

La excepcional reposición del derecho al desempleo: un supuesto “al límite”  
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de diciembre de 2015, RJ 2015/6212

The exceptional unemployment right return: a course “in limit”.  
the supreme court sentence 16th december 2015

INMACULADA BALLESTER PASTOR

CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ

**Resumen**

El Tribunal Supremo reconoce la reposición del derecho al desempleo a trabajador tras un ERE extintivo una vez ha sido consumida parte de esta prestación previamente en anteriores suspensiones del contrato. Normas extraordinarias promulgadas en los años de crisis han contemplado el derecho a la reposición del derecho a la prestación por desempleo como un beneficio excepcional que se puede reconocer, si concurren todas las condiciones para ello, a aquellos trabajadores desempleados que han quedado afectados por suspensiones de empleo seguidas de una extinción de su contrato por causas económicas. Particularmente resulta predicable este derecho en los que aparezca una cierta conexión temporal entre el momento en que se produce la suspensión del contrato, y la posterior extinción contractual en la mercantil y cuando, además, ocurra que ambos acontecimientos se produzcan en unos plazos temporales determinados. En el supuesto que resuelve el Alto Tribunal, muy especial, el posible beneficiario se encuentra al “límite” de poder ser receptor de tal reposición, reúne todas y cada una de las condiciones, y sólo unas horas le separan del reconocimiento del derecho, y por esa razón el SEPE lo deniega. Y también por eso y solo por eso el Alto Tribunal crea una “ficción jurídica”, que sin más virtualidad, permite entender que el Auto acordado por el Juzgado de lo Mercantil el 2 de enero –fecha clave– debería entenderse trasladado al día 31 de diciembre. Así aparecen cumplidos todos los requisitos exigidos sin el peligro de “flexibilizar” las normas existentes.

**Palabras clave**

desempleo, reposición, plazos, extinción de contrato, suspensión del contrato, situación legal de desempleo

**Abstract**

The Supreme Court recognizes the reinstatement of the right to unemployment worker after an ERE extintivo once has been consumed part of this provision previously in the previous suspension of the contract. Extraordinary standards enacted in the years of crisis have referred to the right to the reinstatement of the right to unemployment as an exceptional benefit that you can recognize, if you meet all the conditions to do, those unemployed workers who have been affected by suspensions from employment followed by a termination of his contract by economic causes. This right is particularly predicable in cases where appears some temporary connection between the time in which happens the suspension of the contract, and the subsequent contractual extinction in the mercantile and when, in addition, that both events happens in some certain time periods. In the event that meets the High Court, very special, the possible beneficiary is the “bound” to be beneficiary of such replacement, meet each and every one of the conditions, and only hours separate him from the recognition of the right, and for that reason the SEPE denies it.

And also by that and only that is the reason why the High Court creates a “legal fiction”, that without more virtuality, allows us to understand that the agreed by the Court commercial January 2 –date key– should understand moved to December 31. Thus all the requirements without the danger of “flexible” existing standards appear fulfilled.

**Keywords**

unemployment, returns, terms, legal situation of unemployment

## 1. EL SUPUESTO DE HECHO DEBATIDO

El Tribunal Supremo reconoce que sí cabe que el demandante, solicitante de desempleo quien había visto suspendido su contrato previo ERTE en su empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y había ya percibido desempleo en fechas previas, tenga derecho a la prestación por desempleo íntegra posteriormente cuando su contrato se extingue, sin descontar lo ya percibido en meses previos.

El relato de lo acontecido es el siguiente:

El trabajador solicitó las prestaciones por desempleo como consecuencia de un ERTE instado por su empresa. El Servicio Público de Empleo Estatal le reconoció, por **Resolución de 26 de octubre de 2010**, el derecho a tal prestación por desempleo, y percibió entonces 70 días de prestación durante los años 2010 y 2011. Meses más tarde **el contrato de trabajo del trabajador se extinguió por Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7, el 2 de enero de 2013**. Es entonces cuando el SEPE, tras haber sido instada la reanudación de la prestación por el actor, resuelve que no concurren las condiciones para que se conceda el derecho a la reposición, de forma que reconoce el SEPE entonces el derecho al desempleo al trabajador, pero descontando los 70 días ya consumidos.

