

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 752/2018 de 12  
Jul. 2018, Rec. 1628/2017**

**Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1628/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia núm. 752/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 12 de julio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Simón , representado y defendido por el Letrado Sr. Gimeno García-Consuegra, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 17 de enero de 2017, en el recurso de suplicación nº 553/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón de la Plana , en los autos nº 410/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre desempleo.

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

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de la Plana, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que con desestimación de la demanda interpuesta por D. Simón contra el Servicio Público de Empleo Estatal debo absolver al organismo demandado de las pretensiones deducidas 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.- El demandante Simón prestó servicios para la empresa Milmueble SA. La empresa Milmueble SA hizo uso de la autorización obtenida en Expediente de Regulación de Empleo de carácter suspensivo, respecto del actor, en fecha 19 de enero de 2009. El actor en fecha 23 de enero de 2009 solicitó la prestación por desempleo, que le fue reconocida por el SPEE mediante resolución de 6 de febrero de 2009 con los siguientes elementos:

-base reguladora diaria: 51,37 euros.

- periodo de ocupación cotizada: 2192 días.

-días de derecho: 720 días.

-Efectos: 19 de enero de 2009.

2º.- El actor percibió 197 días de prestación por desempleo en el periodo de referencia de 19 de enero de 2009 a 4 de abril de 2012, por sucesivas suspensiones del contrato de trabajo.

3º.- La empresa Milmueble SA el 11 de abril de 2.012 comunicó a la representación de los trabajadores la decisión sobre el despido colectivo que tendría lugar el día 6 de mayo de 2012, y que afectó al actor, entre otros trabajadores. El SPEE dictó resolución el 30 de mayo de 2012 en que se reconocía al actor el derecho a la reposición de 180 días con efectos de 7 de mayo de 2012 al amparo del art. 9 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre . El actor percibió los 180 días de reposición.

4º.- Por el demandante se presentó demanda contra el despido que recayó en el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón dando lugar al procedimiento nº 628/12, en el que recayó sentencia el 2 de noviembre de 2012 por la que se declaraba la nulidad del despido, al tiempo que se extinguían las relaciones ante la imposibilidad de procederse a la readmisión.

5º.- El SPEE dictó resolución el 15 de noviembre de 2012 por la que se reaperturaba la prestación inicial con efectos de 7 de noviembre de 2012, duración de 720 días y 197 días consumidos. El actor percibió la prestación desde el 7 de noviembre de 2012 al 30 de octubre de 2013.

6º.- El FOGASA comunicó al SPEE que el demandante había percibido en concepto de salarios de trámite derivados de la sentencia de 2 de noviembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón en el procedimiento 628/12, equivalentes a 30 días de salarios.

7º.- El 14 de noviembre de 2013 el SPEE dicta comunicación de regularización de derechos por salarios de trámite percibidos, al tiempo que requería al actor para que presentara nueva solicitud de prestación por desempleo que realizó el 27 de noviembre de 2013.

8º.- El SPEE el 27 de febrero de 2014 dicta resolución por la que regulariza la prestación del demandante, de tal manera que reabre la prestación reconocida en 2009 con un total de 197 días consumidos, y con efectos del 7 de junio de 2012; deja sin efecto el derecho de reposición de 180 días bajo el argumento de que la extinción de la relación laboral se produce por sentencia que declara la nulidad del despido colectivo tramitada; y declara el cobro indebido en la cuantía de 7228,24 euros.

9º.- El demandante presentó reclamación previa el 23 de diciembre de 2013 oponiéndose a la regularización de derechos, y subsidiariamente señala que el cobro indebido asciende a 1469,80 euros. El 16 de enero de 2014 presentó nuevo escrito de reclamación previa. Por el SPEE se dictó resolución el 12 de marzo de 2014 por la que se estimaba parcialmente la reclamación previa, y se indicaba que el importe de los cobros indebidos ascendía a 1232,43 euros. Tal cantidad fue compensada con el subsidio por desempleo posterior.

10º.- El 22 de abril de 2014 se presentó demanda en el Decanato de los Juzgados de Castellón que fue repartida a este Juzgado de lo Social».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, dictó sentencia con fecha 17 de enero de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Simón , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Castellón, de fecha 15 de septiembre del 2015 ; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas».

