

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)  
TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 16 de diciembre de 2015  
Sala de lo Social  
Rec. n.º 439/2015

**SUMARIO:**

**Reposición de prestaciones por desempleo en crisis arrastradas.** *Determinación de si cabe la reposición de las prestaciones por desempleo percibidas en el año 2010 (al amparo de un ERE de suspensión) cuando posteriormente (el 2 de enero de 2013) se extingue la relación laboral por auto del Juzgado de lo Mercantil.* La Ley 35/2010 (aplicable al caso) establecía unos márgenes diacrónicos (como las posteriores que la sustituyeron) para el desarrollo de las suspensiones y la ulterior terminación de la relación laboral, por ello exigía, para la reposición, que el contrato finalizase en fecha tope (el 31 de diciembre de 2012), estando en la lógica de la norma la idea de que si en el pasado remoto hubo suspensiones y mucho más tarde una extinción, ya serían diversas las causas, por lo que no tendría sentido que entrara en juego el mecanismo de la reposición. Sin embargo, aunque han de cumplirse estrictamente las exigencias legales para que la protección específica que esta norma ofrece posea sentido, debe hacerse una interpretación finalista y constitucional de la misma, ya que si el Auto del Juzgado de lo Mercantil se hubiera producido el día 31 de diciembre de 2012, no cabe duda de que habría operado la reposición de las prestaciones. En consecuencia, en casos-límite como el ahora resuelto debe entenderse que la extinción contractual acordada por el Juzgado de lo Mercantil el primer día hábil inmediatamente posterior (2 enero) al festivo temporáneo (31 diciembre) ha de tener los mismos efectos que si se hubiera dictado el día 31 de diciembre. No se tratar de alterar la Ley, forzar la literalidad de la norma o ignorar los mandatos del legislador, sino de concordar diversas prescripciones de nuestro ordenamiento. Se trata de reparar en la causa de la terminación del contrato de trabajo (mediante Auto judicial), en la naturaleza de los plazos que gobiernan la actuación de quien lo extingue (procesal, no civil), en las consecuencias de que se mantuviera la fecha formal de terminación contractual a todos los efectos (desmesuradas, al no existir fórmulas parciales de reposición de las prestaciones), en la seriedad de los procedimientos (ausente cualquier indicio de fraude o maniobra dilatorias por parte de empleador y trabajadores) y en la tendencia de las sucesivas normas que han venido regulando el caso (ampliando alcance de la reposición y plazos temporales).

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 47.  
Ley 35/2010 (Reforma del mercado de trabajo), art. 9.

**PONENTE:**

*Don Antonio Vicente Sempere Navarro.*

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO  
Don JESUS GULLON RODRIGUEZ  
Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ  
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA  
Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

Esta Sala ha examinado los presentes autos, correspondientes al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE), representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia n.º 7291/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de noviembre de 2014, en el recurso de suplicación n.º 4222/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Social n.º 29 de Barcelona, en los autos n.º 470/2013, seguidos a instancia de D. Leopoldo contra dicho recurrente, sobre prestación por desempleo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.**

Con fecha 9 de diciembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 29 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debo desestimar la demanda interpuesta por Leopoldo contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre prestación por desempleo, confirmando la resolución recurrida".

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:

"1.º- La parte actora solicitó las prestaciones por desempleo como consecuencia del ERE NUM000 instado por su empresa, TREBALLS GRÁFICS. Percibió 70 días de prestación en los años 2010 (7 días entre 7.9.2010 a 23.12.2010) y 2011 (56 días entre 18.1.2011 y 21.7.2011). Se había dictado resolución de 25.10.2010 que reconoció las prestaciones, con base reguladora diaria de 87,56 euros.

2.º- Por auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de esta ciudad, dictado en procedimiento incidental en el concurso voluntario 89/2011 se extinguió su contrato el 2.1.2013.

3.º- La gestora le ha reconocido el 18.1.2013 la reanudación de las prestaciones por desempleo por 720 días, descontando 70 consumidos por la afectación del expediente de suspensión del contrato, y se le ha reconocido el periodo 4.1.2013 a 23.10.2014, con base reguladora diaria de 87,56 euros.

