Id Cendoj:	09059340012009100246
Órgano:	Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede:	Burgos
Sección:	1
Nº de Recurso:	239/2009
Nº de Resolución:	310/2009
Procedimiento:	RECURSO SUPLICACION
Ponente:	CARLOS JOSE COSME MARTINEZ TORAL
Tipo de Resolución:	Sentencia

Resumen:

OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

T.S.J.CASTILLA-LEON SALA SOCIAL

BURGOS

SENTENCIA: 00310/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LEON

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001(AVENIDA DE LA ISLA Nº 10-1ª PLANTA 09003)

N.I.G: 09059 34 4 2009 0100272, MODELO: 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPLICACION 0000239 /2009

Materia: OTROS DCHOS. SEG.SOCIAL

Recurrente/s:

Recurrido/s: INEM

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL nº: 002 de BURGOS DEMANDA 0000977 /2008

RECURSO DE SUPLICACION Num.:

Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Secretaría de Sala: Sra. Carrero Rodríguez

SALA DE LO SOCIAL

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SENTENCIA Nº: 310/2009

Señores:

Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez Toral

Presidente Accidental

Ilmo. Sr. D. Santiago Ezequiel Marqués Ferrero

Magistrado

Ilmo. Sr. D. Ignacio de las Rivas Aramburu

Magistrado

En la ciudad de Burgos, a veinte de Mayo de dos mil nueve.

En el recurso de Suplicación número interpuesto por DOÑA Amelia , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 2 de Burgos en autos número 977/2008 seguidos a instancia de la recurrente , contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO , en materia de Seguridad Social . Ha actuado como Ponente Ilmo. Sr. Don Carlos Martínez Toral que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 19/02/2009 cuya parte dispositiva dice: Que desestimando la demanda presentada por DOÑA Amelia contra INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO debo declarar y declaro no haber lugar a lo solicitado, absolviendo al INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO de los pedimentos contenidos en la demanda.

SEGUNDO.- En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO.- DOÑA Amelia , se halla afiliada a la Seguridad Social con el número 09/0027679963, la cual ha venido prestando servicios para la empresa TELEFONICA ESPAÑA S.A., SOCIEDAD UNIPERSONAL desde el 1 de julio de 1.999 hasta el 30 de abril de 2.007.SEGUNDO.- Solicitada Prestación de Desempleo por la actora, en fecha 11 de mayo de 2.007 se dictó Resolución por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO por la que se acordó reconocer a la actora la citada prestación conforme a una base reguladora diaria de 98,24 # y efectos iniciales de 1 de mayo de 2.007, habiendo tenido en cuenta el INEM para el cálculo de la Base Reguladora el promedio de las bases de cotización de los 180 últimos días inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo, de 2 de noviembre de 2.006 a 30 de noviembre de 2.007.TERCERO.- En la relación laboral de la actora comprendida en los últimos 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, la misma ocupó un puesto de trabajo integrado en el Grupo 3 de cotización, cuyo Grupo cotiza por mensualidades de 30 días con independencia del número de días que las componen, que son los que figuran detallados en el Certificado de Empresa.CUARTO.- Durante el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2.006 al 30 de abril de 2.007 la actora ha cotizado un total de 17.683,21 #, habiendo cotizado durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2.006 al 30 de abril de 2.006, la cantidad de 17.779,80 #. QUINTO.- La parte actora, tal como ha concretado en el acto de juicio, solicita se declare que la base diaria de cotización a efectos de determinar la prestación por desempleo asciende a 99,77 #.SEXTO.- Formulada Reclamación Previa, ha sido desestimada por Resolución de fecha 31 de octubre de 2.008.

TERCERO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación la demandante, siendo impugnado de contrario . Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

CUARTO.- En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia, que ha desestimado las pretensiones de la demanda, se recurre en Suplicación por la representación de la actora, con un único motivo de recurso, con amparo en el *Art. 191 c) LPL* , denunciando infracción de lo dispuesto en el *Art. 211 LGSS* , en relación con el *Art. 210* de la misma y otras disposiciones que se citan, entendiendo tendría derecho a la base reguladora reclamada.

En definitiva, la cuestión que se debate en este procedimiento es muy simple, es determinar si de la normativa del *artículo 211* en relación con el *artículo 210 de la LGSS* , *artículo 4 del RD 625/85* , y *artículo 115 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, para 2006* y *artículo 31* en relación con los *artículos 1*

y 3 de la Orden TAS 31/07 , han sido omitidos o no por la sentencia de Instancia. O lo que es lo mismo, cuál es el criterio a seguir para la determinación de la base reguladora de la prestación de desempleo a la que tiene derecho la actora, si se ha de proceder a computar el periodo de referencia inmediatamente anterior a la prestación por desempleo (180 días), con mensualidades de 30 días, o por el contrario, por días naturales, como es defendido por el INEM. Lo que determinaría que en caso de seguirse el criterio mantenido por la actora, la base reguladora diaria de la prestación por desempleo sería de 98,77 euros, mientras que si se sigue el criterio del Servicio Público de Empleo Estatal, sería de 98,24 euros. En definitiva, si el periodo de 180 días se computa a razón de meses de 30 días, la prestación sería de 98,77 euros, y si se computan los 180 días naturales sería exclusivamente la de 98,24 euros, computados estos días de 1-11-06 a 30-11-07. Mientras que en la reclamación de la parte actora, el cómputo sería de meses de 30 días de 2-11-06 al 30-4-07.

