con estas normas sobre reposición del desempleo, la regla general ("tempus regit actum") es que las normas aplicables son las vigentes en el momento en que surge la situación legal de desempleo.

Con arreglo al artículo 208.1.1.d) LGSS , según la redacción vigente el 26 de octubre de 2011 (fecha del despido), acceden a la situación legal de desempleo (SLD) los trabajadores cuando se extinga su relación laboral "por despido basado en causas objetivas". En ese momento ya está en vigor la Ley 35/2010, a cuyas exigencias debe estarse. En la sentencia referencial se aplica el Real Decreto-Ley 2/2009, que posee una redacción diversa pero en materias que no inciden sobre la cuestión ahora debatida.

### **TERCERO.- Resolución del recurso.**

#### **1. Correspondencia entre fecha y causa de las suspensiones y de la extinción.**

A) Las normas examinadas (de 2009, 2010, 2012 y 2013) han establecido unos márgenes diacrónicos para el desarrollo de las suspensiones y la ulterior terminación de la relación laboral. Sin duda, con ello se ha querido afrontar el tema de las crisis arrastradas por una misma empresa, que primero pone en marcha medidas novatorias y finalmente desemboca en extinciones contractuales. En la lógica de la norma anida la idea de que si en el pasado remoto hubo suspensiones y mucho más tarde hay una extinción ya serán diversas las causas, por lo que

no tiene sentido que entre en juego el mecanismo de la reposición. La Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2009 y de la Ley 27/2009 explican el alcance de esta medida, dirigida a "mejorar la protección social de los trabajadores":

*Consiste en reponer la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a los que se les haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada por un expediente de regulación de empleo y, **posteriormente**, se les extinga o suspenda el contrato **por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**. Se trata, con ello, de favorecer también el mantenimiento de los contratos de trabajo a través de expedientes de regulación temporales, evitando con ello la destrucción de puestos de trabajo.*

El adverbio temporal que se ha remarcado quiere dar la idea de relativa proximidad temporal, a fin de que no quiebre toda conexión entre las causas que llevaron a optar por las medidas temporales (en nuestro caso, ERTES suspensivos) y las que abocan en las extinciones contractuales (en nuestro caso, despido objetivo).

Asimismo el texto resaltado que alude a las causas de la novación contractual, tal y como viene redactada la norma es común a la suspensión y a la terminación. El legislador quiere indicar que los motivos por los que se acude de modo sucesivo a esas instituciones han de ser coincidentes. No tiene sentido, en la lógica de la norma, que se reponga el desempleo percibido durante un ERTE por causa organizativa si luego media un despido disciplinario, la jubilación del empresario o una extinción causal, por ejemplificar con supuestos en que la relación laboral finaliza y surge una SLD.

B) La Ley 35/2010 deja incólume la construcción de 2009, pero amplía las posibilidades de aplicar la reposición de las prestaciones por desempleo, manifestando en su Exposición de Motivos lo siguiente:

*Se introduce la medida de reducción temporal de jornada dentro del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, se flexibiliza el tratamiento de esta figura tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social y **se amplían los incentivos para trabajadores** y empresarios vinculados a la utilización de esta medida y consistentes, respectivamente, en la reposición de las prestaciones de desempleo y en las bonificaciones de las cotizaciones empresariales.*

De este modo puede concluirse que sigue siendo necesaria la conexión cronológica y causal, queriendo actuar la Ley 35/2010 (aplicable al caso) como mejora de los parámetros que regulan la figura.

## **2. Consideraciones generales.**

A) Aunque estemos ante normas de coyuntura, como expone la sentencia recurrida, lo cierto es que su vigencia no puede considerarse efímera.

Aunque se trate de previsiones ubicadas fuera de la Ley General de Seguridad Social, es evidente que forman parte de la regulación sobre desempleo y que su interpretación ha de venir presidida por los principios aplicados respecto de ella, comenzando por el muy relevante de orden constitucional (art. 41 : el sistema de Seguridad Social debe proteger "especialmente" las situaciones de necesidad derivadas del desempleo).