4.º- Interpuso reclamación previa, que fue desestimada".

### **Segundo.**

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación formulado por D. Leopoldo y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 29 de los de Barcelona, de 9 de diciembre de 2013, en el procedimiento n.º 470/2013, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el de estimación de la demanda formulada por D. Leopoldo, reconociendo el derecho del mismo al percibo de la prestación por desempleo por un periodo de 720 días, de 4 de enero de 2013 a 3 de enero de 2015, sin descontar como consumidos los 70 días del expediente de suspensión de contrato, y con una base reguladora diaria de 87,56 euros, condenando al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, a estar y pasar por tal declaración y al abono de la citada prestación. Sin costas".

### **Tercero.**

Contra la sentencia dictada en suplicación, el Abogado del Estado en representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE), mediante escrito de 15 de diciembre de 2014, 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 Cataluña de 11 de julio de 2014 . SEGUNDO- Se alega la infracción del art. 16.1.a) de la Ley 3/2012, en relación con el art. 3.1 del Código Civil .

### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de 18 de junio de 2015 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 procedente el recurso.

### **Sexto.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 15 de diciembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero.** *Términos del debate casacional.*

La cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora versa sobre el alcance del derecho a prestaciones por desempleo del demandante. Se discute si debe descontarse de la prestación contributiva lo ya percibido anteriormente como consecuencia de un ERTE (expediente de regulación temporal de empleo). La verdadera discusión (la materia inmediata) viene constituida por el derecho a obtener la reposición de la prestación por desempleo; no se trata de reclamar unos días más o menos de prestación periódica, sino que está en juego el propio y referido derecho.

#### 1.Hechos litigiosos.

La discusión que accede a este tercer grado jurisdiccional versa sobre la interpretación o alcance que deba darse a determinadas prescripciones normativas y a su evolución a lo largo del tiempo. Eso explica que los hechos sobre los que se proyecta no fueran recurridos en suplicación y que coincidan con los que el Juzgado declaró como probados. Puesto que el vector temporal resulta decisivo para la sentencia recurrida, interesa ordenar los hitos relevantes con arreglo al mismo:

25 octubre 2010: la correspondiente Resolución administrativa aprueba un ERTE para la empresa Treballs Gràfics S.A.

2010/2011: como consecuencia del ERTE, el trabajador ve suspendido su contrato durante 70 días, percibiendo durante ellos la prestación por desempleo.

2 enero 2013: el Juzgado de lo Mercantil dicta Auto, en el seno del concurso voluntario en que se halla inmersa la empresa, extinguiendo el contrato del demandante.

18 enero 2013: el SEPE reconoce al trabajador despedido la reanudación de las prestaciones por desempleo (con efecto 1 de enero) y por 720 días, pero descontando 70 consumidos por la afectación del expediente de suspensión del contrato.

Se debate si las prestaciones por desempleo percibidas en 2010 y 2011 deben descontarse o pueden reponerse nuevamente en el año 2013, una vez extinguida la relación laboral mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil.

#### 2.Sentencia recurrida.

Frente a la sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social recurrió el trabajador, denunciando la infracción por la sentencia de instancia del artículo 3.1 del CC y artículo 3 del Real Decreto-Ley 1/2013, de 25 de enero. El SEPE no impugnó el recurso.

La STSJ 7291/2014, de 4 noviembre, ahora recurrida considera que la clave del asunto radica en precisar cuándo surge la situación legal de desempleo (SLD) pues de ello depende la aplicabilidad del RDL 3/2012, a los efectos del descuento litigioso.

La estimación del recurso se basa en que las normas anteriores al RD-Ley 1/2013, demuestran la voluntad del legislador de favorecer la reposición de las prestaciones por desempleo cuando se produce un ERE extintivo precedido de un ERTE.

#### 3.Recurso de casación unificadora.

Contra dicha sentencia recurre en casación para la unificación de doctrina el SEPE. El recurrente explica que ahora se trata de determinar si cabe la reposición de las prestaciones por desempleo percibidas en el año 2010 (al amparo de un ERE de suspensión) cuando posteriormente (en el año 2013) se extingue la relación laboral por auto del Juzgado de lo Mercantil. El problema es que la suspensión o reducción de jornada derivada de un ERTE se produce fuera de los plazos previstos en las normas legales reguladoras de dicho derecho de reposición.

