



Roj: **STS 368/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:368**

Id Cendoj: **28079140012019100020**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **3279/2016**

Nº de Resolución: **24/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 14343/2015,**  
**STS 368/2019**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3279/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

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

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

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

##### **Sentencia núm. 24/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 17 de diciembre de 2015, en el recurso de suplicación nº 389/2015, interpuesto frente a la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014, por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera, en los autos nº 686/13, seguidos a instancia de D. Jaime contra Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), sobre prestación por desempleo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Con fecha 11 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jerez de la Frontera, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Jaime contra SERVICIO PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO (SPEE), debo revocar parcialmente las Resoluciones de 18/04/13 y 02/07/13 y debo declarar y declaro que la base reguladora de la Prestación por Desempleo reconocida asciende a 111,47€/día, debiendo estar el condenado a estar y pasar por la presente declaración".



Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1º.- D. Jaime , con DNI nº NUM000 , nacido el NUM001 /60, se encuentra afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº NUM002 .

2º.- El actor ha venido prestando servicios para la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU hasta el 30/03/13 en que causó baja en la misma en aplicación de ERE nº NUM003 .

3º.- En fecha 03/04/13 el actor formuló solicitud de prestación de desempleo emitiéndose Resolución de la Dirección Provincial del SPEE de fecha 18/04/13 de aprobación de prestaciones de desempleo, reconociéndole para el periodo 01/04/13 al 30/03/15 el derecho en los siguientes términos:

Días Cotizados: 2,192.- Días de Derecho: 720.- Base Reguladora Diaria: 110,89.- % sobre la Base Reguladora: 70%.- Cuantía diaria inicial: 46,59.

4º.- Las bases de cotización de la contingencia de desempleo de los 180 días anteriores al hecho causante fueron las siguientes:

AÑO 2013 MES Nº DÍAS COTIZADOS BASE COTIZACIÓN

3 30 3,425,70

2 30 3,425,70

1 30 3,425,70

AÑO 2012

12 30 3,262,50

11 30 3,260,50

10 30 3,260,50

TOTALES..... 180 20,064,60

5º.- El SPEE ha utilizado para el cálculo de la Base Reguladora de los últimos 180 días anteriores los siguientes datos:

AÑO 2013 MES Nº DÍAS COTIZADOS BASE COTIZACIÓN

3 30 3,425,70

2 28 3,425,70

1 31 3,425,70

AÑO 2012

12 31 3,262,50

11 30 3,260,50

10 30 3,157,26

6º.- Con fecha 18/04/13 el actor formuló reclamación previa frente a la Base Reguladora reconocida, siendo desestimada la reclamación en fecha 02/07/13".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "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 11/11/14, dictada por el juzgado de lo social nº 3 de Jerez de la Frontera , en autos 685/13, seguidos a instancia de D. Jaime contra el Servicio Público de Empleo Estatal, y, en consecuencia, CONFIRMAMOS la Resolución impugnada.- No se efectúa condena en costas".

**TERCERO .-** Contra la sentencia dictada en suplicación, el letrado sustituto del Abogado del Estado en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal, mediante escrito de 13 de mayo de 2016, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega: PRIMERO.- Como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de fecha 28 de junio de 2013 (Rec. nº 941/13 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 224.1 y 2, en relación con el art. 207.e) de la LJS y el art. 211.1 LGSS , en relación con los arts. 3 y 5 CC .



**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 19 de enero de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y, no habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplaza en forma, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe.

**QUINTO .-** El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017. Por providencia de 15 de diciembre de 2017 se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posible falta de competencia de la Sala y de la irrecurribilidad en suplicación de la sentencia en el Juzgado, en consecuencia, se acordó suspender el señalamiento fijado para el 19 de diciembre de 2017.

**SÉPTIMO. -** Presentado escrito por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal y emitido informe por el Ministerio Fiscal, se señaló de nuevo para votación y fallo el día 15 de enero de 2019, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Términos del debate.

Se discute acerca del modo de calcular la base reguladora de la prestación contributiva de desempleo cuando la cotización se efectúa por meses.