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Gimeno García-Consuegra, en representación de D. Simón , mediante escrito de 15 de marzo de 2017, 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 Justicia de Valencia de 17 de enero de 2017 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 16 Ley 3/12 de 6 julio <Medidas Urgentes para el Mantenimiento y el Fomento del empleo y la Protección de las personas desesempleadas en relación con el art. 3.1 CC y art. 24 CE .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 9 de junio de 2017 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.-** No habiéndose personado en tiempo la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 12 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate.**

Se discute sobre la restitución de la prestación por desempleo percibida como consecuencia de una suspensión contractual cuando posteriormente se lleva a cabo un despido colectivo, el beneficiario acciona y obtiene una sentencia declarando la nulidad de su despido, aunque la readmisión aparece como imposible, lo que aboca a que mediante Auto judicial se extinga el contrato.

#### **1. Problema suscitado.**

Más arriba queda reproducido el relato de lo acaecido que el Juzgado de lo Social lleva a cabo y que la Sala de suplicación no altera. De su conjunto podemos extraer los siguientes y relevantes hitos:

- A) En enero de 2009 la empresa Milmueble S.A. obtiene autorización para suspender los contratos de trabajo.
- B) Desde 19 de enero de 2009 hasta 4 de abril de 2012 el trabajador percibe 197 días de prestación por desempleo, por sucesivas suspensiones contractuales.
- C) El 6 de mayo de 2012 el trabajador ve extinguido su contrato, en el marco de un despido colectivo.
- D) El trabajador acciona frente a su despido el Juzgado de lo Social Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón declara la nulidad, al tiempo que extingue la relación laboral ante la imposibilidad de procederse a la readmisión.

En ese escenario se discute si cabe la reposición de las prestaciones por desempleo inicialmente percibidas. Inicialmente el SPEE declara el cobro indebido en la cuantía de 7228,24 euros, mientras que posteriores resoluciones señala que el cobro indebido asciende a 1469,80 euros, primero, y a 1232,43 euros finalmente.

#### **2. Sentencias recaídas en el procedimiento.**

- A) Con fecha 15 de diciembre de 2015 el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón dicta sentencia resolviendo los autos 410/2014.

La resolución de instancia desestima la demanda. Considera que no existe el derecho a la reposición de los 180 días de desempleo consumidos anteriormente en expedientes de suspensión por una clara razón legal: la extinción del contrato no se produce por ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 9 de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre .

- B) Disconforme con la expuesta decisión, el trabajador presenta recurso de suplicación interesando una revisión de hechos (sobre la fecha en que el SPEE revoca la prestación por desempleo), que no prospera.

También denuncia la infracción de varios preceptos: arts. 89.2 y 113.3 de la Ley 30/1992 ; art. 209.5.c) LGSS ; art. 16 de la Ley 3/2012 , además de diversas sentencias del Tribunal Supremo.

C) La STSJ Comunidad Valenciana 89/2017 de 17 enero (rec. 553/2016 ) desestima el recurso de suplicación interpuesto.

### **3.Recurso de casación.**

El 20 de marzo de 2017 accede al Registro del TSJ de la Comunidad Valenciana el recurso de casación para la unificación de doctrina que presenta el Abogado y representante del trabajador.

Aporta una sentencia contradictoria de la misma Sala de Valencia y examina los hechos, pretensiones y fundamentos de ambas, considerando que albergan doctrina contradictoria.

Considera que la sentencia recurrida infringe el artículo 16 de la Ley 3/2012 , en relación con los artículos 3.1del Código Civil (CC ) y 24 de la Constitución española (CE ). Invoca asimismo la doctrina sentada por la STS 13 mayo 2015 (rec. 2203/2014), además del criterio de otra sentencia de la Sala de Cataluña .

Acaba interesando que se reconozca el derecho del recurrente a la reposición en su prestación por desempleo de los 180 días consumidos durante el ERTE referenciado.

### **4.Informe del Ministerio Fiscal.**

Con fecha 13 de julio de 2017 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el art. 226.3 LRJS .

Considera concurrente la contradicción y acertada la doctrina de la sentencia de contraste, por lo que informa a favor de la procedencia del recurso.