Disconforme con la Resolución del Ente Gestor el trabajador reclama entonces el derecho a los 70 días restados por la Entidad Gestora, un derecho que supone un beneficio excepcional y como tal, debe ser diferenciado de la mera petición de unos días de prestación más por desempleo. Presenta para ello demanda ante el Juzgado de lo Social, y la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Barcelona de 9 de diciembre de 2013 desestima la demanda interpuesta por el trabajador y confirma la Resolución del SEPE. No entiende el Juzgador de instancia que el trabajador reúna los requisitos que la norma exige para generar tal derecho.

Frente a tal pronunciamiento el trabajador presenta recurso de suplicación solicitando la revocación de tal pronunciamiento judicial y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de noviembre de 2014, Sentencia nº 7291/2014, esta vez da la razón al recurrente y revoca la Sentencia de instancia, reconociendo el derecho del solicitante a que se le repongan las prestaciones por desempleo. Frente a tal Sentencia es entonces el Servicio público de Empleo estatal quien recurre en casación, alegando existencia de contradicción de doctrina, y el Alto Tribunal confirma la doctrina de la Sentencia del TSJ de Cataluña recurrida aunque sin acudir a los mismos argumentos que usa el TSJ, sino aludiendo a la especial naturaleza de este caso “al límite” y prestando especial atención al hecho de no “flexibilizar” el entendimiento de las condiciones normativas exigidas.

## 2. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL

### 2.1. La existencia de la contradicción en las sentencia recurrida y de contraste

Lo primero que resuelve el Alto Tribunal es que sí existe la contradicción entre Sentencias emanadas de diferentes TTSSJJ y, por tanto, cabe que se resuelva la cuestión a través de un RCU y debe darse solución al conflicto planteado. La Sentencia de contraste, invocada por el SEPE, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 de julio de 2014 aborda el mismo problema planteado en la sentencia recurrida. Se trataba de otro trabajador de la misma empresa cuyo contrato se suspendió durante 74 días en diferentes

períodos de los años 2010 y 2011 y que fue despedido por el mismo Auto del Juzgado de lo Mercantil y, solicitada la prestación por desempleo, ésta le fue reconocida por período de 720 días, teniendo 74 días como consumidos. La contradicción es clara dado que mientras la Sentencia recurrida reconoce el derecho a la reposición la sentencia de contraste la deniega.

Reconoce la STSJ de Cataluña que, aunque el Auto judicial que reconoce la extinción colectiva de los contratos de trabajo (ERE extintivo), se pronuncia el día 2 de enero de 2013 –fuera del período permitido por el RDL 3/2012, que exigía como fecha tope la del 31 de diciembre de 2012– en fecha de 28 de noviembre de 2012 ya se había solicitado la extinción de los contratos por parte de la administración concursal con Acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores, lo que significaba que de haberse dictado el Auto judicial que fija el momento de la extinción del contrato del actor sólo dos días antes, el 31 de diciembre de 2012, ya se cumplirían las condiciones exigidas por la norma. A juicio del TSJ *la no correspondencia en 2 días no puede constituirse en un obstáculo insalvable al derecho pretendido por la demandante, 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.*

La Sentencia de contraste, en cambio, atiende a la literalidad de la norma para concluir que no cabe que se reconozca el derecho a la reposición de las prestaciones pues no se cumplen los momentos temporales que –respecto a la suspensión del contrato, y la extinción del contrato– exige la norma, concretamente, entiende la Sentencia de contraste que no puede concederse el derecho a la reposición pues la suspensión previa del contrato del solicitante se produjo en momentos no permitidos por la norma: en los años 2010 y 2011. La Sentencia de contraste estima, además, infringido el RD Ley 1/2013, de 25 de enero.

