

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 295/2020, de 7 de mayo de 2020**Sala de lo Social**Rec. n.º 4270/2017***SUMARIO:**

La protección por desempleo. Cálculo de la base reguladora cuando la relación laboral se extingue estando el trabajador en situación de incapacidad temporal (IT). Aunque sigamos estando ante la prestación de IT, su cuantía viene establecida por la que le correspondería al trabajador de haber causado derecho a la situación de desempleo sin estar en IT, lo que obliga a reconocerle la nueva cuantía de la prestación de incapacidad en los mismos términos en que tendría derecho a la prestación de desempleo. En tal caso, se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo. Por tanto, su régimen jurídico está impregnado, a efectos de cuantía y duración por las reglas que disciplinan la prestación de desempleo. En este sentido, las normas reguladoras de la prestación de desempleo son claras en la medida que, para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo, se refiere a los últimos 180 días dentro del periodo de ocupación cotizada de los seis años previos a la situación legal de desempleo y, esos últimos 180 días, solo pueden ser los anteriores a la situación de IT, pues los días comprendidos en esta situación de IT, aunque cotizados, no son días de ocupación efectiva.

PRECEPTOS:

RDLeg. 8/2015 (TRLGSS), arts. 269.1 y 270.1.
RD 625/1985 (Protección por desempleo), art. 4.1.

PONENTE:

Don Ángel Antonio Blasco Pellicer.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4270/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahun

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

En Madrid, a 7 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Valentina, representada y asistida por el letrado D. Antonio Tejero Ruiz, contra la sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3233/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Jerez de la Frontera, de fecha 18 de marzo de 2016, recaída en autos núm. 1503/2014, seguidos a instancia de Valentina, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Seguridad Social.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado y asistido por la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 18 de marzo de 2016 el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"PRIMERO.- Doña Valentina estando prestando servicios como trabajadora por cuenta ajena del SAS en 18 de Agosto de 2014 sufre un proceso de IT derivada de Enfermedad Común, finalizando la relación laboral en fecha de 31 de Agosto de 2014.

Segundo.

El 30 de Septiembre de 2014 la actora solicita al INSS el pago directo de la prestación de IT/EC, recibiendo en fecha de 6 de Octubre de 2014, resolución aprobatoria de la prestación con base reguladora de 6,68 euros.

- Disconforme con la anterior en fecha de 3-11-14, interpuso reclamación previa, desestimada mediante resolución expresa de 7-11-14.

Tercero.

Interesa la parte actora la determinación de una base reguladora diaria en cuantía 28,08 euros".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Estimo la demanda interpuesta por Doña Valentina contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, condenando a los organismos demandados a abonar a la actora el subsidio por incapacidad temporal derivado de enfermedad común e iniciado en fecha de 18-8-14, según una base reguladora diaria de 28,08 euros".

Segundo.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla), la cual dictó sentencia en fecha 5 de octubre de 2017, en la que consta el siguiente fallo:

"Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el INSS y TGSS contra la sentencia dictada en los autos nº 1503/2014 por el Juzgado de lo Social número uno de Jerez de la Frontera, en virtud de demanda

formulada por Dña Valentina, contra los citados organismos, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada, con absolución de los demandados".

Tercero.

Por la representación de D^a. Valentina se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en fecha 29 de mayo de 2017, recurso nº 1916/2016.

Cuarto.

Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la parte recurrida, INSS, se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

Quinto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de marzo de 2020.

Se inició la deliberación telemáticamente el día 31 de marzo de 2020, en el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con varias prórrogas, y se concluyó en la fecha de su firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

1.- Constituye cuestión a decidir en el presente recurso de casación unificadora la forma de cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo cuando el hecho causante de la misma -en este caso, la extinción del contrato de trabajo- se produce estando la trabajadora en situación de Incapacidad Temporal.

2.- Recurre la actora la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía - sede de Sevilla- de 5 de octubre de 2017, rec. 3233/2016.