### **SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.**

Por más que el SPEE recurrido no haya impugnado el recurso y el Ministerio Fiscal considere cumplida la exigencia del artículo 219.1 LRJS , la contradicción entre sentencias constituye un presupuesto procesal cuya concurrencia hemos de comprobar, incluso de oficio, puesto que afecta a la propia competencia funcional de esta Sala.

#### **1.Exigencia legal.**

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

#### **2.Sentencia recurrida.**

Como queda dicho, la sentencia recurrida ( STSJ de la Comunidad Valenciana 89/2017 de 17 enero ) desestima el recurso de suplicación presentado por el trabajador desempleado.

Considera que el trabajador no tiene derecho a la reposición de los 180 días de prestación por desempleo consumidos a resultas de las sucesivas suspensiones contractuales (dimanantes de un ERTE autorizado por el órgano administrativo competente).

Entiende que la causa concreta de la extinción del contrato de trabajo no es el despido colectivo sino la declaración judicial de nulidad y consiguiente extinción contractual ante la imposibilidad de la readmisión. Esta causa extintiva del contrato de trabajo no aparece prevista literalmente en la regulación del derecho a la reposición de hasta 180 días de prestación por desempleo derivado de un ERTE llevada a cabo por el artículo 9 de la Ley 35/2010 .

#### **3.Sentencia referencial.**

A efectos de contraste el recurso utiliza la STSJ de la Comunidad Valenciana 78/2017, de 17 enero (rec. 552/2016 ).

La sentencia estima el recurso de suplicación presentado por el trabajador desempleado, revoca la sentencia de instancia que le había denegado el derecho a la reposición de los 180 días de prestación por desempleo consumidos a resultas de un ERTE seguido posteriormente de un ERE por la misma causa económica.

Cita de otras sentencias de tribunales superiores de justicia inspiradas en la STS 13 mayo 2015 (rec. 2203/2014 ) y concluye que el derecho a la reposición de los 180 días de la prestación por desempleo consumidos a resultas de un ERTE no puede depender de la impugnación judicial o no del posterior despido del trabajador basado en la misma causa (económica en el asunto de autos) del ERTE.

#### **4.Consideraciones específicas.**

No cabe duda de que en este caso concurre la contradicción exigida por el artículo 219.1 LRJS .

Los hechos, salvadas las circunstancias personales, aparecen como iguales; no extraña que así sea puesto que estamos ante personas que han venido prestando servicios para la empresa Milmueble S.A., sufriendo las mismas vicisitudes suspensivas y extintivas en su actividad productiva.

Las pretensiones esgrimidas, primero ante el SPEE en vía administrativa y luego ante el Juzgado de lo Social, también guardan similitud evidente: interesan la reposición de los 180 días de la prestación por desempleo consumidos a resultas de un ERTE seguido posteriormente de un ERE por la misma causa económica.

La fundamentación de sus recursos de suplicación gira alrededor del artículo 9 de la Ley 35/2010 y preceptos concordantes de la LGSS.

Las sentencias dictadas por la Sala del TSJ de la Comunidad Valenciana (fechadas el mismo día, sin coincidencia alguna de quienes componen el órgano judicial) acogen doctrina discrepante y desembocan en fallos opuestos: contrario a la reposición de la prestación por desempleo el de la sentencia recurrida y favorable a la misma el de la sentencia de contraste.

#### **TERCERO.- Regulación aplicable.**

Existente la contradicción, la primera tarea que debemos afrontar es la de clarificar la regulación aplicable al caso. Recordemos que el ERTE es autorizado en enero de 2009; que el contrato atraviesa varias suspensiones entre esa fecha y abril de 2012; que el 6 de mayo de 2012 se extingue el contrato de trabajo. Recordemos al efecto lo expuesto en STS 16 diciembre 2015 (rec. 439/2015 ) y otras posteriores.

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

## **2. Evolución normativa.**

Como es de rigor, nuestra solución se articula a partir de la adecuada selección de la disposición aplicable *ratione temporis* (en función del tiempo en que se desarrollan los hechos enjuiciados). Por ello resulta imprescindible examinar los sucesivos cambios que ha ido experimentando la reposición de prestaciones.