No se trata de cuestionar la existencia de una SLD o la fecha de terminación del contrato de trabajo, sino el incumplimiento del plazo marcado en el artículo 16.1.a) de la Ley 3/2012. La sujeción al principio de legalidad y el carácter público de los recursos utilizados impiden adoptar criterios flexibilizadores.

#### 4.Informe del Ministerio Fiscal.

Con fecha 21 de julio de 2015, y cumpliendo con lo previsto en el art. 214.1 LRJS, el Ministerio Fiscal, emitió su Informe, favorable a la estimación del recurso. Entiende que la dicción de las normas aplicadas es lo

suficientemente clara como para impedir cualquier tipo de interpretación flexibilizadora, como la asumida por la sentencia recurrida.

### **Segundo. Análisis de la contradicción.**

#### **1. La sentencia recurrida.**

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4-11-2014 (R. 4222/2014 ), estima el recurso de suplicación formulado por el actor y, revocando la sentencia de instancia (que fue desestimatoria), estima su demanda formulada reconociendo su derecho al percibo de la prestación por desempleo por un período de 720 días, de 4-1-2013 a 3-1-2015, sin descontar como consumidos los 70 días del ERE suspensivo, y con una base reguladora diaria de 87,56 euros.

Señala el Tribunal Superior que la cuestión litigiosa se centra exclusivamente en determinar en qué momento debe entenderse producida la situación legal de desempleo respecto del trabajador recurrente, dependiendo de ello la aplicabilidad o no del RD- Ley 3/2012, a los efectos de la procedencia o no del descuento de los días de prestación derivados de un previo expediente de regulación de jornada. Al efecto transcribe lo resuelto en dos sentencias propias anteriores, considerando, en esencia, que la evolución normativa del derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo, introducido en su día por 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, pone de relieve que es voluntad del legislador no penalizar el consumo de la prestación contributiva de desempleo por los trabajadores que se hayan visto afectados por un ERE de suspensión y/o reducción de jornada con extinción posterior del contrato de trabajo, teniendo derecho a la reposición de los días consumidos hasta el límite de 180 días en la actualidad.

De manera que el hecho de que los períodos de suspensión del contrato de trabajo de la parte actora (años 2010/2011) no estén encuadrados en el período a que se contrae el art. 16.1.a) Ley 3/2012, de 6 de julio, que resulta de aplicación por cuanto la rescisión del contrato de trabajo se produjo en fecha 2-1-2013, por auto del Juzgado Mercantil, no resulta óbice para el reconocimiento del derecho a la reposición de los días consumidos en aquél período anterior, pues la no correspondencia de períodos consumidos y fecha de extinción de la relación laboral se debe a la fecha del mencionado auto, dos días después del límite temporal establecido en la Ley 27/2009, modificado por la Ley 35/2010 (y ello aun cuando la administración concursal en fecha 28-11-2012, ya había solicitado la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa con acuerdo alcanzado con ellos), por lo que de haberse dictado la mencionada resolución judicial antes del 31-12-2012, tanto la misma como los períodos de suspensión de contrato del actor se hallarían comprendidos entre los límites establecidos en dicha norma legal. En consecuencia la no correspondencia en dos días no puede constituirse en un obstáculo insalvable, máxime cuando el legislador, mediante las sucesivas reformas del derecho a la reposición de la prestación de desempleo, ha venido ampliando los límites temporales para permitir su aplicación.

#### **2.La sentencia referencial.**

Invoca el SEPE de contraste la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de julio de 2014 (Rec. 2900/2014 ). Aborda problema planteado por trabajador de la misma empresa, cuyo contrato se suspendió durante 74 días en diferentes periodos durante los años 2010 y 2011. Fue despedido mediante el mismo Auto del Juzgado de lo Mercantil y, solicitada prestación por desempleo, le fue reconocida por periodo de 720 días, con una base diaria de 84,81 euros, teniendo 74 días como consumidos.