No cabe duda de que, han de cumplirse estrictamente las exigencias legales para que la protección específica que estas normas ofrecen posea sentido. Por ello, hemos de hacer nuestras las consideraciones de la sentencia recurrida sobre el necesario cumplimiento de las exigencias legales de la reposición examinada. El ejercicio de la potestad jurisdiccional ( art. 117.1 CE) exige la aplicación de las normas de manera razonada (art. 3.1 CC), no mecanicista.

B) Conviene recordar que en el seno de un recurso de casación unificadora esta Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario ( SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93-; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06 -; y 23/12/08 -rcud 3199/07-). Este Tribunal «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas

de impugnación de la sentencia recurrida» ( SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-; 16/01/06 -rcud 670/05 -; y 07/07/06 -rcud 1077/05 -).

Pero cuando no coincidamos exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada». Así se dice, por ejemplo, en SSTS 14 julio 1992 (rec. 2273/1991 ), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013) o 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno).

Esta interpretación del papel que nos corresponde al resolver el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina. «Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación» ( STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

C) En consecuencia: debemos resolver la cuestión suscitada por el recurso. Pero ello no significa que debamos optar entre la idea de que si se reclama frente al despido ya no cabe a reposición de las prestaciones por desempleo y la de que en todo caso surgirá ese derecho si hay un despido objetivo.

### **3. Consideraciones específicas.**

A) Consideramos errónea la doctrina sentada por la sentencia recurrida conforme a la cual la existencia de una resolución judicial declarando la improcedencia del despido objetivo enerva la posibilidad de aplicar las reglas sobre reposición del desempleo.

El despido objetivo que la empresa comunica a su empleada no ve transformada su naturaleza como consecuencia de que sea llevado ante los tribunales y calificado. El artículo 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (aplicable al caso en función de lo previsto por la Disposición Transitoria Primera de la LRJS) dispone que "la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ", en concordancia con las previsiones de esta norma sustantiva.

Consideramos erróneo el planteamiento (implícito en la sentencia recurrida, explícito en la impugnación al recurso) que aborda el tema de la reposición de prestaciones por desempleo a partir de la idea de que una causa extintiva del contrato de trabajo es el despido objetivo y otra el despido objetivo improcedente.

B) Ciertamente, el contrato de trabajo se extingue "por causas objetivas legalmente procedentes", conforme a la dicción del artículo 49.1.I).

De este modo, si no procede legalmente la terminación del contrato por la causa que invoca el empresario, estaremos ante un supuesto distinto si es que la relación laboral termina.

En este sentido, el artículo 123.2 LPL prescribe que "Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso".

C) Lo que sucede es que debemos cohonestar la dogmática sobre contrato de trabajo con el bloque sobre protección frente al desempleo. Por las razones expuestas más arriba, el legislador ha querido favorecer los ERTes e intentar evitar los despidos (objetivos o colectivos).

Así como a la empresa se le incentiva minorando la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante la suspensión del contrato de trabajo, a los trabajadores se les protege a través de la técnica repositoria (dentro de los límites examinados) del desempleo.

No atisbamos razones para interpretar de manera restrictiva la regulación sobre desempleo que debemos aplicar; sí, desde luego, para supeditar su aplicación a los supuestos en que concurren los requisitos exigidos: proximidad cronológica de las suspensiones y la extinción contractual, terminación del contrato por las mismas causas que el ERTE, y cumplimiento de los requisitos generales para acceso al desempleo.

D) Si la empresa implementa un despido objetivo y judicialmente se concluye que los motivos invocados son inexistentes quiebra la identidad que la Ley 35/2010 exige. En tal sentido, el razonamiento de base que hay en la sentencia recurrida es acertado.

No puede bastar que el empresario ponga en marcha, desde el punto de vista formal, un despido objetivo (o colectivo) para que la reposición de prestaciones pueda aplicarse. Es necesario que concurren las causas económicas, técnicas organizativas o de producción.

