



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

CÓMPUTO DE COTIZACIONES PARA PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES. DIEZ AÑOS DE JURISPRUDENCIA FAVORABLE Y DE RESISTENCIA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2006

SOFÍA OLARTE ENCABO *

SUPUESTO DE HECHO: Trabajadora española que solicita un subsidio asistencial de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que le fue denegado por resolución del Instituto Nacional de Empleo con fecha de 12 de abril de 2002, por no reunir los períodos de carencia genérico y específico para lucrar una pensión de jubilación y por no reunir al menos 6 años cotizados por razón de desempleo. Con anterioridad la trabajadora recurrente percibió el subsidio por desempleo por retorno del extranjero desde el 2 de septiembre de 2000 hasta el 1 de marzo de 2002 y acredita 425 meses cotizados entre 1965 y el año 2000 en Suiza. El Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda interpuesta contra la resolución del INEM, una vez desestimada la reclamación previa, y reconoce el derecho a dicho subsidio en la cuantía diaria del setenta y cinco por cien del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, con fechas de efectos —y aquí radica el problema— del uno de junio de dos mil dos, únicamente. El TSJ, de Galicia confirmó íntegramente la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Orense, de 14 de octubre de 2002.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

RESUMEN: El Tribunal Supremo (Rec. 3151/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral) estima el recurso de casación en unificación de doctrina y declara el derecho de la recurrente a percibir el subsidio asistencial de desempleo en la modalidad prevista para mayores de 52 años desde marzo, al considerar que es computable el tiempo cotizado que la trabajadora realizó en Suiza, para cumplir el período de 6 años exigido en el artículo 215.3 de las Ley General de Seguridad Social. Y ello porque según el TS se infringe lo dispuesto en el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, el cual establece la totalización de los períodos cotizados en Suiza y España a efectos de las prestaciones de desempleo. Por ello no es necesario acreditar un año de cotización a la Seguridad Social española para acceder al subsidio asistencial para los trabajadores mayores de 52 años, bastando con acreditar el período mínimo de cotización en un país de la Unión Europea.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA LEY 40/2006 DE 14 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR
2. PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES
3. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES
4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MAYO DE 2006 DESDE UNA PERSPECTIVA EVOLUTIVA: EL CONFLICTO NORMATIVO ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN: REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA LEY 40/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO DE LA CIUDADANÍA ESPAÑOLA EN EL EXTERIOR

El año 2006 fue designado por la Comisión Europea como el «Año europeo de la movilidad de los trabajadores», lo que ha servido, si no para cambiar la tendencia-resistencia a la movilidad, sí para poner de manifiesto —tal y como se desprende del Informe *Employment in Europe 2006, Bruxelles, 2006*— el bajo índice de movilidad geográfica de los trabajadores europeos, dándose la circunstancia de que el porcentaje de europeos que se mueve decrece según aumenta la distancia. También ha servido para llegar a la conclusión de que, aunque la insuficiencia de los progresos en materia de portabilidad de pensiones y derechos de Seguridad Social puede ser un obstáculo, lo cierto es que las políticas dirigidas a disminuir las barreras a la movilidad no son una panacea, ya que las verdaderas razones de la resistencia de la población son de índole económica y personal.



Pese a ello, las dificultades en el ámbito de la exportación de prestaciones y el cómputo recíproco de cotizaciones constituyen aún hoy un condicionante a la movilidad y una cada vez más injustificable restricción de los derechos de los ciudadanos que ejercen el derecho a la movilidad intra y extra comunitaria. El hecho de que diez años después de que el TS declarase la prevalencia del Convenio Europeo de Seguridad Social, que contempla el cómputo de prestaciones de desempleo, frente al convenio bilateral hispano-suizo, el IEM haya continuado denegando prestaciones precisamente porque dicho convenio bilateral no contempla el cómputo recíproco, pone de manifiesto la resistencia y los obstáculos administrativos en orden a hacer efectivos los derechos de seguridad social de los ciudadanos españoles en el exterior.