#### 1. Datos relevantes.

Puesto que la cuestión suscitada posee un corte claramente interpretativo del significado que posee determinado precepto de la Ley General de Seguridad Social de 1994 (LGSS), la adecuada comprensión del litigio y de nuestra solución apenas requiere el recordatorio de unos pocos datos.

El actor, antiguo trabajador de Telefónica de España SAU, causó baja el 30 de enero de 2013 al amparo de la autorización administrativa concedida en el expediente regulación de empleo tramitado con el nº 177/2011.

Interpone demanda para que la base reguladora diaria de la prestación por desempleo que le fue reconocida por el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE), con una duración de 720 días, se fije en 111,47 € (tomando en consideración las cotizaciones realizadas en los seis últimos meses, computados como meses de 30 días) y no en los 110,89 € que reconoce la Entidad Gestora (a partir de las bases de cotización de los últimos 180 días naturales cotizados).

#### 2. Sentencia recurrida.

La sentencia ahora impugnada es la 3251/2015 de 17 de diciembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 2015 (rollo 389/2015).

Antes de pronunciarse sobre el único motivo de censura jurídica formulado por SPEE contra la sentencia dictada en la instancia, estimatoria de la demanda, afirma que la resolución impugnada tiene acceso a la suplicación, al ser notoria la afectación general de la cuestión litigiosa. Razona que así se deduce del elevado número de recursos de los que conoce la propia Sala y otros Tribunales Superiores de Justicia.

Sentado lo anterior, desestima el recurso siguiendo el criterio adoptado en pronunciamientos precedentes, que transcribe.

#### 3. Recurso de casación unificadora.

Con fecha 13 de mayo de 2016 la Abogacía del Estado, en representación del SPEE, formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina.

Alega que el tenor literal art. 211.1 LGSS, cuya vulneración denuncia, puesto en relación con el art. 5 CC, es lo suficientemente claro para entender que las cotizaciones a tener en cuenta son las efectivamente realizadas en los últimos 180 días naturales, y no en los seis últimos meses.

Añade que una elemental regla de coherencia con la finalidad de la protección por desempleo lleva a considerar que la prestación debe ser correlativa con la cotización efectuada, la cual, a su vez, está en directa relación con el número de días en los que se cotizó, porque de lo contrario, se llegaría a pagar igual prestación por desigual cotización previa.

#### 4. Informe del Ministerio Fiscal.

No habiéndose personado la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió el informe previsto en el art. 226.3 LRJS con fecha 21 de marzo de 2017.



Advierte que esta Sala ha dictado varias sentencias conociendo de litigios similares en las que no ha apreciado la existencia de afectación general, declarando, por ende, la inadmisibilidad del recurso de suplicación y del posterior recurso de casación unificadora. No obstante lo anterior, mantiene que el Tribunal debe modificar su postura al haberse interpuesto ya un número no desdeñable de recursos de casación sobre este tema, lo que abona la tesis de su afectación generalizada y la consecuente necesidad de que la Sala unifique doctrina al respecto.

En cuanto al fondo, asume la tesis defendida por la Entidad Gestora y reitera los argumentos esgrimidos en su apoyo, por lo que estima que el recurso debe considerarse procedente.

#### **5. La norma cuya interpretación se cuestiona.**

Como queda expuesto, lo único que aquí se discute es el modo de calcular la base reguladora (diaria) de las prestaciones por desempleo. El precepto aplicable por razones cronológicas es el artículo 211 LGSS ("Cuantía de la prestación por desempleo") cuyo apartado 1 prescribe lo siguiente en el párrafo primero:

"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".

A su vez, el artículo 210 LGSS ("Duración de la prestación por desempleo") prescribe en su apartado 1 que "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 escala que contiene.

#### **SEGUNDO.- Examen de la competencia funcional.**

El análisis de la competencia funcional, aunque no hubiera sido planteado por el Ministerio Fiscal en los términos anteriormente expuestos, es previo y no se encuentra condicionado por el presupuesto de la contradicción. En aplicación de la doctrina citada, debe entrarse a resolver la cuestión relativa a la recurribilidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

En los antecedentes sexto y séptimo ya hemos dado cuenta de los trámites específicos que por motivo de esta cuestión se han seguido.

