

## **Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 43/2018 de 24 Ene. 2018, Rec. 1552/2017**

**Ponente: López García de la Serrana, José Manuel.**

**Nº de Sentencia: 43/2018**

**Nº de Recurso: 1552/2017**

**Jurisdicción: SOCIAL**

El Supremo cambia doctrina para incluir también la alta litigiosidad de un asunto para acceder al recurso de suplicación

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Para el cálculo de la base reguladora de la prestación han de computarse las cotizaciones de los 180 días naturales anteriores a la situación legal de desempleo. Aunque se haya cotizado por meses, con independencia de su número de días, no se puede efectuar el cómputo teniendo en cuenta los últimos 6 meses, sino los últimos 180 días naturales, porque el legislador es claro y no puede interpretarse en otro sentido. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. Afectación general. CAMBIO DOCTRINA. Ha de tenerse acceso a suplicación no solo cuando estén interesados un gran número de trabajadores o beneficiarios, sino también cuando la aplicación de una norma genera una importante conflictividad real y no meramente potencial. Y este caso la norma que se interpreta se aplica a todos los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, lo que indica ya un gran interés.

*El TS estima el recurso de casación para unificación de doctrina, casa sentencia del TSJ Andalucía, y declara que para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se han de tener en cuenta los días cotizados y no los meses.*

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1552/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Social**

#### **Sentencia núm. 43/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 24 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2016 por la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 1996/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla , en autos núm. 668/2014, seguidos a instancia de D. Jesús Luis contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre prestación por desempleo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de febrero de 2015 el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«1º) El demandante, Jesús Luis , afiliado a la Seguridad Social con el nº NUM000 se vio afectado desde el 23.12.2013 en su prestación de servicios por una reducción temporal de jornada en virtud de expediente de regulación temporal de empleo.

2º) Solicitada la prestación por desempleo, le fue reconocida mediante resolución de 10.02.2014 del Servicio Público de Empleo Estatal, conforme a una base reguladora diaria de 51,78 euros.

3º) No estando conforme con dicha resolución, formuló reclamación previa que le fue expresamente desestimada, e interpuso la demanda el día 24.06.2014.

4º) Durante los meses de junio a noviembre de 2013 ambos inclusive el demandante cotizó conforme a unas bases de cotización mensuales de 1677,36 euros, 1662,30 euros, 1627,00 euros, 1749,42 euros, 1628,65 euros, y 1641,00 euros, que totalizan 9985,73 euros en dicho periodo semestral, y son correspondientes a 30 días en cada uno de los referidos meses».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «ESTIMO la demanda presentada por Jesús Luis frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (Inem) en reclamación por prestaciones de desempleo.- DECLARO el derecho de Jesús Luis a percibir las prestaciones por desempleo contributivo, ya reconocidas, conforme a una base reguladora de 54,82 euros diarios.- CONDENO al demandado SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (Inem) a estar y pasar por la anterior declaración y a que pague al demandante Jesús Luis las citadas prestaciones conforme a la base reguladora aquí establecida».

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Servicio Público de Empleo Estatal ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la cual dictó sentencia en fecha 14 de septiembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia de fecha 2-2-2015 dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Sevilla en autos 668/2014, seguidos a instancia de Jesús Luis contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y en consecuencia, CONFIRMAMOS la Resolución impugnada.- No se efectúa condena en costas.».

**TERCERO.-** Por el Abogado del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal, se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 25 de noviembre de 2016. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla en fecha 24 de marzo de 2014 (RS 1338/2013 ).

**CUARTO.-** Con fecha 22 de junio de 2017 se admitió a trámite el presente recurso, y, no habiéndose personado la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

**QUINTO.-** El Ministerio Fiscal, emitió informe considerando que el recurso debía ser estimado, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de enero de 2018 fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La controversia suscitada en las presentes actuaciones surge a raíz de la diferente interpretación que mantienen las partes sobre la forma en que debe ser aplicado el párrafo primero del art. 211.1 LGSS cuando la cotización a la Seguridad Social no se efectúa por días, sino por meses, con independencia del número de días que tengan. El citado párrafo establece que *"la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la*

*base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior".*

**2.** - El actor resultó afectado por un ERTE de reducción de jornada como consecuencia del cual el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE) le reconoció el derecho a la prestación por desempleo en cuantía inicial equivalente al 70 % de la base reguladora diaria de 51,78 euros, con una duración, según consta en la resolución administrativa obrante en autos, de 720 días. Formulada demanda con el objeto de que el importe de la base reguladora diaria se fije en 54,82 euros, tomando en consideración las cotizaciones realizadas en los seis últimos meses, computados como meses de 30 días, en lugar de las correspondientes a los últimos 180 días naturales cotizados, de las que partió la Entidad Gestora, vio estimada su pretensión tanto en la instancia como en suplicación.