Por ello, el hecho de que la Ley 40/2006 haya venido a reforzar el estatus jurídico y las garantías de estos ciudadanos, de forma transversal, ha de ser acogido no sólo con optimismo, sino como un criterio de interpretación jurisprudencial en el ámbito de la Seguridad Social. En efecto, la emigración española ha constituido un fenómeno político, social y económico que ha caracterizado nuestra historia hasta más allá de mediados del siglo XX y las leyes de emigración de 1907 y 1924 proclamaron el derecho y la libertad de emigración sin incluir medidas específicas de protección de estos ciudadanos. Se ha de recordar también que a la emigración económica se unió la emigración política como consecuencia de la Guerra Civil española y de la dictadura, produciéndose un verdadero éxodo de refugiados políticos.

Los factores que determinaron el desplazamiento masivo de trabajadores al exterior fueron también de orden demográfico —aumento de la población y éxodo rural— la escasa industrialización en nuestro país y la expansión industrial y el crecimiento económico de los países europeos. Ello tuvo un efecto beneficioso no sólo para los trabajadores, sino para el crecimiento económico de España por la entrada de divisas que ayudó a compensar el déficit comercial y a equilibrar la balanza de pagos, lo que favoreció la importación de bienes de equipo destinados a la modernización de las empresas.

La otra cara de la moneda de este fenómeno son las consecuencias también negativas sobre estos trabajadores, exilados y sus familias, sobre todo de desarraigo social, económico y cultural de España y en el país de acogida y sobre todo de los problemas a afrontar de cara al retorno. La última Ley de Emigración —La Ley 33/1971, de 21 de julio—, si bien continua orientada al fomento de la emigración y silencia el exilio, introduce una serie de medidas destinadas a apoyar el desplazamiento y el acceso al empleo en los países de destino, así como par favorecer la formación profesional e integración laboral tanto para los emigrantes, como para los retornados.

El artículo 42 de la Constitución española exige el establecimiento de una política integral de emigración y de retorno para salvaguardar los dere-

chos económicos y sociales de los emigrantes, exilados y sus descendientes, en orden a facilitar la inserción social y laboral de los retornados.

En 1993 se aprobó el Real Decreto 728/1993, por el que se establecen pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los emigrantes españoles, siendo la medida de mayor alcance en materia de protección de los españoles que vivieran fuera de España, garantizando a los mayores españoles en el exterior el mismo nivel de vida del que disfrutaban los residentes en nuestro país.

Con el advenimiento de la democracia —a finales de la década de los setenta— es cuando comienza a invertirse el saldo migratorio: el retorno masivo de españoles emigrantes y sus familias, sin que se adoptaran medidas para facilitar y atender las necesidades que de ello se derivaban.

La LGSS, en lo que se refiere al desempleo, configura el retorno del trabajador emigrante como hecho causante de prestaciones de desempleo, regulando incluso una modalidad de prestación asistencial específica: la del emigrante retornado. Y, de otro lado, la Disposición Adicional Primera LGSS establece un mandato al Gobierno de adopción de las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo y a sus familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia, a cuyo efecto se ha de garantizar la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social.

A fecha de hoy, y como resultado de este fenómeno sumariamente descrito, se estima que España cuenta con un millón y medio de españoles y sus descendientes que residen fuera del territorio nacional, y lo que pretende la Ley 40/2006 es precisamente garantizar el ejercicio de los derechos y deberes de estos ciudadanos en condiciones de igualdad con los residentes en España. Ya se dio un paso con la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoció una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, reconocimiento histórico, que a la vez supuso el reconocimiento de un derecho de protección económica y de asistencia sanitaria al colectivo conocido como «Niños de la Guerra».

El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior configura en materia de retorno, en el marco de una política de cooperación y coordinación de las Administraciones Públicas, una respuesta articulada a las demandas de distintos sectores de la emigración, el exilio y el retorno. Es el Título II el que regula la política integral en materia de retorno, creando la Oficina Española del Retorno, con funciones de información y asesoramiento a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de facilitar su efectiva inserción social y laboral en España. Una parte importante de las medidas apunta hacia la necesidad promover y facilitar el acceso a prestaciones y el Títu-

lo III regula los mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación de las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas competentes, a fin de garantizar los derechos que el Estatuto reconoce a estos ciudadanos.