#### **1. Acceso al recurso de suplicación .**

Aunque según proclama el art. 219 LRJS , la contradicción es un presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina de obligada observancia, 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 comprobar si concurre el requisito que permite 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 las 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).

#### **2. La notoriedad de la afectación general como vía de acceso a la suplicación.**

El 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 - 0,58 euros diarios - elevada a su proyección anual, e incluso a la duración máxima de la prestación reconocida, queda muy por debajo del umbral de 3.000 euros previsto en el art. 191.2 g). Ello explica la decisión de la sentencia impugnada de admitir el recurso de suplicación por considerar que la cuestión controvertida reviste una notoria afectación general, en concordancia con lo decidido por el órgano de instancia, y hace necesario recordar la doctrina que hemos establecido respecto de esta concreta vía de acceso a la suplicación.

De un lado, a partir de las SSTS, Pleno, 3 octubre 2003 (rec. 1011/2003 y 1422/2003 ) que modificaron el criterio anterior, existe una línea jurisprudencial totalmente consolidada en el sentido de que no es necesaria la previa alegación de parte ni la prueba de la afectación general en el supuesto de que la misma sea "notoria"; basta con que la misma sea apreciada razonadamente por el Juzgado o Tribunal encargado del enjuiciamiento.



Hemos afirmado también que corresponde en primer lugar al Juez de lo Social de instancia analizar la concurrencia de la afectación general, 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 otra parte, en lo relativo al concepto de notoriedad que sustenta la modalidad de afectación general que nos ocupa, es criterio reiterado de la Sala que "La notoriedad que abre el acceso al recurso de suplicación, no puede ser la "notoriedad absoluta y general" de que habla el art. 281.4 LEC . Para su apreciación bastará con que, por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal" ( SSTS de 25 enero 2011, rec. 1418/2010 ; 7 octubre 2011, rec. 3338/2009 ; 21 febrero 2017, rec. 1253/2015 ; 24 octubre 2017, rec. 734/2016 ).

Asimismo, hemos señalado que la vía de la afectación general, como medio de acceso al recurso de suplicación, "no está concebida exclusivamente como un derecho de las partes, pues se configura también como un instrumento que tiene por objeto conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena medida de la condición de orden público. Así la sentencia de Tribunal Constitucional 79/1985, de 3 de julio , precisó que uno de los objetivos que se persiguen por el legislador al establecer esta vía especial de acceso al recurso, es "evitar que queden sin recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior"; y de la sentencia del mismo Tribunal 108/1992, de 14 de septiembre , se desprende que este supuesto excepcional de interposición del recurso de suplicación que permite el art. 189.1.b) de la LPL , responde a "un interés abstracto: la defensa del 'ius constitutionis' y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley ( STS 16 de diciembre de 2009, rec. 4376/2008 ; 25 de mayo de 2010, rec. 2404/2009 ; 25 de enero de 2011, rec. 1428/2010 ).

Pero como también hemos puntualizado 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. Consideraciones específicas sobre el caso.**

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. Ese dato no es necesariamente revelador de una conflictividad generalizada en torno a la cuestión debatida, necesitada de soluciones uniformes, pero sí es indicativo de la existencia de una elevada litigiosidad sobre la materia. Por esta razón, coincidiendo con lo informado por el Ministerio Fiscal, debemos reconsiderar el criterio seguido con anterioridad en anteriores sentencias, como las de 10 (dos) de enero de 2017 (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.

Esa reconsideración de la recurribilidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ha sido ya realizada por la STS 43/2018 de 24 enero (rec. 1552/2017), con argumentos que reproducimos de inmediato:



"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.- Análisis de la contradicción.**

Que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social fuere recurrible en suplicación y que esta Sala sea competente no implica que debamos examinar ya el tema de fondo y proclamar la doctrina correcta sobre la interpretación del precepto en cuestión. Por constituir un presupuesto procesal del recurso que hemos de controlar necesariamente, hemos de analizar la concurrencia de la preceptiva contradicción entre las sentencias comparadas por el recurrente.