Para justificar su decisión de conceder recurso frente a su sentencia, el Juzgado de lo Social razona que aun cuando el SPEE no alegó la existencia de afectación general, la cuestión debatida posee un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, que excluye la necesidad de que sea esgrimida y probada en el juicio, donde ciertamente añade no se acredita la existencia de ningún otro pleito sobre la misma cuestión. El órgano de instancia entiende que el tema litigioso reviste un contenido de generalidad porque "son muy frecuentes en la práctica las retribuciones y cotizaciones mensuales no sobre el número de días naturales sino sobre 30 días todos los meses, supuestos en los cuales sin duda se planteará la misma cuestión jurídica".

**3.-** La sentencia impugnada, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 14 de septiembre de 2016 (rollo 1996/2015 ), antes de pronunciarse sobre el único motivo de censura jurídica formulado por SPEE, advierte que "no se discute el derecho al recurso, al haberse otorgado en la instancia considerando la afectación general, lo que ha sido confirmado por esta Sala en múltiples pronunciamientos de la misma y de otros Tribunales Superiores de Justicia". Sentado lo anterior, desestima el recurso aplicando el criterio adoptado en resoluciones anteriores, que transcribe, conforme al cual el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo debe hacerse sobre los seis meses anteriores a la situación legal de desempleo.

**4.-** Recurre el SPEE en casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 211.1 LGSS , en relación con los arts. 3 y 5 CC , aportando como sentencia de contraste la de la propia Sala de Sevilla, de 24 de marzo de 2014 (rollo 1338/2013 ).

Consta en ella que a un trabajador de Telefónica de España SAU, en la que cesó el 1 de diciembre de 2011 al amparo de la resolución recaída en el expediente de regulación de empleo nº NUM001 , le fue reconocida la prestación por desempleo sobre una base reguladora diaria de 105,87 euros, obtenida de los últimos 180 días cotizados, y que habiendo interpuesto demanda por considerar que debía ascender a 107,67 euros, resultado de computar las bases de cotización de los seis últimos meses, la misma fue estimada en la instancia, pronunciamiento que fue revocado en suplicación al entender la Sala que a la vista de la literalidad del art. 211.1 LGSS , en relación con el art. 210 de esa misma norma , y de conformidad con las normas en materia de cotización a la Seguridad Social, para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo hay que computar las cotizaciones efectuadas en los 180 días naturales anteriores a la situación legal de desempleo.

**5.-** Entre las resoluciones comparadas existe la preceptiva contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1 LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, al concurrir las identidades sustanciales de hechos, fundamentos y pretensiones que en él se establecen y haber resuelto de forma diferente la misma cuestión referida a la determinación de la base reguladora de la prestación por desempleo cuando la cotización a la Seguridad Social se efectúa por meses con independencia del número de días que tengan.

**SEGUNDO.- 1.-** Con carácter previo debe analizarse la admisibilidad del recurso de suplicación, cuestión que procede abordar dado que la cuantía del litigio - importe de la diferencia entre la cuantía de la prestación por desempleo resultante de computar la base reguladora postulada por el actor y la que se obtiene a partir de la reconocida por la entidad gestora (3,04 euros diarios), elevada a su proyección anual, e incluso a la duración máxima de la prestación reconocida -, es muy inferior a la suma de 3.000 euros prevista en el art. 191.2 g) LRJS .