Más específicamente, es el artículo 18, cuya rúbrica es «Derechos en materia de la Seguridad Social» el que nos interesa analizar aquí. Este precepto establece, en primer lugar, un mandato a los poderes públicos para que la acción protectora de la Seguridad Social alcance y se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causas de trabajo y a los familiares de los mismos. A cuyo fin «el Estado proveerá cuanto fuese necesario para garantizar a los trabajadores extranjeros españoles en el exterior, en materia de Seguridad Social, la igualdad o asimilación de trato con los nacionales del país de recepción, el mantenimiento de los derechos adquiridos y la conservación de los derechos en curso de adquisición, mediante la celebración de Tratados y Acuerdos con los Estados receptores, la ratificación de Convenios Internacionales y la adhesión a Convenios multilaterales». Prevé también entre otros extremos el establecimiento de «fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que decidan retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al Sistema de Seguridad Social» y el mandato para arbitrar «fórmulas más beneficiosas para el reconocimiento a los trabajadores españoles en el exterior de las prestaciones económicas derivadas de las cotizaciones a la Seguridad Social».

De otro lado, el artículo 19 regula las prestaciones por razones de necesidad, en los términos en que reglamentariamente se establezca, para mayores de 65 años o incapacitados para el trabajo, que se encuentren en situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes de acuerdo a la realidad socioeconómica del país de residencia.

Ciertamente, que el Estatuto no establece un derecho general directamente invocable ante los tribunales de cómputo recíproco de prestaciones y por el contrario se insiste más en la posibilidad de introducir fórmulas para el abono de cotizaciones voluntarias. Sin embargo, del espíritu de la ley, sí se desprende un principio de interpretación general de las normas, en el caso de relaciones laborales extraterritoriales, favorables a un resultado igualatorio o equiparable con los nacionales. Esta línea es la que ha seguido el Tribunal Supremo, no recientemente, sino desde hace ya una década, sin embargo, sus pronunciamientos se han limitado a supuestos en los que había un fundamento directo en un Convenio Internacional o en normas comunitarias, sin embargo, el alcance de esta Ley es más amplio permitiendo una interpretación pro beneficiario directamente sustentada en su tenor legal. Por tanto, y este es el propósito de traer a colación esta línea jurisprudencial, consideramos que no se ha de dejar pasar por alto el valor interpretativo, ya que no directamente hay un reconocimiento de un derecho con un conte-

nido delimitado y directamente garantizado, del Estatuto del Ciudadano en el Exterior, y ello de cara a progresar tanto en el campo de la exportación como en el del cómputo recíproco y no sólo en el ámbito de la Unión Europea, al que, en absoluto se limita la norma.

Finalmente conviene destacar que este Estatuto, en materia de protección por desempleo introduce una nueva orientación, a favor de las políticas activas de empleo de este colectivo, sin retroceder en las pasivas, en conexión con las opciones generales al respecto, de forma más equilibrada con la perspectiva reparadora. Concretamente, contempla derechos en materia de empleo y ocupación, tales como el acceso a la información del Sistema Nacional de Empleo que facilite la búsqueda de empleo, el velar por las condiciones del desplazamiento, facilitar la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior y la creación de visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen.

2. PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

El estudio de la protección social en el ámbito de las relaciones laborales extraterritoriales es sumamente complejo, no sólo por lo «cauístico» de la normativa internacional de referencia, sino también y fundamentalmente por la diversidad de posibles situaciones: nacionales que han estado asegurados y/o trabajado en países de la UE, los que provienen de países no miembros de la UE y los que han trabajado en unos y otros de forma alternativa o sucesiva. Situaciones a las que habría que añadir las de los no nacionales en las tres posibles situaciones señaladas.

Sin entrar pormenorizadamente ahora en cuestiones de orden más general, como de qué manera incide la nacionalidad española, la nacionalidad de un Estado Miembro de la UE, o la nacionalidad de terceros Estados, sobre los derechos de Seguridad Social, hemos de advertir que nuestro modelo de Seguridad Social se ha construido fundamentalmente sobre un modelo nacional, que, no obstante, ha considerado de forma especial la migración, siendo su expresión más significativa el artículo 42 CE, que impone al Estado el deber de velar por «la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno».

Es cierto, que la realidad social española dista mucho de la que sirvió de referencia a los constituyentes, es lo que hemos tratado de evidenciar en otros trabajos, con la expresión de que se trata de una «Constitución de emigrantes», llamada paradójicamente a ser una «Constitución para inmigrantes» en los que nunca pensó.

El Derecho Internacional de la Seguridad Social se asienta sobre dos principios básicos, el de territorialidad y el de igualdad de trato, principios, a su vez matizados a la baja, por el principio de reciprocidad, y al alza por el principio coordinatorio de adquisición o mantenimiento de derechos adquiridos, *pro rata temporis*.