En primer lugar ha de hacerse constar que no figura en hechos probados, ni tampoco en la fundamentación jurídica de la Sentencia cuál es el periodo total de desempleo al que tiene derecho el actor. Pues solamente se determina que"se reconoce al actor una prestación por desempleo de efectos iniciales de 1 de Mayo de 2007, con una base reguladora de 98,24 euros", si bien no se determina cuál es la duración precisa de dicha prestación.

De idéntico modo, tampoco se especifica, pues ningún argumento existe al respecto, el motivo por el cuál se ha procedido a permitir el acceso al recurso de Suplicación de esta resolución, no mencionándose en ningún caso que exista una "afectación general" a efectos de admisibilidad del recurso. Siendo así, y de conformidad con lo prevenido en el *artículo 189.1.c de la LPL* , cuando, como sucede en el caso de autos, nos encontramos con una diferencia entre la base reguladora, lo procedente es que el recurso tenga el mismo tratamiento a efectos de recurso que una reclamación de cantidad en forma de prestación periódica, es decir, habrá de estarse al importe anual de la diferencia. Siendo evidente que lo reclamado es una diferencia de base reguladora de 98,77 euros reclamado por la parte actora, y 98,24 tal como reconoce la entidad demandada - ordinal segundo-, la diferencia sería de 0,53 euros mensuales, que multiplicado por 12 evidentemente determinaría que, por razón de cuantía, no se debería tener acceso al recurso de Suplicación.

Ahora bien, y siguiendo la doctrina mantenida por la STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2008, en la medida que esta cuestión, que nace de una interpretación normativa puede tener incidencia clara en un número elevado de prestaciones por desempleo, que afectarían a una pluralidad notable de trabajadores, nos encontraríamos que la situación en cuestión, tiene un matiz de generalidad indudable. Que no fue alegada por las partes, ni siquiera comentada por la Juzgadora de Instancia, pero que evidentemente puede y debe ser apreciada por esta Sala, lo que conlleva la procedencia de admitir y resolver el recurso de Suplicación interpuesto.

SEGUNDO: Hemos de partir del contenido del ordinal tercero del relato fáctico, donde se determina que en la relación laboral de la actora, de los últimos 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, la misma ocupó un puesto de trabajo integrado en el grupo 3 de cotización, cuyo grupo cotiza por mensualidades de 30 días con independencia del número de días que componen dicha mensualidad.

Dicho lo anterior, la entidad demandada cita en apoyo de su cálculo y de su tesis, la Sentencia del TSJ de Madrid 586/07 , que como es lógico ha de haber sido dictada en el año 2007. Pues bien, este mismo Tribunal Superior, y en sentencia de 13 de octubre de 2008 , ha venido a indicar en un supuesto idéntico al de autos lo que sigue: " Debemos de comenzar indicando que ya esta Sala se había pronunciado sobre esta cuestión en sentencias anteriores, como la 5248/07 . Añadiendo que otras resoluciones de otros Tribunales Superiores, habían establecido un sistema de interpretación similar al solicitado en la actualidad por el demandante, si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la LGSS de 1994. Y añade que, a la luz de distintas consideraciones, dicha Sala ha de reconsiderar su anterior doctrina, favorable a la interpretación que sobre esta norma tiene el Servicio Público de Empleo Estatal.

Añadiendo que, en nuestro Sistema de la Seguridad Social se caracteriza por las notas de universalidad, obligatoriedad y uniformidad. Se trata de un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respeto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y prestaciones sociales para situaciones de necesidad. Y en materia de desempleo, tal como dispone el *artículo 41 de la CE* . Más concretamente, el nivel de protección se identifica con el principio de proporcionalidad entre salario percibido, cotización efectuada y prestación percibida, según refleja el *articulo 204 de la LGSS* , en el que se fija el objeto de la protección contributiva, como la de sustituir las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de jornada. En este nivel de protección la relación entre cuota y prestación es automática. Por lo que el sistema de cotización por la contingencia de desempleo tiene relevancia en tanto que las cuotas abonadas por la

misma configuran el importe de la prestación, no así la que se realiza durante la percepción de la prestación por desempleo.

El *artículo 211.1 de la LGSS* marca los elementos que configuran la base reguladora, esto es, como la situación de desempleo surge tras la ruptura de la relación laboral en la que se ha estado cotizando por aquella contingencia, las cotizaciones que haya realizado el trabajador serán las que sirvan para el cálculo de la base reguladora. Por tanto, el problema es la interpretación que debe darse al término 180 días inmediatamente anteriores, lo que debe resolverse conforme el *artículo 3.1 del CC* , por la interpretación literal de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, atendiendo a la finalidad y espíritu de aquéllas.

