

En conclusión, parece correcto decir que la exigencia de autorización administrativa tiene propiamente su origen en el régimen que sucedió a la Guerra Civil española y responde a una actitud autoritaria e intervencionista. No es ajena tampoco a las teorías comunitarias de la relación de trabajo que tuvieron gran predicamento en los primeros momentos del régimen. Su mantenimiento tras la transición política de nuestro país ha supuesto un cambio en el significado de la figura. Sin embargo, cabe plantearse si su espíritu se adecua plenamente a la nueva estructura social, política y económica surgida en torno a la Constitución española de 1978.

EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO PARA MAYORES DE 52 AÑOS: ALGO MAS QUE ASISTENCIA SOCIAL, ALGO MAS QUE PRESTACION ASISTENCIAL

(Un comentario a la STS de 23-6-93, sala IV)

Por JUAN CARLOS ALVAREZ CORTÉS *

SUMARIO: I. Introducción.—II. La inaplicación con los convenios bilaterales de Seguridad Social celebrados por España tras la entrada en vigor en nuestro ordenamiento de la Reglamentación comunitaria.—III. El valor de las declaraciones de los Estados sobre las legislaciones incluidas en el campo de aplicación del Reglamento 1408/71.—IV. Las prestaciones no contributivas de desempleo de la Seguridad Social española, ¿asistencia social o prestaciones no contributivas?—V. La totalización de períodos por desempleo como consecuencia de la aplicación de la reglamentación comunitaria.—VI. Los subsidios de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, algo más que prestaciones asistenciales o no contributivas.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia que se comenta tiene su origen en la denegación, por parte del INEM, del subsidio para mayores de 52 años, establecido en el artículo 13 de la Ley 31/84, tras la reforma producida por el R.D.-L. 3/89 de medidas adicionales de carácter social (BOE de 1 de Abril de 1989), mediante resolución que se basó en no tener el beneficiario seis años cotizados por la contingencia de desempleo.

El ahora recurrente, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, demanda que fue desestimada en la Sentencia, y ante la desestimación presentó recurso de suplicación ante el TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla, que confirmó la Sentencia del Juez de lo Social. En este momento hay que señalar que la sala del TSJ aunque estimó como probadas las cotizaciones de España por un total de 1.685 días, y en Alemania, al amparo del Convenio Hispano-Alemán, más de 30 años, desestimó el recurso «razonando para ello que los Acuerdos o Convenios bilaterales entre España y los países miembros de la Comunidad Europea fueron sustituidos por el Reglamento 1408/71, habiendo comunicado España al Consejo de las Comunidades Europeas que limitaba la protección por

* Profesor de la Escuela Universitaria de Graduados Sociales de Málaga.

desempleo al Título I de la Ley 31/84, esto es, al nivel contributivo, por lo que a efectos del nivel asistencial, no se pueden computar las cotizaciones realizadas en el extranjero».

En definitiva, el tema central objeto del debate en la STS de 26-6-93, «es el de si, a efectos de la carencia de seis años de cotización que se exige en el art. 13.2 de la Ley 31/84, de 2 de agosto, para tener derecho al subsidio para mayores de cincuenta y dos años, deben ser computados los períodos cotizados en un país extranjero». Y ello porque, sin duda, de tenerlos en cuenta, el actor sería titular del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

II. LA INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS BILATERALES DE SEGURIDAD SOCIAL CELEBRADOS POR ESPAÑA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR EN NUESTRO ORDENAMIENTO DE LA REGLAMENTACIÓN COMUNITARIA.

Podemos observar que la ST del TSJ-A que se recurre apunta una cuestión cual es la de la inaplicación de los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados entre España y los países miembros de la Comunidad Europea, tras los Reglamentos 1408/71 y 574/72.

Parece una cuestión tan evidente que la sentencia de casación ni lo menciona, pero aún así debemos hacer algún comentario. Efectivamente, tras la aprobación de los citados Reglamentos, y de conformidad con el art. 6 del Reglamento 1408/71 (artículo que posee un doble contenido), en el que se establece por un lado «una cláusula derogatoria expresa, limitada necesariamente a las relaciones entre los propios signatarios, de todo convenio de Seguridad Social anterior, [y por otro]... una declaración de compatibilidad [...]» (1); la cláusula derogatoria expresa supone que van a quedar sustituidos por el presente reglamento los convenios bilaterales celebrados entre los países que integran la Comunidad Europea; la declaración de compatibilidad supone, o bien, la vigencia de convenios bilaterales o multilaterales donde intervenga un tercer Estado no comunitario (art. 6b) del Reglamento 1408/71), o bien, la vigencia de disposiciones de convenios bilaterales de Seguridad Social mencionados en el Anexo 3 (art. 7.2.c. del mismo Reglamento), o, por último, el permiso para celebrar Convenios bilaterales entre dos Estados miembros en virtud del presente Reglamento (art. 8.1. del Reglamento citado).