Centrándonos aquí en el fenómeno del retorno de los trabajadores españoles, nuestro ordenamiento distingue entre los españoles procedentes de Estados Miembros de la UE, o mejor dicho, pertenecientes al Espacio Económico Europeo y los no pertenecientes a dicho espacio o con los que no exista Convenio Internacional que contemple la protección por desempleo. Al margen de los problemas que plantea el artículo 67 del Reglamento CEE 148/1871, que exige la realización de trabajos en el país de retorno que den lugar a la prestación, en relación a los trabajadores que retornen de otros Estados, no se establece ningún mecanismo general dirigido al cómputo recíproco, por lo que hay que estar, salvo Convenio, a las reglas generales.

Hemos de recordar que en el ámbito del derecho coordinatorio de la Seguridad Social, en un principio el Gobierno español, excluyó la coordinación de los subsidios asistenciales de desempleo, hasta la STS de 8 de octubre de 1991 (AS 7741) que las declaró prestaciones de Seguridad Social y no de Asistencia Social, lo que llevó al Gobierno español a incluir a las prestaciones por desempleo, contributivas y asistenciales, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y así lo reconoció el propio TJCE en sus Sentencias de 15 de junio de 1995 —Caso Zabala— y de 20 de febrero de 1997 —Asunto Martínez Losasda—.

De hecho, la totalización de los períodos de cotización para el reconocimiento del subsidio de desempleo para mayores de 52 años ha sido una de las modalidades en las que la normativa comunitaria ha tenido mayor impacto. En un principio el TS denegaba el derecho al subsidio por falta de cotizaciones —inferiores a un año en España—. Posteriormente el TS ha reconocido la procedencia de la totalización, sin necesidad de acreditar el mínimo de un año de cotización en España, ya que no sería aplicable a las prestaciones por desempleo lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento 1408/1971. Doctrina, entre otras, que recogen las Sentencias del Tribunal

Supremo de 17 de febrero de 1991 (AS 4584), 7 de mayo de 1998 (AS 4584) y de 18 de junio de 1998 (AS 5409).

3. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS EN LAS RELACIONES LABORALES EXTRATERRITORIALES

El subsidio por desempleo para mayores de 52 años es concebido por una parte de la doctrina como una especie de subsidio de prejubilación, sin

embargo, técnicamente hablando el trabajador se encuentra en una situación de desempleo y no percibe una pensión de jubilación. Denominarlo como subsidio de prejubilación no es axiológicamente aséptico, ya que implica considerar la alta improbabilidad de ocupación de estos trabajadores, cuando son un colectivo prioritario en el ámbito de las políticas activas de empleo, por razón de la edad y por razón de su condición de perceptores de subsidios de desempleo, tal y como establece la vigente Ley de Empleo.

Según se desprende de lo establecido en el artículo 215.1.3 de la LGSS y artículo 7 del Reglamento de Protección por Desempleo, se puede acceder al mismo por distintas vías, siempre que se reúnan una serie de requisitos:

- En primer lugar, ser desempleado mayor de 52 años
- En segundo lugar, no reunir la edad de jubilación ordinaria
- En tercer lugar, reunir los requisitos para poderse jubilar salvo la edad, por tanto, contar con 15 años de carencia genérica y 2 específica, en cualquier régimen de la Seguridad Social española del nivel contributivo. No se cumpliría con dicho requisito si se reúnen los exigidos para pensión de jubilación no contributiva ni, según la jurisprudencia, sí se tienen para la pensión del SOVI, ya que ésta no se considera a estos efectos pensión del sistema de Seguridad Social (STC 69/1992, de 11 de mayo y SSTS de 21 y 25 de julio, 20 de septiembre, 2 de octubre y 7 de diciembre de 1995 y 29 de mayo de 1996).

En la medida en que no es, técnicamente hablando una pensión de jubilación, cuando se tomen en cuenta las cotizaciones en países comunitarios no cabe aplicar el artículo 48 del Reglamento CEE 1408/1971 que implicaría la exigencia de tener al menos un año cotizado en España como interpretó inicialmente el TS. Posteriormente, tras las Sentencias dictadas por el TJCE, sólo será exigible contar con períodos de seguro o empleo en España, en los términos del artículo 68 del Reglamento, sin necesidad de reunir un año mínimo de cotización. Y, además, a los efectos de dicho período computan las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de emigrantes retornados.