La sentencia de contraste expone que el RD-Ley 1/2013, de 25 de enero, en su art. 3, establece claramente las condiciones para que se repongan las prestaciones por desempleo, sin que en el presente supuesto se cumplan. Los 74 días de prestación por desempleo cuya reposición se solicita, se consumieron en los años 2010 y 2011 y ello cae fuera de la norma. Lo que quiere el legislador es la reposición de la prestación por desempleo consumida como consecuencia de una suspensión cuando la extinción del contrato de trabajo se produce antes de que haya transcurrido un año, pero no en otros supuestos en que la suspensión se produjo en periodos más lejanos en el tiempo.

#### **3.Contradicción.**

Como expone el Ministerio Fiscal, es claro que las sentencias en comparación llegan a soluciones contrarias y que debemos tener por cumplidas las exigencias del artículo 219.1 LRJS . La sentencia recurrida reconoce el derecho a la reposición de prestaciones, aludiendo la Sala a que en el espíritu del legislador que se arrastra de norma en norma, desde la inicial Ley 27/2009, es que no se tengan por consumidas dichas prestaciones; la sentencia de contraste la Sala parte de su tenor literal, lo que conlleva un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión.

#### 4. Posibles soluciones al tema debatido.

La contradicción entre sentencias ha permitido que el recurso interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta haya superado el trámite de admisión y debamos dictar sentencia estableciendo la doctrina correcta. Sin embargo, ello no supone que hayamos de optar de manera necesaria entre una de las dos alternativas enfrentadas.

Es cierto que la 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).

#### **Tercero.** *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- 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.

El planteamiento de la sentencia recurrida se basa en la evolución de las sucesivas normas sobre derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo. Además, podemos anticipar que 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. 3.º).

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. 9.º).

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 3.º 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.

A) Una primera cuestión que debemos afrontar es la de determinar la norma aplicable. Mientras el recurso del SEPE y la sentencia recurrida propugnan que se trata de la Ley 3/2012, la sentencia referencial y el demandante apuntan hacia el Real Decreto-Ley 1/2013; el Ministerio Fiscal considera indiferente optar por otra disposición.

Por las razones que seguidamente expondremos, entendemos que es la Ley 35/2010 la que debe aplicarse al caso, separándonos así de las opciones interpretativas contrastadas.

B) 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. Por lo tanto, 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) LGSS, ello sucede cuando se extingue la relación laboral como consecuencia de "resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal".

El Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona procedió a extinguir, entre otros, el contrato de trabajo del accionante mediante auto de fecha 2 de enero de 2013. En ese momento la norma aplicable es la Ley 3/2012.

C) El artículo 16 de la Ley 3/2012, como se vio, permite la reposición de las prestaciones por desempleo consumidas siempre que las previas suspensiones contractuales 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).

En el caso sometido a examen el despido se produce en enero de 2013, pero el periodo de suspensión se desarrolla entre septiembre de 2010 y julio de 2011. Eso significa, de entrada, que no se cumple con uno de los dos requisitos cuya concordancia cronológica se exige. El despido está dentro de la etapa protegida, pero el ERTE queda más alejado de él que lo tolerado por la norma.

Por su lado, el RDL 1/2013 lo que hace es mantener la protección a los ERTES desarrollados durante 2012 y ampliarla a los de 2013, al tiempo que ampliar también la etapa durante la que el despido haya de haberse producido (llevándola hasta fines de 2013).

C) La Sala considera que no es posible aplicar las previsiones del Real Decreto-Ley 3/2012, de la Ley 3/2012 o del Real Decreto-Ley 1/2013 al presente caso, puesto que en él se trata de determinar si procede la recuperación de prestaciones por desempleo lucradas al amparo de ERTES desarrollados durante una etapa (2010 y 2011) anterior a la contemplada por tales normas (desde enero de 2012).

D) Las alteraciones contractuales habidas antes de enero de 2012 fueron disciplinadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Como ha quedado expuesto, en ella se exige que 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. El Auto del Juzgado de lo Mercantil que extingue los contratos está fechado el 2 de enero de 2013, primer día hábil tras la finalización del plazo en que debía haberse producido para que operase la reposición de prestaciones que ahora interesa.