Al respecto es criterio constante de esta Sala que la cuestión del acceso al recurso de suplicación por razón de la cuantía o modalidad procesal puede ser examinada de oficio en el trámite de dictar sentencia antes de entrar a conocer la pretensión impugnatoria de fondo. La razón estriba en que el tema no afecta sólo a ese recurso, sino que se proyecta sobre la competencia de esta Sala que sólo lo es para conocer de los recursos frente a las sentencias

dictadas en suplicación con arreglo a la exigencias impuestas por los presupuestos procesales impuestos por la Ley, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera, a su vez, recurrible en suplicación. En definitiva, el control de la competencia funcional de la Sala - que pertenece al orden público procesal, cual se deriva de los arts. 238.1º y 240.1 LOPJ -, supone el control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación, sin que en esta labor quede vinculada por la decisión que se haya adoptado en suplicación. Así lo ha mantenido la Sala de forma reiterada, según puede apreciarse, entre las más recientes, en SSTSS 5 mayo 2016 (rec. 3494/2014 ), 31 enero 2017 (rec. 2147/2015 ), 16 junio 2017 (rec. 1825/2015 ), 24 octubre 2017 (2) (rec. 692/2016 y 2931/2016).

Por otra parte, y en lo que se refiere a la concurrencia de afectación general como vía de acceso a la suplicación, hemos afirmado que corresponde en primer lugar al Juez de lo Social de instancia verificar su existencia, pero que similar facultad tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver el recurso de suplicación, y esta Sala IV al examinar el recurso de casación para la unificación de doctrina, pues, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala «ad quem» sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de aquellos ( SSTS 28 enero de 2009, rec. 1219/2008 ; 15 de julio de 2010, rec. 2711/2009 ; 3 de mayo de 2011, rec. 2639/2010 ; 6 de julio de 2015, rec. 1622/2014 ). Y sin que esta Sala esté vinculada por la apreciación que en instancia y en sede de suplicación se haya podido efectuar acerca de la afectación general, debiendo proceder de oficio a examinar su propia competencia ( SSTS 22 de diciembre de 2010, rec. 52/2010 ; 25 de enero de 2011, rec. 1750/2010 , 11 marzo de 2011, rec. 3242/2010 ).

Por todo lo razonado, el análisis de la existencia de afectación general, y derivadamente de la competencia funcional, es previo y no se encuentra condicionado por el presupuesto de la contradicción, sin que sea preceptivo oír sobre el particular a la entidad recurrente porque la referida cuestión de competencia funcional ya fue abordada por la sentencia objeto del presente recurso que declaró su competencia al apreciar la afectación general.

**2.-** Para resolver el problema planteado, procedencia del recurso de suplicación por plantearse una cuestión que tiene afectación general ( art. 191.3 b) LRJS ), procede recordar que según doctrina reiterada de la Sala la afectación general "no puede confundirse con la posible proyección general de un litigio sobre la interpretación de una norma, sino que requiere que «esa proyección se traduzca en un nivel de litigiosidad relevante y actual sobre el problema que se debate», de forma que «no cabe confundir el número de destinatarios potenciales de la norma aplicable con el nivel de litigiosidad sobre la misma, que es el que ha de tenerse en cuenta a efectos de la afectación general» ( SSTS 2 junio 2016, rec. 3820/2014 ; 7 junio 2017, rec. 3039/2014 ; 24 octubre 2017, rec. 1160/2016 ). Esta doctrina resulta igualmente aplicable en los litigios sobre prestaciones de Seguridad Social, de forma que el hecho de que una Entidad Gestora asuma un determinado criterio general de interpretación no significa que siempre que el mismo sea decisivo para la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ésta tenga acceso a la suplicación ( SSTS 31 enero 2017, rec. 2147/2015 ).

**3.-** Desde la perspectiva jurisprudencial expuesta, la sentencia de instancia se limita a afirmar la existencia de afectación general. porque "son muy frecuentes en la práctica las retribuciones y cotizaciones mensuales no sobre el número de días naturales sino sobre 30 días todos los meses, supuestos en los cuales sin duda se planteará la misma cuestión jurídica", argumento basado en la posible proyección general del litigio que de acuerdo a la doctrina reseñada no permite apreciar la existencia de afectación general, mientras que la sentencia de suplicación tiene en cuenta la apreciación realizada por el Juzgado de lo Social, y su coincidencia con el criterio seguido por la Sala en "múltiples pronunciamientos" y por otros Tribunales Superiores de Justicia, afirmación que encuentra respaldo en el fundamento segundo de la sentencia en que se citan seis sentencias de la propia Sala y tres de otros Tribunales, nivel de litigiosidad que obviamente no alcanza la cualificación de masivo para que los asuntos de mínima cuantía puedan tener acceso a la suplicación.