A) 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.**

Es la Ley 35/2010 la que debe aplicarse al caso, separándonos así de las opciones interpretativas contrastadas.

El artículo 9º de la Ley 35/2010 , como queda expuesto, se aplica siempre Precisa que las resoluciones autorizando las suspensiones estén datadas entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive. En nuestro caso se cumple esa primera exigencia porque es enero de 2009 cuando se autoriza la suspensión de las relaciones laborales.

El precepto mencionado exige, por otra parte, que 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. Es en mayo de 2012 cuando surge el despido colectivo y se extingue el contrato del demandante. Por tanto, también se cumple este segundo requisito.

### **CUARTO.- Doctrina de la Sala.**

Los diversos escritos procesales surgidos al hilo del recurso que resolvemos, al igual que las sentencias opuestas, invocan doctrina de esta Sala Cuarta acerca de la reposición de prestaciones por desempleo.

Tanto por sentar las bases de nuestra solución, acorde a la propia doctrina por evidentes exigencias de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, cuanto por clarificar el alcance de nuestra jurisprudencia, interesa reiterar alguna de sus aportaciones.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en distintos supuestos referidos a la aplicación de la diferente normativa que ha regulado y regula la reposición de prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador que ha visto suspendido el contrato de trabajo por un expediente de regulación de empleo temporal, y que luego ve extinguida su relación de trabajo por causas encuadrables en el art. 51 o 52 c) ET o como consecuencia de la extinción producida en el ámbito de aplicación de la Ley Concursal. Nos referimos a las SSTs 13 mayo 2015 (rec. 2203/2014 ); 16 diciembre 2015 (rec. 439/2015 ); 356/2016 de 28 abril ( rcud. 552/2015 ); 610/2016 de 5 de julio ( rcud. 1851/2015 ); 1 febrero 2017 (rec. 517/2016 ); 776/2017 de 10 octubre ( rcud. 4133/2015 ); 788/2017 de 11 octubre ( rec. 664/2016 ); 1009/2017 de 14 diciembre ( rec. 1560/2016 ); 1068/2017 de 28 diciembre ( rcud 1573/2016 ); 335/2018 de 22 marzo ( rec. 3/2016 ).

#### **1.STS 13 mayo 2015 (rec. 2203/2014).**

Un asunto emparentado con el presente aparece resuelto por la STS de 13 mayo 2015 (rec. 2203/2014 ), que aparece mencionada tanto en la resolución de contraste cuanto en el recurso. Aquí el debate se centra en resolver si procede descontar de la prestación por desempleo los días consumidos durante una suspensión autorizada del contrato de trabajo en una situación como la del demandante, dándose la peculiaridad de que la declaración de despido improcedente ha venido fundada en la defectuosa redacción de la carta de despido. Recordemos lo esencial de su doctrina:

La cuestión se suscita al desestimar la sentencia recurrida la pretensión sobre desempleo con base en que la sentencia recaída acerca de la demanda por despido declaró el mismo improcedente debido a la defectuosa redacción de la carta, pero existe en el razonamiento de la sentencia recurrida un elemento revelador y es aquel en que se afirma *"para que actúe la reposición de la prestación es necesario que la extinción de los contratos tenga la misma causa que generó la suspensión de los contratos que dio lugar al lucro de la prestación de desempleo."* . De este modo, al otorgar valor decisivo a la razón de improcedencia prescinde de la causa, obrante en la declaración de hechos probados por la que se produjo en primer lugar la suspensión y posteriormente el cese. Tales datos son los que aportan la base para la aplicación del razonamiento que la propia sentencia asume y que debió orientar en exclusiva su decisión,

prescindiendo el elemento que fue sin embargo razón decisiva, el de la declaración de improcedencia basada en efectos de forma.

## **2.STS 776/2017 de 10 octubre (rec. 4133/2015).**

Una interpretación literal de la previsión normativa (como sostiene la sentencia recurrida) conduce a descartar la reposición del desempleo consumido, toda vez que el ERTE obedece a causas económicas y la extinción del contrato deriva de un auto judicial constatando la imposibilidad de readmitir al trabajador despedido. La STS 776/2017 de 10 octubre (rec. 4133/2015 ) aborda un supuesto que guarda semejanza con el presente y se ocupa de cómo interpretar la identidad de la causa invocada para suspender y extinguir el contrato:

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 repositiva (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 variarían 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.