La actora prestaba servicios por cuenta ajena para el Servicio Andaluz de Salud, cuando el 18 de agosto de 2014 inició un proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común. La relación laboral terminó el 31 de agosto de 2014. El INSS aprobó el pago directo de la prestación sobre una base reguladora resultado de sumar las bases de cotización por la contingencia de desempleo correspondientes a los seis meses anteriores al hecho causante de la incapacidad temporal. La actora presentó demanda interesando el reconocimiento de una base reguladora de la prestación de desempleo calculada por la suma de las bases de cotización de desempleo, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los últimos 180 días de ocupación cotizada dentro de los 6 años anteriores a la extinción del contrato.

La sentencia recurrida revocó la de instancia y confirmó la base reguladora obtenida por el INSS, discrepando del argumento de la parte actora que pretende calcular la base reguladora mediante el promedio de las bases de cotización de los últimos 180 días en que efectivamente hubo cotización. La sala dice aplicar la doctrina de la STS de 26 de mayo de 2009 (rcud 2410/2008), la cual decide sobre el importe de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente precedida de un proceso de incapacidad temporal durante el cual se extinguió el contrato de trabajo. La sentencia recurrida argumenta que la fórmula de cálculo propuesta por la parte actora es incorrecta ya que el art. 211 LGSS se refiere a la base por la que se haya cotizado durante los últimos 180 días y no a la base por la que se haya cotizado durante los últimos 180 días cotizados. Y la mención del art. 211 al periodo del art. 210 LGSS es irrelevante para la sentencia porque se trata de un plazo a efectos de carencia que incide solo en la duración de la prestación.

Segundo.

1.- La trabajadora recurrente aporta como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 29 de mayo de 2017, Rec. 1963/2016, en la que se plantea el importe de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal durante el periodo de pago directo por el INSS tras haberse extinguido la relación laboral del trabajador.

Esta sentencia de contraste se remite al contenido literal del art. 211.1 LGSS en relación con el art. 210, así como al art. 4.1 del RD 625/1985 disponiendo que "la base reguladora de la prestación por desempleo se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar". La interpretación conjunta de dichos artículos significa, para la sentencia de contraste, que el promedio de las bases de cotización por desempleo debe hacerse tomando los últimos 180 días cotizados en los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo, por lo que estima la demanda del beneficiario.

2.- La Sala entiende que concurre la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS, ya que existe identidad sustancial de hechos, pretensiones y fundamentos en la medida en que ambas sentencias contemplan la solicitud de cálculo de la base reguladora, por los mismos fundamentos jurídicos en atención a los últimos 180 días de ocupación cotizadas, en sendos supuestos en los que se accede a la situación de desempleo estando el trabajador en situación de Incapacidad temporal y debe ser el INSS el que efectúe el pago directo de la prestación de IT en la cuantía que suponga la prestación de desempleo. A pesar de lo cual, las sentencias han llegado a soluciones diferentes.

Tercero.

1.- La recurrente denuncia, en su único motivo de recurso, al amparo del apartado e) del artículo 207 LRJS, infracción de los artículos 211.1 LGSS (actual artículo 270.1), 210.1 LGSS (actual 269.1 LGSS) y artículo 4.1 del RD 625/1985, de 2 de abril. Entiende que, conforme a lo previsto en los mencionados preceptos, la interpretación ajustada a derecho para el cálculo de la base reguladora es la de promediar las bases de cotización por desempleo en los últimos ciento ochenta días cotizados en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, como lo hizo la sentencia de instancia y la aportada como referencial.

2.- Para resolver la controversia resulta necesario acudir a los preceptos que resultan aplicables: Así el artículo 283.1 (anteriormente el artículo 222) LGSS, bajo el título "Prestación por desempleo e Incapacidad Temporal" dispone: "Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 267.1 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo. En tal caso, se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de la extinción del contrato de trabajo". Ello implica que, aunque sigamos estando ante la prestación de Incapacidad Temporal, su cuantía viene establecida por la que le correspondería al trabajador de haber causado derecho a la situación de desempleo sin estar en Incapacidad Temporal, lo que obliga a reconocerle la nueva cuantía de la prestación de incapacidad en los mismos términos en que tendría derecho a la prestación de desempleo. Para ello debemos acudir a los preceptos que disciplinan la cuantía de tal prestación.