De otro lado, en cuanto al cómputo cotizaciones en países comunitarios o con los que existiese convenio bilateral, la jurisprudencia admitió en un principio que era suficiente el reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en dichos países, incluso sin cotizaciones en España y con independencia de los años que en los mismos se exigiesen. Pero la STSJCE de 25 de febrero de 1999 —caso Ferreiro— consideró exigible en todo caso el contar con un período de cotización de quince años, ya fuera sólo en España, ya de forma compartida, ya en países comunitarios.

- En cuarto lugar, se exige haber cotizado a lo largo de toda la vida laboral un mínimo de seis años en un régimen de Seguridad Social

que incluya la protección por desempleo, incluyendo las cotizaciones realizadas en países comunitarios o con los que exista un convenio bilateral que contemple el cómputo de cotizaciones por desempleo. Aunque conviene aclarar que se exige «ocupación cotizada» y no días-cuota, tal y como ha interpretado el TS en sus Sentencias de 10 de mayo y 30 de diciembre de 1994, 1 de febrero de 1995 y 25 de mayo de 1999.

- En quinto y último lugar, se establece una remisión legal que añade el requisito de que «encontrasen cualquiera de las situaciones» anteriores, lo que se entiende se refiere a la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias; además, claro está de figurar inscritos como demandantes de empleo sin haber rechazado oferta de empleo adecuado, ni haberse negado, salvo causa justificada, a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional en el plazo de un mes.

Este subsidio comprende, además de la prestación económica, la cotización para la jubilación, considerándose esta cotización a los solos efectos del incremento de la cuantía pero no para el acceso a la misma, en clara reacción del legislador —Ley 50/1998— a la jurisprudencia favorable a su cómputo para acceder a la pensión.

4. ANÁLISIS LA STS DE 30 DE MAYO DE 2006 DESDE UNA PERSPECTIVA EVOLUTIVA: EL CONFLICTO NORMATIVO ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 resuelve un recurso de casación para unificación de la doctrina (Rec. 3151/2004; S.^a 4.^a) contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de mayo de 2005, en recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de Orense de 14 de octubre de 2002, sobre desempleo.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo estima el recurso declarando el derecho a percibir el subsidio asistencial de desempleo en la modalidad de mayores de 52 años, al considerar computable el período de cotización que la recurrente realizó en Suiza, a los efectos de cumplir el período de seis años exigido en el artículo 215 de la Ley General de Seguridad Social. Y ello por considerar que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, el cual establece la

totalización de los períodos cotizados en Suiza y España a efectos de las prestaciones de desempleo. Además, considera que no es necesario acreditar un año de cotización a la Seguridad Social española para el acceso al subsidio asistencial para los trabajadores mayores de 52 años, siendo suficiente acreditar el período mínimo de cotización de quince años en un país de la Unión Europea.

No es la primera vez que el TS se pronuncia sobre esta cuestión. En un principio el TS, mantuvo un criterio contrario al mantenido en la Sentencia aquí analizada, concretamente en la STS de 25 de mayo de 1994 (RJ 1994/1529), y ello por considerar que rige la exigencia de Derecho comunitario de un período mínimo de cotización a la Seguridad Social española de un año para el reconocimiento de la edad de jubilación, que por vía de remisión (ya que establece: «todos los requisitos salvo la edad») se exigiría al subsidio asistencial de desempleo de referencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 215.3 y que «tal subsidio es una especie de prestación de prejubilación». En contra del criterio mantenido por las Salas de lo Social de algunos Tribunales Superiores de Justicia, que consideraron que la exigencia comunitaria sólo es aplicable en las pensiones de vejez estrictamente y no a este subsidio.

Posteriormente el TJCE dictó la Sentencia de 20 de febrero de 1997 (TJCE 1997/31, asunto Martínez Losada y otros), en la que el Tribunal llega a la conclusión contraria a la sostenida por el TS. Dicha sentencia declara en el fallo que un subsidio como el previsto en la Ley de Seguridad Social Española a favor de los desempleados mayores de 52 años constituye una prestación por desempleo», no una pensión de prejubilación.