## **QUINTO.- Resolución.**

### **1. Aplicación de la doctrina previa.**

A) En apartados anteriores hemos explicado que: 1) Al caso le es aplicable la regulación derivada de la Ley 35/2010. 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.

Similares reflexiones debemos trasladar al caso en que la impugnación individual del despido individual, enmarcado en el proceso de despido colectivo, acaba con su calificación de nulidad (pero sin que se niegue la concurrencia de la causa) y, ante la imposibilidad de readmisión, la ulterior extinción del contrato mediante auto judicial.

B) Por ello, consideramos errónea la doctrina sentada por la sentencia recurrida conforme a la cual la calificación judicial del despido individual (dimanado del colectivo) y ulterior resolución acordando la terminación del contrato, ante la imposibilidad de la readmisión, enerva la posibilidad de aplicar las reglas sobre reposición del desempleo.

El despido que la empresa comunica a su empleado, como consecuencia del proceso de extinción colectiva tramitado, no ve transformada su naturaleza como consecuencia de que sea llevado ante los tribunales y calificado. El artículo 124.3 de la LRJS lista los supuestos en que el despido del trabajador que reclama individualmente debe considerarse como nulo.

Consideramos erróneo el planteamiento que aborda el tema de la reposición de prestaciones por desempleo a partir de la idea de que la causa extintiva invocada en el proceso de despido colectivo desaparece como consecuencia de que respecto de un concreto trabajador se califique como nulo y no quepa la readmisión, sino que el contrato acabe extinguiéndose al ser imposible la misma.

C) Recalquemos que la eventual existencia de fraude (en el sentido de activar un despido colectivo carente de causa o con cause por completo ajena a la del previo ERTE) no aparece siquiera mencionada en la sentencia recurrida. Y es que el SPEE no ha realizado intento alguno de acreditar que se hubiera producido realmente lo que sí obstaculizaría la reposición: una extinción contractual por causa ajena a la de la previa suspensión, entendido ello en sentido material y no con la interpretación formal preconizada por la doctrina que estamos considerando errónea.

La nulidad del despido colectivo no la basa el Juzgado de lo Social de Castellón en la ausencia de causa, sino en defectos formales (duración excesiva del periodo de consultas y falta de comunicación a la Autoridad Laboral), en clara similitud con lo acaecido en las SSTS cuya doctrina estamos aplicando. Acertadamente, este extremo aparece subrayado en la sentencia de contraste (Fundamento Sexto), mientras que la recurrida lo silencia.

En suma: la Resolución del SPEE de 27 de febrero de 2014 entiende (HP Octavo) que la reposición de los 180 días, inicialmente reconocidos, queda sin efecto porque la extinción de la relación laboral se ha producido mediante resolución judicial, y no mediante despido basado en las mismas causas que el ERTE reseñado; lo mismo hace la sentencia recurrida. Ambas asumen una interpretación formalista de las previsiones legales, en línea contraria a nuestra doctrina, que consideramos errónea.

## **2. Estimación del recurso.**

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".

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 el contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón. Puesto que el demandante ha percibido un total de 197 días de prestación por desempleo como consecuencia del ERTE de 2009 y la Ley solo permite la reposición de 180 días, tal es el alcance de la reposición de prestaciones que debe aplicarse. Así lo reconoció la inicial Resolución del SPEE de 30 de mayo de 2012.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y 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. Simón , representado y defendido por el Letrado Sr. Gimeno García-Consuegra.
- 2) Casar y anular la sentencia 89/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, fechada el 17 de enero de 2017, resolviendo el recurso de suplicación nº 553/2016 .
- 3) Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Sr. Simón .

4) Revocar la sentencia la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón de la Plana , en los autos nº 410/2014, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, sobre desempleo.

5) Estimar la demanda del Sr. Simón , reconociendo su derecho a que su prestación por desempleo se calcule incluyendo la reposición de 180 días por referencia a los consumidos durante las suspensiones contractuales que le afectaron entre 2009 y 2012.

6) No realizar imposición de costas respecto de los recursos ahora resueltos.

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

Así se acuerda y firma.