#### **1. Exigencia legal y jurisprudencial.**

A) El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

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

La parte recurrente aporta como sentencia de contraste la de la Sala de Andalucía, con sede en Granada, de fecha 28 de junio de 2013, recaída en el rollo 1299/2013, en procedimiento promovido también por un antiguo trabajador de Telefónica de España SAU, que cesó el 29 de diciembre de 2011, bajo la cobertura de la resolución recaída en el expediente de regulación de empleo nº NUM003.

Consta en la resolución invocada que al actor le fue reconocida prestación por desempleo sobre una base reguladora diaria de 105,91 euros, obtenida a partir de los últimos 180 días cotizados, y que habiendo formulado 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 acogida en la instancia, pronunciamiento que fue revocado en suplicación atendiendo a una interpretación literal, sistemática, finalista e histórica del art. 211.1 LGSS.

#### **3. Consideraciones específicas.**

No cabe duda de que las sentencias opuestas cumplen con las exigencias del artículo 219.1 LRJS, hasta el extremo de que en ambas se afronta el cálculo de la base reguladora de prestaciones por desempleo solicitadas por quienes han sido trabajadores de la misma empresa y han visto extinguidos sus contratos de trabajo como consecuencia de un expediente de regulación de empleo.



Las dos sentencias de suplicación aplican la misma norma ( artículo 211.1 LGSS ) y acceden a soluciones diversas sobre el modo de hallar la base reguladora. Mientras la referencial considera que hay que decidir entre 180 las bases de cotización de los últimos seis meses, la recurrida toma en cuenta la cotización de los últimos 180 días naturales.

Así pues, 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.

#### **CUARTO.- Doctrina de la Sala.**

A) La STS 1118/2016 de 27 de diciembre (rec. 3132/2015 ), con ocasión de contratos de trabajo a tiempo parcial, explica que las bases de la prestación por desempleo se fijan en función del promedio de lo cotizado en los últimos 180 días. Recordemos su tenor:

Procede determinar el importe la base reguladora de la prestación, en la forma que se desprende del art. 211.1 LGSS , esto es, obteniendo 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 210.

B) La citada STS 43/2018 de 24 enero (rec. 1552/2017 ) acoge ese criterio y explicita las razones de ello:

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.

[...]

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.

C) La STS 74/2018, de 30 enero (rec. 1492/2016 ) ha reiterado esa doctrina.

#### **QUINTO.- Resolución.**

Razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley conducen a aplicar el mismo criterio que el acogido por las sentencias reseñadas en el Fundamento precedente. La doctrina correcta se halla en la sentencia referencial, por lo que procede estimar el recurso interpuesto por el SPEE.

El artículo 228.2 LRJS regula tanto los efectos de nuestra sentencia sobre la recurrida ("Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia") cuanto el modo en que debemos proyectar la doctrina correcta sobre el litigio suscitado ("y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada").

En nuestro caso, habida cuenta de que el Juzgado de lo Social ha interpretado de manera errónea el artículo 211.1 LGSS y de que el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Gestora denuncia adecuadamente su infracción, procede estimarlo y revocar el fallo de instancia, con desestimación de la demanda puesto que la Resolución del SPEE aplica la interpretación acertada cuando establece la base reguladora de la prestación por desempleo en 110,89 euros diarios.

Asimismo, nuestro fallo ha de contener los pronunciamientos complementarios que el propio artículo 228.2 LRJS exige ("En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe"), además de concordarlos con lo previsto en el artículo 235 y concordantes de la LRJS .

En suma: 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 que haya condena en costas como consecuencia de los dos recursos interpuestos por el SPEE.

## 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 el Abogado del Estado en nombre y representación del Servicio Público de Empleo Estatal.
- 2) Casar y anular la sentencia 3251/2015 de 17 de diciembre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 2015 (rollo 389/2015).
- 3) Resolviendo el debate en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el Abogado del Estado.
- 4) Revocar la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2014, por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jerez de la Frontera , en los autos nº 686/13, seguidos a instancia de D. Jaime contra Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), sobre prestación por desempleo.
- 5) Desestimar la demanda origen del presente litigio.
- 6) No realizar imposición de costas como consecuencia de los mencionados recursos.

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

Así se acuerda y firma.