En definitiva, la recepción de la reglamentación comunitaria supuso la derogación automática del conjunto de convenios bilaterales en materia de Seguridad Social que nos unían a los demás países de la CEE y la sustitución de los mismos por dicha reglamentación (aún cuando los convenios bilaterales

(1) Van Raepenbusch, S.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo», MTSS, Madrid, 1992, pág. 434.

fueran más beneficiosos que la propia normativa comunitaria) (2); entendiéndose finalizada por cumplimiento la misión de la «potente red» de Convenios bilaterales firmados por España de proteger a los trabajadores migrantes, que además sirvió para allanar el camino de la integración (3).

Por último apuntar que desde la integración de España en la CEE se produjo un período transitorio de tres años para la vigencia de ciertos preceptos de convenios bilaterales, pasado ese tiempo, solo quedarían en vigor determinadas disposiciones de convenios bilaterales celebrados por España, y recogidos en el Anexo 3 del 1408/71 (4).

III. EL VALOR DE LAS DECLARACIONES DE LOS ESTADOS SOBRE LAS LEGISLACIONES INCLUIDAS EN EL CAMPO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1408/71

La siguiente cuestión instrumental se refiere al valor de las declaraciones hechas por los Estados en el Anexo. Señala la sentencia que se comenta: «No empecé a tal conclusión [...] el hecho de que no se hubiera incluido el Título II de la Ley 31/84 en la declaración notificada del Estado español, ya referenciada, pues claro que, dados los términos del art. 5 del Reglamento, las declaraciones de los Estados miembros sobre las legislaciones y regímenes del artículo 4 (apartados primero y segundo) son enunciativas, sin tener carácter exhaustivo, de modo que la omisión de una norma interna no comporta su obligada exclusión del ámbito de vigencia de aquél». Haciéndose así por parte del Tribunal Supremo una interpretación correcta del derecho comunitario.

De hecho, la idea de no exhaustividad recogida en el art. 5 del Reglamento 1408/71, proviene de la aplicación de criterios jurisprudenciales adoptados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) con referencia al art. 3 del Reglamento nº 3 sustituido por el citado reglamento (5),

(2) Efectivamente, en el caso Walder 82/72, Rec. 1972, 599, se señala la prioridad de los reglamentos comunitarios a los convenios bilaterales, aunque estos últimos establecieran condiciones más favorables para los sujetos protegidos; señala Van Raepenbusch que: «Esta postura responde totalmente al propósito de la reglamentación comunitaria, cual es la de instituir, según el art. 51 del Tratado, un sistema único de coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social que sustituya a la plétora de acuerdos internacionales por los que se rigen la Seguridad Social de los trabajadores que circulan dentro de la Comunidad», op. cit., pág. 441.

(3) Cebrián Badía, F.J.: «El Derecho comunitario y los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social», Actualidad Laboral, t.I, 1988, pág. 50.

(4) Sobre estas cuestiones vid. Martínez Girón, J.: «Alcance de la derogación por el Derecho comunitario de los convenios de Seguridad Social suscritos por España y otros países de la CEE», Actualidad Laboral, t. III, 1989, pág. 579 y ss.

(5) «El Anexo B del Reglamento nº 3 proporcionaba la lista de las legislaciones de Seguridad Social en los Estados miembros, cubiertas por el Reglamento, y en el art. 3