Coherentemente con la jurisprudencia comunitaria, la STS de 17 de diciembre de 1997 rectificó la doctrina anterior en el sentido de entender que no era necesario acreditar un año a la Seguridad Social española para que pudiera accederse al subsidio asistencial para los trabajadores mayores de 52 años, con lo que bastaría acreditar el período mínimo de cotización de quince años en un país miembro de la Unión Europea. El TS justifica el cambio de orientación en la preeminencia del TJCE sobre el TS, por tratarse de un requisito de derecho comunitario. Por ello casó y anuló la Sentencia del TSJ de Andalucía/Granada.

A partir de este fallo, el TS ha reiterado esta doctrina, sentando así jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 7 de marzo y 17 de marzo de 2005 y, más recientemente, en la STS de 12 de abril de 2006. No obstante, conviene precisar que la STS de 7 de marzo de 2005 es la que realmente se centra en un supuesto idéntico al analizado en la aquí estudiada —y no la de 1997—, ya que se trata igualmente de una trabajadora con cotizaciones en Suiza que percibió en España el subsidio de desempleo para emigrantes retornados. En efecto, el supuesto de hecho de la STS de 17 de diciembre

de 1997 (Rec 4130/1996), cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, no es absolutamente equiparable al analizado en la Sentencia objeto de estudio, ya que lo que se cuestiona es si el requisito establecido en el artículo 48.1 del Reglamento 1408/1971, CEE, de Seguridad Social de los trabajadores migrantes es exigible a quienes solicitan el subsidio por desempleo para mayores de 52 años regulado en el artículo 215.3 de la LGSS, por tanto relativa a la interpretación de Reglamento comunitario, cuestión que directamente que no se plantea en el caso ahora analizado.

No obstante, en el supuesto de hecho de la STS de 7 de marzo de 2005, cuyo ponente fue el Excmo Sr. Desdentado Bonete, la razón por la que se denegó el subsidio por la Entidad Gestora fue la de no contar el solicitante con seis años de cotización a desempleo en España y la Sentencia de instancia confirmó este criterio por entender que las cuotas a que se alude el apartado 2 del número 1 del artículo 215 de la LGSS se refiere únicamente a cotizaciones efectuadas en España, sin que puedan computarse las realizadas en Suiza. Para el TS parece claro que dicho precepto legal se refiere a las cotizaciones realizadas a desempleo en el marco del Sistema español de Seguridad Social, de acuerdo con el carácter territorial de la normas en esta materia, como se desprende del artículo 7.1 de la LGSS. Y, por tanto, la toma en consideración de las carreras de seguro completadas en otros Estados tiene que venir determinada por una norma específica, que es normalmente una norma de coordinación, como ocurre con el reglamento comunitario o los convenios bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social. No obstante, el Convenio Hispano-suizo (RCL, 1970, 1448 y RCL 1971, 375) no contiene norma de totalización en materia de desempleo.

El párrafo primero del artículo 48 del Reglamento comunitario, bajo la rúbrica genérica de periodos de seguro o de residencia inferiores a un año establece que «La Institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante, cuando la duración de dichos períodos sea inferior a un año». Sin embargo, este precepto está ubicado en el Capítulo 3 relativo a Vejez y muerte (pensiones.), por lo que no es aplicable a las prestaciones de desempleo. De otro lado, el artículo 215.3 de la LGSS condiciona el reconocimiento de este subsidio a la acreditación de todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva del sistema de la Seguridad Social.

El criterio jurisprudencial de no exigencia, en estos casos, del año de cotización a la Seguridad Social española, se aplica también a los seis años de cotización específica de desempleo (tal y como reconocieron las Sentencias del TS de 21 de septiembre y 13 de octubre de 1998 y de 25 de marzo, 27 y 29 de septiembre de 1999), ya que la afiliación y cotización limitadas

a la asistencia sanitaria y protección familiar a que da lugar el reconocimiento del derecho al subsidio de desempleo de los emigrantes retornados constituyen, un período de seguro durante el que se mantiene una vinculación con la Seguridad Social española, por lo que ello se entiende es suficiente para dar cumplimiento al requisito de cotización del artículo 67.3 del Reglamento Comunitario. Y es de hacer notar que en el supuesto de hecho ahora analizado, la trabajadora, también había sido beneficiaria del subsidio de emigrante retornado.

