



Roj: STSJ GAL 8828/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:8828
Id Cendoj: 15030340012015105938
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Coruña (A)
Sección: 1
Nº de Recurso: 3439/2014
Nº de Resolución: 6343/2015
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: BEATRIZ RAMA INSUA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax: 881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2013 0002872

402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0003439 /2014 EV-A

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000567 /2013

Sobre: DESEMPLEO

RECURRENTE/S D/ña SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL

ABOGADO/A: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, REPRESENTACIONES CARLOS CHAVERT SL , Héctor , Leonardo

ABOGADO/A: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL, HELENA TEIXEIRA BARCALA , HELENA TEIXEIRA BARCALA , CATARINA CAPEANS AMENEDO

PROCURADOR: , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , ,

ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS D/Dª

BEATRIZ RAMA INSUA

Mª TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a trece de Noviembre de dos mil quince.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0003439 /2014, formalizado por la Letrada D^a CATARINA CAPEANS AMENEDO, en nombre y representación de Leonardo , contra la sentencia número 175 /2014 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000567 /2013, seguidos a instancia de Leonardo frente a TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL , REPRESENTACIONES CARLOS CHAVERT SL , Héctor , siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra D^a BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D. Leonardo presentó demanda contra TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL , REPRESENTACIONES CARLOS CHAVERT SL, Héctor , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 175 /2014, de fecha doce de Marzo de dos mil catorce .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: " Primero.- D. Leonardo , prestó sus servicios para la entidad Representaciones Carlos Chavert, S.L., y D. Héctor , entre el 2 de diciembre de 1.998 y el 20 de diciembre de 2.012, en que se declaró extinguida la relación laboral entre ambos por el Juzgado de lo Social n° 3 de A Coruña, en los Autos de Ejecución Título Judicial n° 42/12, tras la confirmación del recurso de reposición formulado frente al Auto de 28 de marzo de 2.012, que así lo declaraba. Segundo.- D. Leonardo , fue objeto de despido "disciplinario", por las entidades Representaciones Carlos Chavert, S.L., y D. Héctor , el 3 de mayo de 2.011, que fue declarado improcedente en Sentencia de 30 de diciembre de 2.011 por el Juzgado de lo Social n° 3 de A Coruña , en cuyo hecho probado primero se fijaba como salario regulador la cantidad de 2.243,13 # incluyendo prorrateo de pagas extraordinarias. Tercero.- D. Leonardo , vigente su relación laboral percibía un salario, que incluía como conceptos: salario base, "rem. Variable absorbible", "plus permanencia" y parte proporcional de pagas extras, que suponían una base de cotización de 1.221,41 # brutos mensuales, y además se le abonaban cantidades variables por "dietas", "kilometraje" y "plus de transporte". Cuarto.- El 25 de enero de 2.012, D. Leonardo , se reincorporó a la empresa, prestando sus servicios a jornada completa hasta el 28 de mayo de 2.012, en que se aplicó por la empresa un E.R.E. (N° NUM000) de reducción de jornada (50 %), aprobado por Resolución de la misma fecha, por la Consellería de Trabajo e Benestar Xunta de Galicia, hasta el 20 de diciembre de 2.012, periodo durante el cual D. Leonardo , percibió además de su salario, prestación por desempleo a razón de 419,49 # brutos, por un periodo de 102 días. Quinto.- Por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, se le reconoce el 11 de enero de 2.013, a D. Leonardo , prestación por desempleo, con efectos desde el 21 de diciembre de 2.012, hasta el 8 de septiembre de 2.014, a razón de una base reguladora de 39,95 # día y durante el periodo de 720 días, del que se descuentan 102 días, Sexto.- Por D. Leonardo , se formuló reclamación previa, interesando la revisión de su base reguladora, que fue resuelta en fecha de 5 de abril de 2.013, por la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, desestimándola. Séptimo.- Se agotó la vía administrativa previa."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por d. Leonardo contra el Servicio Público de Empleo Estatal, Tesorería General de la Seguridad social, Representaciones Carlos Chavert, S.L. y D. Héctor , y en consecuencia debo absolver a las demandadas de las pretensiones contra ella articuladas. "

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Leonardo formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 21 de Julio de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día trece de Noviembre para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte actora, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de

los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende alterar, suprimiendo el **hecho probado tercero**, con base en la sentencia del juzgado de lo social nº 3 de A Coruña, y en las nóminas obrantes en autos

Y con carácter subsidiario para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

"D. Leonardo, vigente su relación laboral, percibía un salario que incluía como conceptos salariales: salario base, rem variable absorbible, plus de permanencia y la parte proporcional de la paga extra y como conceptos no salariales: dietas, kilometraje, y plus de transporte. En los últimos 180 días previos a la situación de desempleo el trabajador debería contar con una base de cotización de 1.691,64 euros, sin computar los conceptos no salariales".