tales criterios jurisprudenciales recogidos en los casos Van der Veen, Dingeman y Cicco (6) supongan que «lo importante es la naturaleza de la prestación, y que el solo hecho de no existir notificación no excluye de la aplicación del régimen comunitario, ya que de otro modo quedaría al arbitrio de cada Estado, a través de la omisión de la notificación, el campo de aplicación del reglamento» (7). En la vigente regulación se prevé que los Estados miembros hagan una declaración de las legislaciones a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 4, a «efectos de determinar la extensión real de la coordinación» (8); declaración cuyo valor jurídico, a la luz de los casos que acabamos de citar, solo tiene «un alcance indicativo y en modo alguno constitutivo: la circunstancia de que no se haya mencionado una ley o una reglamentación no podría dar lugar, de por sí, a que se estableciese que dicha ley o reglamentación no queda incluida en el campo de aplicación del Reglamento» (9). Para el caso contrario, o sea cuando un Estado miembro mencione en esa declaración una determinada ley que, por su naturaleza o características, debería de quedar fuera del campo de aplicación del Reglamento 1408/71, tal ley entrará dentro de la dinámica de coordinación establecida por el Reglamento (10) (11).

Acertada por otro lado es, también, la afirmación que hace el TS en la sentencia que se comenta sobre el hecho de que la aludida declaración producida por el Estado español es de 1987, anterior a la modificación operada en 1989 en la materia de desempleo. De tal modo que, y para completar la cuestión del valor de las declaraciones hechas por los Estados, cuando el art. 5 predispone que los Estados miembros deben hacer mención «de las legislaciones y regímenes a que se refiere el art. 4», se refiere tanto a las legislaciones «existentes [como a las] futuras, concernientes a las ramas y a los regímenes de Seguridad Social» (art. 1.

se obligaba por lo demás a los Estados a notificar al Presidente del Consejo, dentro del plazo de tres meses posteriores a la publicación en el ordenamiento jurídico interno, las modificaciones realizadas en este campo.», Van Raepenbusch, op. cit., pág. 349. En el mismo sentido Rodríguez-Piñero, M. «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Comunidades Europeas», IELSS, MTSS, Madrid, 1982, pág. 142.

- (6) Respectivamente casos: 100/63, 15-7-64, Rec. 1964; 24/64, 22-12-64, Rec. 1964; y 19/68, 19-12-68, Rec. 1968.
- (7) Rodríguez-Piñero, M., op. cit., pág. 142.
- (8) Lyon-Caen, G. y Lyon-Caen, A.: «Droit social international et europeen», Précis Dalloz, 7ª ed., París, 1991, pág. 209.
- (9) Van Raepenbusch, S., op. cit., pág. 349. En el mismo sentido: Rodríguez-Piñero, M., op. cit., pág. 142-143.
- (10) Como se apunta en el caso Beerens 35/77, 29-11-77, Rec. 1977.
- (11) Rodríguez-Piñero, M., op. cit., pág. 144 «La declaración positiva es, pues, una prueba concluyente o una presunción iuris et de iure. Se trataría más bien de un cierto efecto negocial de la declaración que compromete al Estado miembro y que tiene que pasar por el acto propio de haber incluido la legislación de que se trate dentro de la coordinación comunitaria». En este sentido, también, Lyon-Caen, G. y Lyon-Caen, A.: «Droit social international et europeen», Précis Dalloz, 7ª ed., París, 1991, pág. 209. Van Raepenbusch, S., op. cit., pág. 349-350.

j) del propio Reglamento) (12); por lo que la no declaración del Estado español, sobre la modificación producida en 1989 no significa la exclusión de esta materia del campo de aplicación del Reglamento 1408/71, sino simplemente la omisión de un deber del Estado español.

IV. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE DESEMPLEO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA, ¿ASISTENCIA SOCIAL O PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS?

La clave de la sentencia reside en la calificación de las prestaciones de desempleo para mayores de 52 años del nivel asistencial como prestación «que rebasa ampliamente los límites de una mera "asistencia social"», y ello porque el art. 4 del Reglamento expulsa de la coordinación, establecida por el mismo en materia de Seguridad Social, a la asistencia social (pero no a las prestaciones no contributivas) (13) (14) por lo que de haber calificado a dicha prestación como tal supondría una salida de los beneficios del reglamento comunitario (aunque no supondría en modo alguno una desprotección total ya que la legislación comunitaria establece el principio de igualdad en las «ventajas sociales» para aquéllos que ejercen la libertad de circulación para trabajar, según se recoge en el art. 7 del Reglamento 1612/68) (15).

(12) En el mismo sentido, Lyon-Caen, G., y Lyon-Caen, A., op. cit., pág. 209.