E) Conclusión de todo ello es que cuando se extingue el contrato (2 enero 2013) y surge la situación legal de desempleo está vigente una norma (Ley 3/2012) que alberga unos parámetros incumplidos por el caso examinado. Poco después surge una segunda norma (Real Decreto-Ley 1/2013) que retrotrae sus efectos (1 enero 2013) pero sin que en ellos tengan acomodo tampoco los datos del caso.

La regulación precedente (Ley 27/2009, Ley 35/2010) sí contemplaba suspensiones contractuales durante la época en que se desarrollan las del caso, pero condicionaba la reposición a que el contrato finalizase en fecha tope (31 diciembre 2012) que acaba de pasar al ser despedido el trabajador (2 enero 2013).

#### **Cuarto. Resolución del recurso.**

##### **1.Consideraciones sobre la regulación aplicable.**

Lo expuesto en el Fundamento precedente permite entender que, en puridad, no estamos ante normas concurrentes sino ante regulaciones sucesivas, que no llegan a colisionar entre sí. Según los datos temporales del caso, la ley aplicable será una u otra. El problema es que en el caso aquí examinado no es subsumible en ninguna de ellas.

La Ley 35/2010 hubiera sido perfectamente aplicable (aunque ya estuviera vigente la Ley 3/2012, pues no fue derogada en este punto) atendiendo a la época en que se suspende el contrato. Es más, puesto que no se trata ahora de determinar la duración o cuantía de la prestación por desempleo (lo que siempre está condicionado a la fecha en que se produce la SLD) sino de establecer la posible reposición de las prestaciones previamente consumidas, el elemento fáctico fuerte a la hora de optar por uno u otro bloque normativo es el atinente a la fecha en que se desarrolla los ERTES. A las suspensiones contractuales habidas en 2010 y 2011 solo se ha referido la Ley 35/2010, por lo que entendemos que hay que estar a sus previsiones.

##### **2.La correspondencia entre fecha de las suspensiones y de la extinción.**

A) Las cinco 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 esta 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 de la Ley 27/2009 explicaba 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, ERTE suspensivo) y las que abocan en las extinciones contractuales (en nuestro caso, Auto del Juzgado de lo Mercantil).

B) Posteriormente, la Ley 35/2010 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 .

Esta tendencia ampliadora de los beneficios es la que ha animado a la sentencia recurrida a realizar una interpretación de las previsiones legales acorde con tal finalidad. En ese mismo sentido opera el Real Decreto-Ley

1/2013, que se dicta "con el fin de mantener y ampliar la protección por desempleo de los trabajadores afectados por suspensiones o reducciones de jornada, con extinción posterior del contrato de trabajo".

C) ¿En qué medida los términos de la correspondiente Ley (35/2010 o 3/2012) pueden entenderse de manera flexible, a la vista de la finalidad de las sucesivas reformas? ¿Puede rechazarse la reposición de las prestaciones por desempleo por el hecho de que el Auto extintivo del Juzgado de lo Mercantil se haya dictado dos días después de finalizar el plazo de proximidad temporal acotado a tal fin?

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 de contraste sobre el necesario respeto a lo prescrito por el legislador y al sentido inequívoco de sus palabras. 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 y, desde luego, de acuerdo con los valores exigidos por la propia Constitución. Y es la propia Ley Fundamental la que pide que respetemos escrupulosamente su tenor y el del resto del ordenamiento (artículo 9.1 ).

### 3.Excepcional flexibilización de las exigencias temporales de la reposición de prestaciones.

Si el Auto del Juzgado de lo Mercantil se hubiera producido el día 31 de diciembre de 2012 no cabe duda de que habría operado la reposición de las prestaciones, por encajar el supuesto en las previsiones de la Ley 35/2010. Son varias las razones que, de forma argumentada y excepcional, nos conducen a brindar aquí la misma solución que si así hubiera ocurrido.

A) En primer término, la proximidad temporal que el legislador busca entre causas de las suspensiones contractuales y de la extinción, aparece claramente garantizada pues unas horas apenas no pueden bastar para que se evanezca.

Es decir, el escaso margen temporal que hace quebrar la concurrencia del supuesto de hecho delineado por la norma debe tomarse como primero (no suficiente, desde luego) de los datos a tener en cuenta. Si la terminación del contrato se hubiera producido días después del 2 de enero ya no podría decirse lo mismo, pues (aunque fuera por poco) la lejanía temporal se alejaría de lo querido por la norma.