Se basa en las nóminas de julio a diciembre de 2012 (folios 118-124)

Se rechaza la pretendida revisión. Siguiendo constante doctrina del Tribunal Supremo, el Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica, como exigen los artículos 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635). Y decir cuál es la base reguladora de la prestación de desempleo, supone adelantar el sentido del fallo, toda vez que precisamente la cuestión jurídica a dilucidar, radica en la cuantía de la base reguladora de la prestación por desempleo.

SEGUNDO : Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, alega infracción del art. 211 de la Ley General de la Seguridad Social, y art 220, alegando en esencia, e insistiendo en que la base reguladora de la prestación de desempleo ha de clacularse partiendo del salario regulador del despido que se contiene en la sentencia del juzgado de lo social nº3 de A Coruña.

Como acertadamente expuso la resolución de instancia, los parámetros utilizados para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo son diferentes a los parámetros que se tienen en consideración para fijar la indemnización por extinción del contrato. En el presente supuesto, D. Leonardo, pretende que, para la fijación de la base reguladora, se tenga en cuenta el salario mensual fijado en la Sentencia de Despido, de 30 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 de A Coruña, y ello teniendo en cuenta que en el mismo se fija un salario bruto mensual de 2.243,13 €, con inclusión de pagas extra, claramente superior al que se recoge tanto en las nóminas, como en las bases de cotización, datos ambos aportados por la propia parte actora, que aporta certificado de bases de cotización y nóminas -documento nº 19, y 40 a 79-, como por el SPEE en el Expediente Administrativo, de donde resulta la cuantía mensual de **1.221,42 € brutos**.

De la prueba articulada en juicio, resulta que existen determinadas percepciones abonadas al trabajador durante su relación laboral, expresamente reflejadas en sus nóminas, y así fijadas en la propia demanda de despido - documento nº 1.1 y 1.2 parte codemandada-, en concreto las relativas a "dietas", "plus de transporte", y "kilometraje", que a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, no tienen la consideración de salario, al faltarles el carácter de contraprestación por los servicios realizados, y que por tanto se trata de percepciones extrasalariales, cuya finalidad no es remuneratoria sino asistencial, indemnizatoria o compensatoria, entre otros el "plus de transporte", que resarce por el uso necesario de transporte debido a la distancia existente entre su domicilio y el lugar de trabajo, así como las "dietas" y "kilometraje", e igualmente conforme a la regulación contenida en el Convenio Colectivo aplicable, Comercio Vario de A Coruña, al regular el salario en sus artículos 7 y siguientes, excluye como complementos salariales el llamado "plus de transporte", es un plus extrasalarial - artículo 13-, y las "dietas" -artículo 26-.

En eso parece que el recurrente, muestra su conformidad en recurso, ahora bien, pretende que se descuenten esas percepciones no salariales de la cuantía señalada como salario para el demandante, en la sentencia ya referida. A lo que en modo alguno se puede acceder. Por cuanto que el artículo 211 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece que: "I. 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 periodo a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

En el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se excluirá la retribución por horas extraordinarias, con independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia fijada en el artículo 224 de esta Ley. A efectos de ese cálculo dichas retribuciones tampoco se incluirán en el certificado de empresa.

2.- La cuantía de la prestación se determina aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: el 70 por 100 durante los 180 primeros días, y el 60 por 100 a partir del día ciento ochenta y uno".

Por su parte, el artículo 4 del Real Decreto 625/85 por el que se desarrolla la ley 31/1984 de 3 de agosto de protección por desempleo establece que: "1. La base reguladora de la prestación por desempleo se calcula dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia por 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 ceso la obligación de cotizar" añadiendo que: "cuando exista descubierto de cotización durante alguno de los días computables a efectos de determinar la base reguladora, esta se completará estimando la que e correspondido de haberse estimado.

TERCERO .- Resulta por tanto acreditado, que pese la fijación que se realiza de salario regulador en la Sentencia de despido, en la cantidad de 2.243,13 €, tal cuantía no puede ser equiparada a la "base de cotización", que es el parámetro que ha de tenerse en cuenta a los efectos de fijación de la base reguladora por desempleo, ya que en la misma sólo cabe incluir aquellos conceptos que constituyan partidas salariales, resultando que las restantes partidas que no constan cotizadas durante los 180 días anteriores al devengo de prestación por desempleo, que son variables, y por conceptos como "dietas", "kilometraje" y "plus de transporte", que no han de ser incluidas al tratarse de partidas extra salariales.