**4.-** No obstante, como apunta el Ministerio Fiscal en su informe, ante esta Sala se han entablado varios recursos de casación para la unificación de doctrina sobre el mismo tema que aquí se suscita, pero ese dato aunque no es necesariamente revelador de una conflictividad generalizada en torno a esa problemática, necesitada de soluciones uniformes, sí es indicativo de la existencia de una elevada litigiosidad sobre la materia que hace reconsiderar

criterios seguidos con anterioridad en anteriores sentencias, como las de 10 de enero de 2017 (dos) (rec. 3747/2015 y 3900/2015 ); 24 de enero de 2017 (rec. 2948/2015 ); 1 de marzo de 2017 (rec. 2012/2015 ), 4 de abril de 2017 (rec. 378/2016 ); 5 de julio de 2017 (rec. 2210/2016 ); y 13 de octubre 2017 (rec. 513/2016 ), entre otras en las que no se estimó la existencia de afectación generalizada.

Ese criterio debe cambiarse, como ha informado el Ministerio fiscal, porque la existencia de "afectación generalizada" que da acceso al recurso es un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación depende, no sólo de que en la interpretación de una norma exista un interés general por estar interesados un gran número de trabajadores o de beneficiarios de prestaciones sociales, sino, también, que su aplicación genere la existencia de una importante conflictividad real y no meramente potencial. Esa gran conflictividad no puede apreciarse por meras hipótesis o presunciones, sino con datos reales, cual ha ocurrido en este caso en el que los hechos posteriores a nuestras primeras resoluciones han venido a demostrar la existencia de una elevada litigiosidad sobre esta materia que, además, viene aumentando, lo que obliga a cambiar el criterio sostenido hasta ahora, porque a la existencia de una gran conflictividad se une que en la interpretación del art. 211-1 LGSS (art. 270-1 del texto actual) tienen interés todos los afiliados a la Seguridad Social que pierden su empleo, sea a tiempo completo o parcial, por cuanto esa norma siempre resulta de aplicación para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo que se causa en esos casos. Por ello, debe concluirse que existe un interés general, el de todos los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, en que las divergencias doctrinales sobre la interpretación de esa norma sean unificadas, pese a su escasa incidencia económica, por cuanto, al unificar la doctrina al respecto, se satisfacen los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva que establecen los artículos 9 y 24 de la Constitución , se vela por el prestigio de los Tribunales evitando sentencias dispares y en definitiva con el tiempo se reducirá la litigiosidad sobre la materia, principios todos a los que responde el recurso de casación para unificación de doctrina que nos ocupa.

**TERCERO.-** En cuanto al fondo del asunto, la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 211-1 de la LGSS (hoy el 270.1 del vigente texto refundido de esa norma) en relación con los artículos 3 y 5 del Código Civil .

El recurso debe prosperar porque así se deriva de una interpretación lógico sistemática de los artículos 211-1, párrafo primero , y 210-1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social vigente al tiempo del hecho causante. En el primero de los preceptos citados se dice: «la base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior». *Esta disposición hay que ponerla en relación con el citado art. 210-1 donde se establece la duración de la prestación en función del número de días cotizados, lo que supone que la prestación y su cuantía se fijan en función del número de días cotizados y de las bases por las que se cotizó "durante los últimos 180 días" del periodo de cotización. Ello sentado, supuesto que el legislador habla de plazos señalados por días, no cabe otra interpretación que la de que se refiere a días naturales, pues literalmente así lo expresa al decir que se computa "el promedio" de la base por la que se haya cotizado "los últimos 180 días", terminología que no permite excluir el cómputo de los días inhábiles porque lo que se computa es el "promedio" de lo cotizado en los "últimos 180 días" expresión con la que se determina el día inicial del cómputo de ese periodo de tiempo, sin que el brocardo "in claris non fit interpretatio" permita otra solución, como el cómputo de las cotizaciones mensuales.* Así lo ha entendido ya esta Sala en su sentencia de 27 de diciembre de 2016 (R. 3132/2015 ) en la que con ocasión de contratos de trabajo a tiempo parcial dijo que las bases de la prestación por desempleo se fijaban en función del promedio de lo cotizado en los últimos 180 días.

**CUARTO.-** Por lo expuesto procede estimar el recurso, declarar que es más correcta la doctrina contenida en la sentencia de contraste, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda origen de esta litis. Sin costas.

## **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 unificación de doctrina interpuesto por Abogado del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2016 por la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 1996/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla , en autos núm. 668/2014.

2. Casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda origen de esta litis.

3. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

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