B) En segundo lugar, los mecanismos tendentes a terminar los contratos de trabajo son activados dentro de plazo.

La sentencia recurrida da cuenta de que dentro del año 2012 (28 de noviembre) la empresa solicitó la incoación de incidente para la extinción colectiva de los contratos de trabajo de parte de la plantilla; dentro del año 2012 se llega al acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores para la extinción de los contratos; dentro del año 2012 el Juzgado de lo Mercantil admite a trámite la solicitud y recaba informe de la Autoridad Laboral (4 diciembre).

Es el primer día hábil del año siguiente cuando el Juzgado de lo Mercantil dicta su Auto, una vez vencido el plazo que le Ley 35/2010 establece para que proceda la reposición.

C) La extinción del contrato se lleva a cabo mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil, el primer día hábil del año.

Tengamos en cuenta que nos encontramos ante una extinción contractual acordada en el seno de un procedimiento concursal y mediante Auto judicial. Que el artículo 182.1 LOPJ prescribe que son inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva comunidad autónoma o localidad. Que el 1 de enero de 2013 fue festivo oficial en todo el Estado (BOE 3 noviembre 2012).

Descartar que el 31 de diciembre pueda producirse una extinción contractual para los trabajadores de empresas afectadas por procedimientos concursales comporta hacerlos de peor condición que a los restantes, por lo que ese día debe ser trasladado al inmediatamente posterior en que quepa tal actuación: no otro que el 2 de enero siguiente.

D) La interpretación correctora realizada es la más acorde con el texto constitucional.

Recordemos que el artículo 41 CE pone especial énfasis en que la Seguridad Social dispense protección ante situaciones de desempleo y que las cinco normas que han regulado la reposición de las prestaciones por desempleo han querido circular por esa senda. En consecuencia, en casos-límite como el ahora resuelto debe entenderse que la extinción contractual acordada por el Juzgado de lo Mercantil el primer día hábil inmediatamente posterior (2 enero) al festivo temporáneo (31 diciembre) ha de tener los mismos efectos que si se hubiera dictado el día 31 de diciembre; por descontado, se trata de una ficción jurídica en orden a la determinación de si procede la reposición de las prestaciones por desempleo, sin virtualidad en otros terrenos.

No se tratar de alterar la Ley, sino de concordar diversas prescripciones de nuestro ordenamiento. Estamos lejos de querer forzar la literalidad de la norma o de ignorar los mandatos del legislador (a quien compete delimitar las situaciones de necesidad protegidas y el alcance de la protección). Se trata de reparar en la causa de la terminación del contrato de trabajo (mediante Auto judicial), en la naturaleza de los plazos que gobiernan la actuación de quien lo extingue (procesal, no civil), en las consecuencias de que se mantuviera la fecha formal de

terminación contractual a todos los efectos (desmesuradas, al no existir fórmulas parciales de reposición de las prestaciones), en la seriedad de los procedimientos (ausente cualquier indicio de fraude o maniobra dilatorias por parte de empleador y trabajadores) y en la tendencia de las sucesivas normas que han venido regulando el caso (ampliando alcance de la reposición y plazos temporales).

E) A la vista de cuanto, antecede, y por las razones expuestas, entendemos que debe confirmarse la solución abrazada por la sentencia recurrida.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso interpuesto por el Abogado del estado en nombre del SEPE y a la confirmación de la sentencia recurrida, por los argumentos más arriba desarrollados.

Sin que proceda la imposición de costas, de acuerdo con las previsiones del artículo 235.1 LRJS .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### **FALLAMOS**

**1)** Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE), representado y defendido por el Abogado del Estado, contra la sentencia n.º 7291/2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de noviembre de 2014, en el recurso de suplicación n.º 4222/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2013 por el Juzgado de lo Social n.º 29 de Barcelona, en los autos n.º 470/2013, seguidos a instancia de D. Leopoldo contra dicho recurrente, sobre prestación por desempleo.

**2)** Confirmamos la sentencia recurrida.

**3)** No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**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 Secretario de la misma, certifico.

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.