## **2.2. Normativa aplicable. Las normas sucesivas que posibilitan la reposición y las “fechas clave”**

Antes de seguir avanzando en las razones que conducen al Alto Tribunal a concluir que sí cabe, excepcionalmente en el supuesto debatido, el acceso al derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo por los 70 días ya consumidos, corresponde realizar una breve exposición de las normas que se han ido aprobando desde el año 2009 y que son las que han posibilitado el que los trabajadores afectados por un ERTE seguido de un previo ERE pudieran acceder al desempleo tras la extinción de su contrato de trabajo “desde cero”, sin computarse los días previamente abonados.

Desde el año 2009, año en que apareció este derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo, concretamente en 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, y hasta el año 2013, año en que se proroga la regulación contenida en la Ley 3/2012, de 6 de julio, por el RD Ley 1/2013, de 25 de enero, vieron la luz un total de cuatro regulaciones distintas, que iban sucediéndose y derogándose unas a otras, con vigencia normalmente anual pero incorporando alteraciones de relieve respecto a los momentos temporales que debían tenerse en cuenta para el reconocimiento de este derecho.

Cada una de estas regulaciones permitían la reposición dependiendo –entre otras cuestiones, pero fundamentalmente por lo que aquí nos ocupa– del momento en el que, en

cada caso y en cada mercantil en particular, apareciera la Resolución que permitiera el primer ERTE y el momento en el que se da validez al posterior ERE extintivo, y también, de la distancia temporal entre ambos acontecimientos. Son fechas de gran trascendencia, por tanto, la fecha de la Resolución del ERTE suspensivo del contrato o de reducción de la jornada de trabajo en la mercantil y la fecha de la Resolución del ERE extintivo, y ello ha determinado que, en muchas ocasiones, los Tribunales hayan debido denegar el derecho a la reposición –aunque a menudo aparezcan circunstancias ajenas a la voluntad del posible beneficiario y que le perjudican–<sup>1</sup>.

La evolución normativa que ha regulado el derecho a la reposición de las prestaciones de desempleo en supuestos similares al ahora debatido ha sido la siguiente: 1) La **Ley 29/2009 de 30 de diciembre**, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas trabajadoras contemplaba el derecho a la reposición de prestaciones por desempleo hasta un máximo de 120 días, siempre que: la **Resolución** que autorice la reducción de jornada o la suspensión de los contratos se produjera **entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010**, y siempre que, además; 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**; 2) Posteriormente, la **Ley 35/2010, de 17 de septiembre**, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo amplía a 180 días los días que pueden ser objeto de reposición. Además de ello, la **Resolución administrativa del ERTE** debe haberse dictado **entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011**; y el **ERE** debe haberse producido **entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012**; 3) Más tarde, el **Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero** de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, (y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, en los mismos términos y añadiendo el que el ERE pudiera haber tenido lugar también desde el 1 de enero de 2012 al 12 de febrero de 2012) fija nuevamente el tope de días máximos de prestación repuesta en 180 días, y establece, como fechas posibles de la Resolución del ERTE, **entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012**, ambos inclusive, y el ERE **entre el 1 de enero (la norma señala 12 de febrero) de 2012 y el 31 de diciembre de 2013**; 4) Finalmente, el **Real Decreto Ley 1/2013, de 25 de enero, (con efectos desde el 1 de enero de 2013)** por el que se proroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adopten otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas, también con el tope de los 180 días establece que las condiciones son: a) Fecha del ERTE: entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive; b) Fecha del ERE: entre el 1 de enero de 2012 (la norma señala 12 de febrero de 2012) y el 31 de diciembre de 2014.

### **2.3. El apartamiento del Alto Tribunal respecto de cada una de las dos doctrinas judiciales contradictorias**

Destaca el Alto Tribunal que no va a escoger entre ninguna de las dos opciones que han sido las utilizadas por la sentencia recurrida o por la sentencia de contraste. No estima el Tribunal que deba elegir entre ninguna de las dos alternativas enfrentadas: más bien concluye

---

<sup>1</sup> Vid, por ejemplo, y entre otros muchos pronunciamientos: la STSJ de La Rioja de 17 de septiembre de 2015, (AS 2015, 2317); o la STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2014 (AS 2014, 2836).

que, al respecto puede recrear una “doctrina propia totalmente diferente” que resuelva el debate planteado en suplicación.