Ahora bien, la improcedencia del despido objetivo no significa necesariamente que las causas invocadas sean inexistentes. Recordemos que "la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores " ( art. 122.3 ET ). De este modo, no poner a disposición del trabajador el importe indemnizatorio adecuadamente calculado, confeccionar una carta de despido insuficiente o dejar de entregar copia de la misma a los representantes legales son casos ( art. 53.1 ET , en concordancia con art. 53.4 ET ).

E) Sucede que en el caso examinado no consta en modo alguno la causa por la que se ha considerado improcedente el despido. Seguramente ello es así porque no se confiere relevancia alguna al motivo, pero el resultado es que se construye una especie de presunción de extinción atípica (reconducida al disciplinario improcedente) que no cabe admitir desde la perspectiva de la protección por desempleo.

Del mismo modo que no puede presumirse el fraude, tampoco puede pensarse que la calificación como improcedente del despido objetivo implica que no concurre la causa que la Ley 35/2010 demanda para que proceda la reposición de las prestaciones por desempleo.

F) Si la sentencia recurrida hubiera examinado las razones de la improcedencia del despido objetivo tampoco variaría la suerte del recurso. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Pontevedra con fecha 24 de febrero de 2012 aparece incorporada a los autos, como parte de la prueba aportada por la demandante.

En ella se califica como improcedente el despido por causas objetivas en cuestión. Explica que la empresa, en situación concursal y no comparecida al acto del juicio, ha descuidado los aspectos formales de la carta de despido ("no es del todo precisa"), así como la puesta a disposición de la correspondiente indemnización.

Se trata, por tanto, de motivos atinentes a aspectos relevantes para la calificación del despido, pero formales y ajenos a su causalidad. Ni se niega la concurrencia de la causa ni, mucho menos, se entiende que el despido objetivo esté enmascarando un fraude o escondiendo un motivo de extinción del contrato diverso.

#### **4. Estimación del recurso.**

A) En apartados anteriores hemos ido explicando que 1) Al caso le es aplicable la regulación derivada de la Ley 35/2010, aplicable a la vista de la finalidad perseguida por la protección del desempleo. 2) La reposición de las prestaciones por desempleo consumidas en un ERTE presupone que la suspensión contractual y la extinción obedezcan al mismo tipo de causa (económica, técnica, organizativa o productiva). 3) No procede reponer el desempleo consumido si el contrato acaba extinguiéndose por causa diversa a la de la previa suspensión. 4) Exigencias interpretativas constitucionales y genéricas obligan a no presumir que la causa extintiva es diversa de la suspensiva si lo único que consta es el carácter improcedente de un despido por causas objetivas formalizado como tal. 5) En el caso, la improcedencia del despido objetivo deriva



del incumplimiento de requisitos formales y no a la ausencia de causas relacionadas con la crisis de la empresa.

B) Conforme al artículo 228.2 LRJS" *Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe "*.

C) La resolución del debate de suplicación, idéntico al que se ha desarrollado en este tercer grado, debe conducir a la estimación del recurso de tal índole formalizado por la trabajadora contra la sentencia 394/2014 del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra .

En consecuencia, ha de quedar sin efecto la Resolución del SPEE de 25 de marzo de 2014 que había procedido a rectificar la originaria de 19 de marzo de 2014, reconociéndole una prestación por desempleo de 720 días y una base reguladora de 56.48 euros.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D<sup>a</sup> Adelina , representada y defendida por el Letrado Sr. Peche Villaverde. 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de octubre de 2015, en el recurso de suplicación nº 4962/2014. 3) Estimar el recurso de suplicación interpuesto por la Sra. Adelina . 4) Revocar la sentencia 394/2014 dictada el 21 de octubre de 2014 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra , en los autos nº 199/2014, seguidos a instancia de dicha recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre desempleo. 5) Estimar la demanda de la Sra. Adelina , reconociendo su derecho a que su prestación por desempleo se mantenga en los términos que inicialmente le fue reconocida por el SPEE, incluyendo la reposición de los 180 días consumidos durante las suspensiones contractuales a que se vio sometida en 2010 y 2011. 6) No realizar imposición de costas respecto de ninguno de los recursos resueltos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.