En efecto, el artículo 270.1 (anteriormente artículo 211.1) LGSS establece: "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 ciento ochenta días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior". Y, por su parte, tal artículo anterior -El 269.1 (anteriormente artículo 210.1) dispone: "La duración de la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la siguiente escala...". Por último, el artículo 4.1 del RD

625/1985, de 2 de abril, Por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, dice lo siguiente: "La base reguladora de la prestación por desempleo se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar. Para el cálculo de la base reguladora no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa, ni la retribución por horas extraordinarias".

3.- La adecuada interpretación y aplicación de los preceptos transcritos conducen a concluir que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, por las razones que seguidamente exponemos. En primer lugar, resulta que, aunque la prestación cuya cuantía se controvierte sea nominalmente una prestación de Incapacidad Temporal, debe ser calculada como si se tratase de una prestación de desempleo y, también, consume tiempo de esta prestación. Por tanto, su régimen jurídico está impregnado, a efectos de cuantía y duración por las reglas que disciplinan la prestación de desempleo (STS de 30 de noviembre de 2005, Rcd. 2432/2004). En segundo lugar, las normas transcritas -reguladoras todas ellas de la prestación de desempleo- son claras en la medida en que, para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo, se refieren a los últimos ciento ochenta días últimos dentro del período de ocupación cotizada de los seis años previos a la situación legal de desempleo y, esos últimos ciento ochenta días, sólo pueden ser los anteriores a la situación de Incapacidad temporal, pues los días comprendidos en esta situación de IT, aunque cotizados, no son días de ocupación efectiva. Por último, a tal circunstancia en el cálculo de la base reguladora: "los últimos ciento ochenta días dentro del período de ocupación cotizada" se ha referido la Sala cada vez que ha tenido que aludir al cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo (por todas: SSTS de 27 de diciembre de 2016, Rcd. 3132/2015; 4 de enero de 2018, Rcd. 1552/2017; de 24 de enero de 2018, Rcd. 1552/2015; de 15 de enero de 2048, Rcd. 3279/2016 y de 30 de enero de 2018, Rcd. 1492/2016).

Cuarto.

1.- A la anterior conclusión no obsta el contenido de la STS de 25 de mayo de 2009 (Rcd. 2410/2008) y las que allí se citan, transcrita en parte en la sentencia recurrida, pues el párrafo que copia textualmente no se corresponde con los fundamentos jurídicos de esa STS, la cual -al igual que la larga lista de sentencias que incorpora-, no tiene nada que ver con el supuesto que aquí examinamos, dado que allí se decide sobre el importe de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente precedida de un proceso de incapacidad temporal durante el cual se extinguió el contrato de trabajo. La Sala Cuarta sigue el criterio de las bases mínimas del art. 140.4 LGSS para los periodos de incapacidad temporal posteriores a la extinción del contrato; sin que, en ningún momento se plantee el problema que aquí resolvemos.

2.- Lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, implica que debe acogerse el recurso y, consecuentemente, debe casarse y anularse la sentencia recurrida para resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase formulado por el INSS y dejando firme la sentencia de instancia. Sin costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a. Valentina, representada y asistida por el letrado D. Antonio Tejero Ruiz.

2.- Casar y anular la sentencia dictada el 5 de octubre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de suplicación núm. 3233/2016.

3.- Resolver el debate en Suplicación desestimando el de tal clase y declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Jerez de la Frontera, de fecha 18 de marzo de 2016, recaída en autos núm.

1503/2014, seguidos a instancia de Valentina, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Seguridad Social.

4.- No efectuar declaración alguna sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

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.