#### **2.4. El ajuste del supuesto a la norma aplicable al debate**

El primer conflicto que debe resolver el Alto Tribunal, a la vista de la regulación sucesiva y cambiante precedente, es: ¿Qué condiciones/lapsos temporales exigimos en el supuesto debatido para el momento en que debe aparecer tanto el ERTE como el ERE?, ¿Cómo debemos identificar esta norma? Recordemos que la Resolución que aprueba la suspensión de los contratos está fechada el 26 de octubre de 2010, y las suspensiones de los contratos se realizaron entre los años 2010 y 2011, finalmente, la Resolución del ERE extintivo se emite por Auto judicial el 2 de enero de 2013.

Acoplando estas fechas/momentos temporales al dictado de las normas antedichas no cabe que se cumplan las condiciones relativas a los momentos de la Resolución del ERTE y al momento de la extinción del contrato por ERE. Si escogemos que la norma aplicable sería la Ley 3/12 o la Ley posterior, como hacen singularmente tanto la sentencia recurrida como la usada como contraste, ocurre que el momento del ERE sí se adecúa a lo previsto, pero no el momento del ERTE. En cambio, si entendemos que la norma aplicable es la norma previa ocurre lo contrario: el ERTE se produciría en el momento adecuado: 2010, 2011, pero quedaría fuera de regulación el que el ERE se aprobara el 2 de enero de 2013, pues el plazo máximo establecido es el 31 de diciembre de 2012.

Ante ello entiende el Tribunal que debe resolverse, lo primero, cuál es la norma que regula y debe ser la existente al momento de la situación legal de desempleo según la premisa: “*tempus regit actum*”. Y entiende a renglón seguido el Alto Tribunal que al momento de la extinción del contrato del actor es cuando surge la situación legal de desempleo (art. 208 LGSS), y ése sería el momento, pues, que debería tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación de la norma, a diferencia de lo que habían entendido tanto la sentencia recurrida como la de contraste. Resuelve, pues, el Alto Tribunal que la norma debería ser, pues, la Ley 35/2010, atendiendo al momento en que se producen las suspensiones previas del contrato (años 2010, y 2011). Y ello porque ninguna otra regulación posterior –ni el RDL 3/2012, ni la Ley 1/2013, como se ha visto–, permitirían que la suspensión del contrato quedara fijada en esos años, y eso lo que aquí ocurre.

El problema es que según la regulación precedente (Ley 35/2010 y Ley 27/2009) la reposición solamente sería posible si las extinciones contractuales llevadas a cabo por el que el ERE se aprobaran mediante Auto antes del 31 de diciembre de 2012: ¿cómo resolveremos que el ERE aparezca el 2 de enero de 2013 y no el 31 de diciembre de 2012?: acudiendo a una “ficción jurídica”.

#### **2.5. La solución a un supuesto “al límite”: una “ficción jurídica” sin virtualidad en otros terrenos**

El pronunciamiento del Tribunal es absolutamente claro respecto a que es necesario, para reconocer el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo, que se cumplan estrictamente las exigencias legales que prevén las sucesivas y distintas normas a lo largo de estos años. Se trata de un derecho excepcional, extraordinario y temporal y que se encuentra

absolutamente condicionado a que se acuda a los parámetros temporales que las normas prevén. Es necesario un respeto a lo prescrito por el legislador y al sentido inequívoco de sus palabras. La argumentación jurídica del Alto Tribunal no opta por exigir un cumplimiento literal de la norma (negando la prestación) ni por flexibilizar los requisitos establecidos en la misma (concediendo la prestación). Por contra, el Tribunal lo que efectúa es una excepcional flexibilización de las exigencias temporales de la reposición de prestaciones, sin conceder virtualidad más que a los efectos que nos ocupan y en este peculiar supuesto, rayando el cumplimiento de las exigencias temporales prescritas dado que la denegación de la prestación por el SEPE, tal cual aclara el Tribunal, obedece al retraso en la aparición del Auto del Juez de lo mercantil en sólo unas pocas horas al momento en que éste debió haber aparecido para entender que las exigencias temporales estaban cumplidas.

