

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 74/2018, de 30 de enero de 2018**Sala de lo Social**Rec. n.º 1492/2016***SUMARIO:**

Proceso laboral. Pretensión de que la base reguladora de la prestación por desempleo se calcule no sobre los últimos 180 días naturales cotizados, sino por 6 meses de 30 días, al haber cotizado el trabajador conforme a una base mensual, resultando el importe de la diferencia resultante muy inferior a la suma de 3000 euros prevista en el artículo 191.2 g) de la LRJS. Concurrencia de afectación general como vía de acceso a la suplicación. 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. 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 esta tenga acceso a la suplicación. En el supuesto analizado puede afirmarse que no solo existe una elevada litigiosidad sobre la materia que, además, va en aumento, sino que en la interpretación del artículo 211.1 de la LGSS (actual 270.1) 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. 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. 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, 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.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), art. 211.1.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 191.2 g) y 3 b).

PONENTE:*Doña Rosa María Viroles Piñol.*

Magistrados:

Don LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ

Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don SEBASTIAN MORALO GALLEGO

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 1492/2016

Ponente: Excm. Sra. D.ª Rosa María Viroles Piñol

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 74/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 30 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal representado y asistido por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 11 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación n.º 2545/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 10 de Sevilla, en autos n.º 476/2013, seguidos a instancias de D. Celso contra el Servicio Público de Empleo Estatal sobre prestación por desempleo.

No se ha personado la parte recurrida.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Rosa Maria Viroles Piñol.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 15 de julio de 2014, el Juzgado de lo Social n.º 10 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Con estimación de la demanda interpuesta por Celso contra el Servicio Público de Empleo Estatal, declaro el derecho del actor al percibo de la prestación contributiva por desempleo ya reconocida, conforme a una base reguladora diaria de 108,75 euros, condenando a la Entidad Gestora demandada a estar y pasar por dicha declaración y al abono al accionante de las prestaciones referidas conforme a la base reguladora aquí establecida.»

Segundo.

Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

«PRIMERO. Celso, afiliado a la Seguridad Social con el núm. NUM000, presentó el 7 de agosto de 2012, solicitud de prestación contributiva por desempleo que le fue reconocida mediante Resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal de 16 de octubre de 2012, en consideración a un total de 2.192 días cotizados, concediéndose 720 días de derecho, en el periodo 1 de agosto de 2012 a 30 de julio de 2014, conforme a una base reguladora de 107,50 euros.

SEGUNDO. Disconforme con la base reguladora fijada en la anterior Resolución, el actor interpuso, el 28 de noviembre de 2012, reclamación previa que fue desestimada por Acuerdo de la Entidad Gestora de 13 de marzo de 2.013.

TERCERO. El demandante cesó el 31 de julio de 2012 en su prestación de servicios por cuenta de Telefónica de España, S.A.U., en virtud de autorización extintiva concedida en Expediente de Regulación de Empleo.

CUARTO. Durante los meses de febrero a julio de 2012, ambos inclusive, la empresa cotizó por el demandante conforme a una base de cotización mensual de 3.262,50 euros, por treinta días, en cada uno de los meses indicados.»

Tercero.

Contra la anterior sentencia, el Sr. Abogado del Estado en nombre y representación del SPEE formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), dictó sentencia en fecha 11 de junio de 2015, 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 15/07/14, dictada por el juzgado de lo social n.º 10 de Sevilla, Autos n.º 476/13, seguidos a instancia de D. Celso, contra el Servicio Público de Empleo Estatal, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS la Resolución impugnada. No se efectúa condena en costas.»

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, la representación letrada del SPEE interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sevilla), de fecha 24 de marzo de 2014 (rec. suplicación 1338/13).

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado el recurrido, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 24 de enero de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

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 demandante cesó el 31-07-12, en su prestación de servicios por cuenta de Telefónica de España, SAU, en virtud de autorización extintiva concedida en ERE. Solicitada la prestación por desempleo, le fue reconocida por resolución del SPEE de 7-08-2012, durante 720 días y conforme a una base reguladora diaria de 107,50 €. El actor durante los meses de febrero a julio de 2012, ambos inclusive, cotizó conforme a una base de cotización mensual, correspondiente a 30 días en cada uno de los referidos meses.

Frente a la sentencia de instancia que estimó las demanda interpuesta por el demandante frente al SPEE y en la que aquél pretendía se le reconociera una base reguladora para la prestación contributiva de desempleo de 108,75 € diarios en lugar de la reconocida de 107, 50 €, se interpuso por el SPEE recurso de suplicación, dictándose sentencia confirmatoria de la de instancia.

3. La sentencia impugnada, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 11 de junio de 2015 (rollo 2545/2014), antes de pronunciarse sobre los motivos de recurso formulados

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". Y en cuanto al fondo, señala que versa la presente controversia en determinar si la base reguladora diaria del desempleo debe calcularse sobre los últimos 180 días naturales cotizados, que es el criterio que sostiene el SPEE, o bien ha de calcularse por seis meses de 30 días, tal como postula el actor. Y tras referirse ampliamente a la doctrina que entiende aplicable, concluye que el cálculo debe efectuarse por meses de 30 días.

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 la sentencia referencial, 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 n.º 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 (1,25 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. 238.1.º 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. Como señala la STS/IV de 16-enero-2018 (rcud. 1552/2017), en supuesto sustancialmente idéntico: "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, 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 .

La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala IV/ TS en la sentencia de 16-enero-2018 (rcud. 1552/2017), en la que se indica que:

"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" 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".

Razones de seguridad jurídica imponen la misma solución en el supuesto ahora enjuiciado, sustancialmente idéntico.

Cuarto.

Por lo expuesto procede estimar el recurso, declarar que la doctrina correcta se contiene 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 11 de junio de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, con sede en Sevilla, en recurso de suplicación n.º 2545/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 10 de Sevilla, en autos núm. 476/2013 seguidos a instancia de D. Celso frente al Servicio Público de Empleo Estatal.

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 la Excm. Sra. Magistrada D.ª Rosa María Viroles Piñol 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.

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.