Si esto es así, los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo, son por un lado bases de cotización por dicha contingencia, y por otro, espacio temporal sobre el que operan dichas cuantías. La base de cotización se corresponde con una remuneración de carácter mensual y las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán por 12 meses al año. Por tanto, cuando la norma habla de bases de cotización lo son de carácter mensual. Es cierto que el *artículo 211.1 de la LGSS* habla de promedio, pero respecto a las bases de cotización y en tanto que ésta pueda ser alterada en su cuantía por los conceptos retributivos que comprenda sin que ello haga referencia a los días naturales, (30, 31 o 28 según los meses). Por tanto, los 180 días no son sino el equivalente a 6 meses de 30 días.

La *ley 66/97, de 30 de diciembre, en su disposición adicional 18* , sustituye el término de 6 meses por 180 días, pero este cambio no es sino una adecuación de los términos temporales utilizados en la norma y en concreto con el periodo de ocupación cotizada que servía y sirve para fijar el periodo de duración de la prestación y sobre el que también se configura la base reguladora. No existiendo desde 1980, -a partir de las normas de *ley 51/80 de 8 de octubre, básica de empleo, RD 920/81 de 24 de abril* , del Reglamento de Prestaciones por Desempleo, *ley 31/84 de 2 de agosto de protección por desempleo, RD 625/85 de 2 de abril* de protección por desempleo-, evidencia alguna que se quisiera modificar tanto el periodo mínimo de ocupación efectiva cotizada, como el que ha venido sirviendo al cálculo de la base reguladora. Es más, las discrepancias que pudieran presentarse entre la norma legal y las reglamentarias no podría solventarse de otra forma que la de entender que los 180 días, eran y son equivalentes a los 6 meses que recogía la ley anterior a la reforma de 66/97.Entendiendo estos 180 días como seis meses de 30 días. La irrelevancia de esta modificación introducida por *ley 66/97* , se advierte con la lectura de las diferentes leyes presupuestarias que se promulgaron con posterioridad, y que en materia de cotizaciones durante la situación de desempleo hablaba además de promedio de 6 meses de bases de cotización, que ya indicaba el *reglamento 2064/95 de 22 de diciembre. No* fue hasta la *ley 30/05 de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado* , cuando el legislador se remite al precepto legal que regula la base reguladora de la prestación para determinar la base de cotización durante el percibo de aquélla, pero sin mayor alcance dado que su exposición de motivos sólo refiere respecto al título de cotizaciones sociales que procede a su actualización, sin ninguna otra referencia respecto a la reforma legal alguna en esta materia. Y la Orden TAS que recogía esa regulación, y en concreto la de 29/06, de 18 de enero, indicaba que "la base de cotización a la Seguridad Social será el promedio de las bases de los últimos 6 meses de ocupación cotizada por contingencias de accidentes de trabajo, y enfermedades profesionales, con exclusión de las cantidades correspondientes a horas extraordinarias, anteriores a la situación legal de desempleo". Manteniéndose esta redacción en las OM posteriores que desarrollan normas de cotización, partiéndose de un criterio mensual de cotización (orden TAS 76/08 de 22 de enero, por el que se desarrollan las normas las normas de cotización de la Seguridad Social, contenidas en la *ley 51/07 de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado* para el año 2008). En conclusión, los antecedentes legislativos y las normas reglamentarias posteriores inciden, de conformidad con lo prevenido en el *artículo 3.1 del CC* , en que la base reguladora de 180 días, habrá de ser referida a 6 meses de 30 días, y no a los días naturales últimos (180 días) cotizados.

Finalizando la Sentencia indicada, criterio compartido por esta Sala, que la cotización mensual se habrá de hacer por iguales importes, que es el que se acomoda al principio de proporcionalidad que distingue la prestación por desempleo. Y que se acomoda igualmente al contenido del ordinal tercero de la Sentencia, donde "la empresa había cotizado por mensualidades de 180 días, con independencia del número de días que componían cada mes".

Por tanto, si la trabajadora ha cotizado durante los últimos 6 meses 17.779,80 euros, y la base diaria de cotización se calcula dividiendo la misma por 30, la base reguladora sería 98,77 euros, estimándose por tanto el recurso de Suplicación, y la demanda interpuesta que dio origen a este procedimiento, revocándose en su integridad la resolución de Instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Amelia , frente a la sentencia de que dimana el presente rollo dictada por el Juzgado de lo Social Número 2 de Burgos de fecha 19 de Febrero de 2009 , en autos número 977/2008 seguidos a instancia de la recurrente , contra el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO , en materia de Seguridad Social, y en su consecuencia debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, dejando sin efecto la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 11 de Mayo de 2007 , fijando la base reguladora diaria de la prestación por desempleo en 98,77 #.

Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en los *artículos 100 de la Ley de Procedimiento Laboral, 248.4* de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus concordantes y firme que sea la presente, contra la que cabe interponer recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina para ante el Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes de su notificación, devuélvanse los autos junto con testimonio de esta Sentencia, incorporándose otro al rollo que se archivará en la Sala, al Juzgado de lo Social de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.