Sostiene el Alto Tribunal que son varias las razones que, de forma argumental y excepcional, conducen a brindar la misma solución en este caso –donde ocurre que el Auto del juez de lo mercantil aparece el día 2 de enero de 2013– que si hubiera ocurrido que el mentado Auto apareciera el día 31 de diciembre de 2012.

La primera de estas razones es por la proximidad temporal que el legislador busca entre la suspensión del contrato del actor y la extinción posterior del vínculo del trabajador con la empresa, y que aquí se cumple: la suspensión aparece en los años 2010 y 2011 y la extinción, a tan sólo unas horas del año 2012 –fecha tope prevista–. Existe un escaso margen temporal de tan sólo unas horas que no puede hacer que la proximidad temporal que el legislador busca se evanezca.

La segunda razón se encuentra también en la demostración de que, aduce el Tribunal, los mecanismos tendentes a terminar los contratos de trabajo se activan dentro del plazo exigido, y ello porque es dentro del año 2012 cuando se adopta al Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores para la extinción de los contratos; también dentro del año 2012 el Juzgado de lo mercantil admite a trámite la solicitud y recaba el Informe de la Autoridad laboral el 4 de diciembre de 2012. Y es el primer día hábil del año siguiente cuando el Juzgado de lo Mercantil dicta su Auto, una vez vencido el plazo que la Ley 35/2010 establece para que proceda la reposición.

La tercera razón que alega usa el Tribunal se encuentra en que la extinción del contrato se realiza el primer día hábil del año. Por ello, al ser inhábil el 31 de diciembre –último día del plazo señalado– y atendiendo a lo señalado en el art. 182.1º LOPJ y a que el 1 de enero fue festivo en todo el Estado, dado que el 31 de diciembre no pudo llevarse a efecto la extinción de los contratos, debe concluirse que, sólo en esta particular situación, el día 31 de diciembre, a los efectos de entender que nos encontramos dentro del plazo previsto por la norma, debe ser trasladado al día 2 de enero de 2013.

La cuarta de las razones se encuentra en que la interpretación correctora realizada es más acorde con el texto constitucional, dado que el art. 41 CE pone énfasis en que la Seguridad Social dispense protección ante situaciones de desempleo y que las normas que regulan el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo pretenden garantizar un derecho a una protección, de manera que, concluye el Alto Tribunal:

*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).*

### **3. VALORACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA**

#### **3.1. Una aclaración necesaria e imprescindible de la normativa aplicable a la vista de los anteriores pronunciamientos y de las posiciones de las partes**

La Sentencia resulta ante todo llamativa. Pero también resulta llamativo lo cerca que se encuentra el trabajador de poder ser perceptor del derecho a la reposición reclamada: tan sólo unas horas antes que hubiera aparecido el Auto del juez y no habría debido plantearse esta controversia. Ello explica la necesidad de indagar si habría un mecanismo para entender que la norma se entiende cumplida, aún así. Insiste el Tribunal sobre todo en aportar una solución que externamente se aparte lo más posible de la decisión que acogen la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, y resulta muy interesante el que el Tribunal investigue, para ello, y lo primero, acerca de cuál es la norma realmente aplicable.

Se hubiera tratado de una tarea, de cualquier modo, imprescindible ya que tanto la sentencia recurrida como la sentencia de contraste apuntan soluciones que no parten de la norma que podría ser adecuada para dar una respuesta positiva a la cuestión planteada. Y ello porque: tanto la sentencia recurrida como la sentencia de contraste aportan soluciones distintas por establecer puntos de partida distintos.

- La sentencia recurrida: señala que la Ley aplicable es la Ley 3/2012, y para ello entiende que el momento de la situación legal de desempleo es el momento de la extinción del contrato que se entiende hay que marcar en el 31 de diciembre aunque la real extinción se produjera el 2 de enero de 2013. El problema es que la previa suspensión del contrato de trabajo en este caso se produce en los años 2010 y 2011 y esa diferencia entre ERE y ERTE no es permitida en la Ley 3/2012. Por tanto, esta solución no era válida.