El salario regulador a efectos de extinción de la relación laboral, no coincide con la base de cotización que consta en sus nóminas, y que se refleja igualmente en los boletines de cotización, así como en el certificado de empresa, por el que se vino cotizando por el empresario a los efectos de las contingencias protegidas, como el desempleo, las deducciones que realiza el recurrente, en recurso no resultan ajustadas a derecho, puesto que parte erróneamente del salario fijado en la sentencia, el cual lo es con prorrateo de pagas extraordinarias y por otra parte no coinciden las nóminas obrantes en autos, con las fechas que se dice en recurso, ni tampoco las cuantías, lo que por otra parte supone una inconcreción en cuanto al sostenimiento de su tesis. Haciendo por otra parte una deducción general sin precisar los conceptos extra salariales a que se refiere. Que si bien puede ser debido a un error, pues si como dice el demandante y figura en hechos probados accedió al desempleo en enero de 2013, las nóminas a tener en cuenta serían las de diciembre de 2012 a julio de 2012 (no 2013 como se señala en recurso).

Pero es que además en reiteradas ocasiones hemos puesto de manifiesto que, respecto a la cuantía de la indemnización la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el sentido de que han de incluirse dentro de sus cálculos todas las partidas de carácter salarial que haya venido percibiendo el trabajador, ya sean estas retribuciones fijas o variables, como pueden ser las horas extras, en este sentido las sentencias del TSJ de Galicia, de 26/04/2002 (R° 1444/2002), TSJ del País Vasco de 20/06/2000 ó TSJ de Andalucía de 10/05/1994. La Sentencia de esta misma Sala de lo Social, (Sección 1ª), de 24 julio 2003 Recurso de Suplicación núm. 3605/2003 .(JUR 2004\178274), señala que en efecto las horas extraordinarias tienen naturaleza salarial y al ser habituales, como en el caso de autos, pasan a formar parte del salario regulador del despido. Y por tanto, aun cuando, como criterio general el salario a tener en cuenta a efectos de la indemnización por despido y salarios de tramitación, debe ser el último percibido por el trabajador en la fecha del despido, sin embargo, conforme a unánime doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia plasmada entre otras en sentencias de 11-11-2002 (AS 2002\3429) Murcia , 30-06-2003 (AS 2003\3668) Madrid , 19-12-2002 (AS 2003\3088) Andalucía con sede en Sevilla , 13-03-2002 (AS 2002 \778) Galicia , 2-10-2001 (AS 2001\4284) Castilla y León sede en Valladolid y en las de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1-10-2002 (JUR 2003\132719) y 10-05-2005 (rec. 741/05), como excepción a tal regla general, cuando las percepciones no son uniformes mensualmente para evitar los beneficios o perjuicios que para ambos contratantes pueda acarrear el tomar como salario regulador sólo las retribuciones salariales del mes inmediatamente anterior a la fecha del despido, se debe tomar en consideración la media de lo percibido por tales conceptos en la anualidad anterior, o en el período de vigencia de la relación laboral, si el mismo es inferior al anual. Y no cabe duda que, si a los efectos del módulo salarial computable han de incluirse todas las partidas de naturaleza salarial que lo integran, excluyendo los conceptos extrasalariales, según los criterios establecidos por el art. 26, habrán de tenerse en cuenta las cantidades devengadas por horas extraordinarias, cuando las mismas se realicen de forma habitual tal y como han señalado también la Sentencias de esta Sala de 18-06-2001 (AS 2001 \1488), de las Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia Andalucía Málaga de 19-07-2002 (AS 2002\4022) y Madrid de 13- 07-2001 (AS 2001\3683) y la de de 24-09-2002 (rec. 1686/02 [JUR 2003\132599]).

Por tanto no es posible, como hace el recurrente partir del salario determinado en sentencia, y deducidas las cantidades que considera, en concepto de conceptos extra salariales proceder a fijar la base reguladora de

la prestación por desempleo, puesto que en el salario regulador de la indemnización por despido, pueden estar incluidos otros conceptos como horas extraordinarias o percepciones de devengo superior al mensual, que no han de ser tenidos en cuenta para la fijación de la base reguladora por desempleo. Por todo ello estimamos ajustada a derecho la cuantía de **1.221,41 # brutos**, a los efectos de la base reguladora, de la prestación por desempleo, tal como efectúa la sentencia de instancia, no apreciándose así la infracción jurídica que se denuncia.

Y al haberlo apreciado así, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio de la pretensión deducida en la demanda. Y en consecuencia

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del demandante, contra la sentencia de fecha 12/03/14, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de A Coruña , en autos 567/13, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL .

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 # en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.