En cuanto al Convenio Europeo de Seguridad Social (RCL 1986, 3442), ratificado por Suiza y España y que incluye las prestaciones de desempleo, prevé en su artículo 51 —de contenido prácticamente idéntico que el artículo 48 del Reglamento 1408/1971— que «si la legislación de una Parte Contratante subordinare al cumplimiento de períodos de seguro la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones, la institución que aplique esta legislación tendrá en cuenta a tal efecto, en la medida necesaria, a fines de totalización, los períodos de seguro, de empleo o de actividad profesional cumplidos bajo la legislación de cualquier otra Parte Contratante como si se tratara de períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la primera Parte». Además, la exigencia de haber estado últimamente sujeto a la legislación de la parte competente para el reconocimiento no se aplica cuando se trata de un trabajador no fronterizo, en paro completo, que se ponga a disposición de los servicios de empleo en el territorio de la Parte Contratante donde resida o que regrese a dicho territorio, y, por tanto, un trabajador en estas condiciones «gozará de prestaciones según las disposiciones de la legislación de la referida Parte, como si hubiera estado sujeto a tal legislación durante su último empleo».

En la medida en que el Convenio bilateral hispano-suizo es anterior al Convenio Europeo de Seguridad Social y siendo éste posterior y ratificado por Suiza y España, el TS considera que éste Convenio multilateral sustituye al bilateral anterior, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Europeo, que, con reserva del artículo 6, establece que «el presente convenio sustituirá... a cualquier convenio de seguridad social que vincule a dos o más partes Contratantes». La reserva del artículo 6 se refiere a la posibilidad de mantener en vigor de común acuerdo las disposiciones de los convenios por las que las partes estén vinculadas, mencionándolos en el Anejo III, pero, por lo que se refiere a España, en ese anexo sólo se menciona el Convenio con Austria y su acuerdo de aplicación. La reserva del artículo 7 se concreta en la autorización a las partes del Convenio Europeo para concertar entre sí convenios de Seguridad Social, lo que no es el caso desde la fecha de ratificación por España del Convenio Europeo. Y, finalmente, la reserva del artículo 9 se refiere a la extensión de los beneficios de las disposiciones de convenios mantenidas en vigor.



La conclusión, según ello, es clara, y tal como afirma el TS, el Convenio Europeo de Seguridad Social es aplicable en orden a la totalización de los períodos de cotización a efectos de las prestaciones de desempleo, y por ello, la trabajadora que ya había sido beneficiaria del subsidio para emigrantes retornados, reúne los períodos de cotización necesarios para acceder al subsidio solicitado.

Otra Sentencia relevante, en orden al análisis de la ahora estudiada es la STS de 16 de marzo de 2005, en la que como en ésta también es ponente Samper Juan, que casa y anula la STSJ, también de Galicia, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el IENM y el INSS, sobre desempleo. En ésta, el supuesto enjuiciado se refiere a un trabajador que tiene cotizados en Suiza un total de 343 meses al que se le deniega el subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Le fue denegado por no reunir la carencia de seis años de cotización, como exige el artículo 215.1.3 de la LGSS, ya que las cuotas a que se refiere el apartado 2 del número 1 del artículo 215 LGSS, son únicamente las realizadas en España y en los países de la Unión Europea, sin que quepa computar las realizadas en Suiza.

En este caso, los recurrentes plantean la existencia de trato discriminatorio entre emigrantes españoles retornados de Suiza en relación con los que regresan de la UE —lo que ya fue resuelto en sentido negativo en la anterior Sentencia de 7 de marzo de 2005 por el propio TS—, vulneración el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social que establece la totalización de los períodos de cotización completados bajo la legislación de cualquiera de las partes contratantes y, finalmente, infracción del Convenio Bilateral entre Suiza y la Unión Europea sobre libre circulación de personas suscrito en Luxemburgo el 21 de junio de 1999, que entró en vigor el 1 de junio de 2002, y cuyo protocolo establece, la totalización de períodos de cotización en materia de desempleo. El TS, recogiendo y remitiéndose a la STS de 7 de marzo de 2005, considera que lo que realmente se ha producido es una infracción del artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, cuya redacción es sustancialmente igual a la de artículo 48 del Reglamento 1408/1971, gozando dicho Convenio de preferencia aplicativa sobre el Convenio Bilateral Hispano-Suizo. Y por lo tanto, en aplicación de dicho precepto, procede la totalización de los períodos de cotización realizados en Suiza a efectos de prestaciones de desempleo.