- La sentencia de contraste entiende que la norma aplicable es la Ley 1/2013, atendiendo a que se produce la extinción literal y estrictamente durante el año 2013, pero, entonces, concluye el juzgador que el período de suspensión del contrato previo se aparta del período permitido por tal norma. Esta solución tampoco era válida.

Ninguna de las normas alegadas servían para dar solución al supuesto: sólo se puede dar solución al caso si efectivamente se identifica la norma aplicable como la Ley 35/2010 o la Ley 27/2009, pues solamente cualquiera de estas dos regulaciones permitirían que la extinción se produjera antes de 31 de diciembre de 2012 y que, al tiempo, las suspensiones de los contratos previos se produjeran en los años 2010 y 2011.

### **3.2. “Tempus regit actum”: el momento en el que fijar la SLD en el derecho a la reposición del desempleo**

Fija el Alto Tribunal la SLD en el caso debatido ajustándolo exactamente al momento de la extinción del contrato de trabajo. Y lo hace recurriendo al art. 208 LGSS. El caso es que el reconocimiento de este derecho a la reposición quizá podría tener unas características diferentes al derecho al reconocimiento de la misma prestación por desempleo cuando se extingue el contrato. Realmente el trabajador que previamente ha visto suspendido su contrato y después se le extingue, en el momento de la posterior extinción lo que solicita es la reposición de un derecho que ya se había generado anteriormente, es decir, el derecho a la reposición es un “borrado” de una parte de la prestación de desempleo que ya se había generado años antes, es decir, en el supuesto planteado, en los años 2010 y 2011. ¿Hasta qué punto no podríamos llegar a plantearnos si la SLD no habría surgido no en el momento de la extinción, sino anteriormente, en el momento de la suspensión del contrato?, sobre todo porque desde la perspectiva de la gestión se nos dice en el art. 3.6º de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre que 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. Es decir, entonces, no se genera un nuevo derecho a la prestación por desempleo, únicamente se entiende que, aquél ya abonado anteriormente, se puede volver a abonar, antes de seguir percibiendo o “gastando” más prestación. Por tanto, ¿sería posible que pudiéramos entender que la SLD se podría situar al momento de la suspensión del contrato del trabajador, es decir, durante los años 2010 y 2011?, posiblemente sí, y entonces, la norma aplicable sería la Ley 27/2009, o la posterior Ley 35/2010, que también se ajustaría a las condiciones exigidas por la norma, aunque hay que decir que ello no haría variar tampoco la solución aportada al debate.

### **3.3. ¿Existe un apartamiento de la sentencia recurrida cuya doctrina judicial el Tribunal abraza?**

Aunque el Alto Tribunal insiste en que no acoge la doctrina de la sentencia recurrida ni tampoco la doctrina judicial emanada de la sentencia de contraste el Tribunal Supremo lo que hace propiamente es que “mejora”, “aclara” y crea una “ficción jurídica” mucho más convincente y menos peligrosa que la sentada por la doctrina judicial de la sentencia confirmada. Y ello porque el Alto Tribunal “mejora”, sin “flexibilizar” y dice “acatar” estrictamente el tenor literal de la norma, aunque lo hace sin que ocurra que la extinción del contrato del trabajador finalmente se produzca antes del 31 de diciembre, que es lo que literalmente exige la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. Y lo hace sólo por encontrarnos ante un caso “al límite” en el que parece que sólo circunstancias casuales han hecho que

finalmente el cambio de sólo unas horas y el cambio de anualidad genere efectos demasiado perniciosos para quienes sólo serían perjudicados por una solución muy literal o estricta de la comprensión del precepto.

Lo cierto es que finalmente el Tribunal lo que hace es “no flexibilizar” la norma pero “estirar” los plazos temporales previstos por la norma porque lo que finalmente establece a través de la “ficción jurídica” es trasladar ficticiamente el día 2 de enero al 31 de diciembre, presumiendo que estamos en el día 31 de diciembre cuando realmente el Auto del juez se dicta el 31 de diciembre.

Claro es que la flexibilización no hubiera sido posible ni deseable dado que los Tribunales son claros y no admiten interpretaciones flexibles. Y han sido claros a la hora de denegar el derecho a la reposición cuando se producen retrasos o adelantos tales de los acontecimientos que no permitan el ajuste de lo ocurrido en los marcos temporales establecidos en la norma de referencia<sup>2</sup>, plazos temporales previstos –y absolutamente fijos– de la Ley.

#### 4. CONCLUSIONES

Resulta loable la búsqueda de la “ficción jurídica” que aquí se maneja, sin duda no extrapolable más que a supuestos como el presente en los que: a) exista la posibilidad de aplicar el no cómputo de plazos respecto de días no civiles, sino procesales, dado que el Auto de lo mercantil no puede aparecer en días no hábiles desde un punto de vista procesal, y particularmente no podría haber aparecido el 31 de diciembre; y b) dé la casualidad de que existen 2 días de diferencia y este primer día es inhábil a efectos procesales y el segundo es festivo, lo que significa que tampoco el Auto del juez de lo mercantil hubiera aparecido.

Pero también es cierto que los plazos temporales son los que son y la norma parece clara y terminante en ello. Y la literalidad de la norma permite tener seguridad jurídica y actuar conforme a lo dispuesto, en todo caso. Ello es además necesario en situaciones en las que, como ésta, la norma es absolutamente excepcional y solamente puede establecerse este beneficio en los casos en los que resulte que haya poca diferencia de tiempo entre suspensión y extinción y se tenga en cuenta que una circunstancia depende la una de la otra. Lo que no debería es generarse dudas acerca de si se podría o no acceder a este derecho extralimitándose más allá de lo querido por el legislador. Aunque se dice que esta solución no tendría virtualidad en otros terrenos, la realidad supera en ocasiones lo que podamos prever, ¿cabría que esta solución pueda posteriormente ser pretendidamente usada en otra solución o “ficción jurídica”, si extrapolable?

<sup>2</sup> El mismo TS no reconoce, así, el derecho a la reposición de la prestación por desempleo en el STS de 24 de febrero de 2016, RJ 2016, 810, dado que el contrato del trabajador se extingue el 31 de marzo de 2013, no estando los ERTES entonces comprendidos en los límites temporales del RDL 3/2012. El TS acoge claramente la literalidad de la norma para entender aplicable una norma u otra y para entender que no coresponde el derecho a la reposición. En este otro caso ocurre que el Auto de lo mercantil aparece 3 meses después, lo que supone un cambio muy relevante en la solución que se otorga. Tampoco se reconoce el derecho a la reposición, por los mismos motivos en la STSJ de La Rioja de 17 de septiembre de 2015, AS 2015, 2317; en la STSJ de Aragón de 15 de octubre de 2014, AS 2014, 2836; en la STSJ de Cataluña, de 10 de diciembre de 2014, AS 2015, 489; o en la STSJ de La Rioja de 23 de abril de 2015, AS 2015, 972.

En cualquier caso, es claro que el derecho a la reposición surge en una situación particular que es la de aquella empresa que, para no acogerse a las extinciones colectivas aboga por suspensiones previas y, si ello no puede evitarse conduce a los trabajadores implicados hacia una extinción de sus contratos que no se ve penalizada, así, por el intento de la mercantil por mantener los puestos de trabajo. Actuamente y, al respecto, hay temas que están resultando controvertidos: ¿cabe que el derecho a la reposición se pudiera reconocer aunque ocurra que la extinción del contrato posterior se produce en una empresa distinta en la que el trabajador se ha ocupado temporalmente, aunque ello sea para permitir la vuelta al mercado laboral del trabajador afectado por la medida?, ¿vulneraría lo que sería el sentido o la finalidad de la norma y, sobre todo, generaría inseguridad jurídica?, ¿deben los Tribunales corregir estos “defectos” no queridos de las normas o no pueden hacerlo? ¿valen interpretaciones flexibles del tenor literal de la norma?<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Sobre el particular hay doctrinas contradictorias en TTSSJJ actualmente. Vid. así, la STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2015, AS 2015, 947 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de febrero de 2016, JUR 2016, 57114 –esta última concede el derecho a la reapertura del derecho a pesar de existir un trabajo temporal posterior del trabajador en otra empresa–.