En la STS de 12 de abril de 2006, ponente Desdentado Bonete, el TS vuelve a resolver un supuesto de hecho similar, también casando y anulando una sentencia del TSJ de Galicia, sobre desempleo asistencial de mayores de 52 años—, en este caso revocando una sentencia estimatoria del Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense, con fecha de 17-9-02. En este caso la trabajadora acreditó cotizaciones de 361 meses entre 1965 y 1996 en Suiza, con cotización a desempleo desde 1977 y el Juzgado de lo Social estimó la

demanda con efectos económicos desde el día siguiente al de la solicitud, al considerar computables aquéllas cotizaciones a efectos del período de cotización de seis años que el artículo 215.1.3 de la LGSS exige para causar derecho al subsidio de desempleo para trabajadores mayores de 52 años, cuando no se cuestiona que reúne el período de cotización necesario para obtener en su momento la pensión de jubilación en Suiza, habiendo cotizado a desempleo en España durante un breve período de tiempo.

El TSJ, por el contrario sostenía que las cotizaciones suizas no eran computables al no estar prevista la totalización a efectos de prestaciones de desempleo en el Convenio hispano-suizo. El TS declara que dichas cotizaciones son computables en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social, y por tanto, el único requisito exigible es e acreditar un período mínimo de cotización en un país de la Unión Europea, que no obstante no acreditarse, no es óbice, para el reconocimiento de la prestación ya que consta que hubo cotizaciones por desempleo a la Seguridad Social española «si bien en un corto período de tiempo».

En la Sentencia que es objeto de atención en este trabajo, la STS de 30 de mayo de 2006, concurren algunos elementos más a tener en cuenta.

En primer lugar, la resolución del INEM, denegando el derecho al subsidio asistencial para mayores de 52 años, argumenta falta del período de carencia genérico y específico para «lucrar una pensión de jubilación» y que el solicitante no reúne el mínimo de 6 años de cotización por desempleo. Y, recordemos que la actora había sido beneficiaria del subsidio por desempleo por retorno del extranjero desde el 2 de septiembre de 2000 hasta el 1 de marzo de 2002, además, en el período 1965-2000 acredita 425 meses cotizados en Suiza.

En segundo lugar, y a diferencia de los supuestos anteriores, la sentencia de instancia, que fue confirmada íntegramente por el TSJ, estimó parcialmente la demanda, declarando el derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, en la cuantía diaria del setenta y cinco por cien del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, a partir del uno de junio de 2002 y hasta que proceda su jubilación. Y ello por entender que no eran computables las cotizaciones efectuadas en Suiza por desempleo, al no prever el cómputo recíproco el Convenio hispano-suizo. La actora pretendía se le reconociese el derecho al subsidio con efectos económicos desde el 26 de febrero, que es lo que efectivamente reconoce el TS, casando y anulando la sentencia de instancia.

El TS, desde nuestro punto de vista, no es lo suficientemente explícito de las razones que explican el fallo, haciendo remisiones a sentencias anteriores, alguna de las cuales acabamos de analizar, o transcribiendo literalmente alguno de sus fundamentos o artículos del Convenio Europeo de Seguridad Social. En efecto, en el presente caso, concurren circunstancias no



coincidentes con las de alguna de las sentencias de referencia, ya que se trata de analizar en qué medida la percepción del subsidio de retornados y la cotización durante este período puede afectar a la percepción del subsidio de mayores de 52 años. Del mismo modo, tampoco queda suficientemente explicitada la razón por la cual se considera una u otra fecha a efectos económicos, aunque es claro que el reconocimiento en la fecha anterior se basa precisamente en considerar procedente el cómputo de cotizaciones suizas previsto en el Convenio Europeo de Seguridad Social. Esta última es la cuestión, que, como es lógico se resuelve en el mismo sentido que la propia jurisprudencia del TS ha sentado, rectificando la inicial de 1994, pero olvida el Tribunal dejar más claras las razones por las que se reconoce con tres meses de diferencia, que es lo que reclama la actora, lo que, como decimos, procede por ser aplicable el cómputo de las cotizaciones suizas.

En todo caso, y como conclusión de orden más general, dadas las dificultades que está planteando el acceso a subsidios por desempleo de los españoles que han trabajado fuera de nuestro país, parecería necesaria una revisión de los requisitos de acceso, tal y como sugirió el CES en su Dictamen 10/2005.