(13) Así Perrin, G. señala que el Reglamento 1408/71 redujo sensiblemente el alcance de las disposiciones particulares relativas a las prestaciones no contributivas en una interpretación más estricta del art. 51 del Tratado de Roma «Esta supresión aparentemente generosa ha demostrado tener una eficacia discutible porque ha estimulado a los Estados miembros interesados a excluir de la aplicación del Reglamento 1408/71 prestaciones no contributivas que no dependían de las legislaciones de asistencia, produciendo así una incertidumbre jurídica, a veces con lesiones de derechos, en un momento particularmente inoportuno, porque coincidía con un auge manifiesto de las prestaciones no contributivas en las legislaciones de numerosos Estados miembros». Además, apunta que, los Estados utilizaron un desdoblamiento de concepciones Seguridad Social o Asistencia Social en la protección social «según sean para uso interno o internacional, para evitar la obligación sistemática de transferir diversas prestaciones no contributivas al extranjero», en «Prestaciones no contributivas y legislación internacional en materia de Seguridad Social», Revista de Seguridad Social nº 34, 1988, págs. 147-148.

(14) Sobre lo que se entiende por prestaciones no contributivas vid. apartado V de este comentario.

(15) «La exclusión, por otro lado, no supone la total desprotección del trabajador, puesto que en aplicación del principio de igualdad de trato se impone no sólo una igualdad, por encima de la nacionalidad, en materia de condiciones de trabajo y cargas fiscales, sino también una igualdad de "ventajas sociales"», Rodríguez-Piñero, M., op. cit., pág. 124-125. En el mismo sentido, Van Raepenbusch, S., op. cit., pág. 352; y, Pérez del Rfo, T., «El concepto de prestaciones de "asistencia social" establecida por la

La distinción entre prestaciones de Seguridad Social y Asistencia Social, no ha sido problemática en la medida en que se trata con sistemas contributivos de Seguridad Social y una Asistencia Social de tipo tradicional, pero en la medida en que los sistemas de Seguridad Social comienzan a introducir prestaciones no contributivas vemos como las fronteras entre una y otra comienzan a desdibujarse porque «ello supone que la Seguridad Social viene a desempeñar papeles que hasta ahora, aunque marginalmente en su importancia real, había venido cumpliendo la vieja Beneficencia Pública en su forma más moderna de Asistencia Social» (16). El problema que se plantea es que la decisión del Tribunal Supremo, aunque acertada en el fondo, no toma como base los parámetros jurisprudenciales del TJCE que han servido para la calificación de una prestación como de Seguridad Social o Asistencia Social a efectos de su inclusión o no en el campo de aplicación del Reglamento 1408/71 (17). Los parámetros o aspectos más significativos, que nos van a servir de criterios distintivos entre las instituciones a que nos referimos (18), vienen recogidos en la abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Así:

Por un lado, observamos como todas las decisiones del TJCE están informadas por una interpretación expansiva de la Seguridad Social (19).

Corte de la Comunidades Europeas y la normativa española», *Temas Laborales* nº 7, 1986, pág. 79.

- (16) Rodríguez-Piñero, M.: «Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social», R.L., T.II, 1988, pág. 12.
- (17) En efecto establece la ST que se comenta: «... su concesión se halla vinculada a la existencia de una previa contribución de al menos 6 años [...], su duración se extiende hasta la fecha en que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades [...], y su contenido comprende una cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento del salario mínimo interprofesional, amén de las cotizaciones correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y contingencia de jubilación [...], y todo lo cual es, además, suficiente para estimar que rebasa ampliamente los límites de un mera "asistencia social"». Siguiendo más la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia 76/86 (donde se establece que la Asistencia Social no puede exigir cotización previa), que la jurisprudencia del TJCE.
- (18) Con respecto al estudio y clasificación de los criterios adoptados por TJCE, vid, Van Raepenbusch, op. cit., págs. 359 y 360; y, sobre todo por su exhaustividad, Pérez del Río, T., op. cit., págs 79 a 81.
- (19) «...tal y como expuso el abogado general Mayras en los casos 1/72 (Frilli) y 14/72 (Heinze), la redacción de las disposiciones generales que determinan el campo de aplicación del Reglamento demuestran que el Consejo ha querido conceder a la noción de Seguridad Social su sentido más amplio, mientras que la exclusión de la Asistencia Social y médica sólo se puede interpretar, por el contrario, de forma restrictiva», Van Raepenbusch, S. «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...», op. cit., pág. 355. En el mismo sentido, Pérez del Río, T., op. cit. pág.

Por otro lado, apuntar los diferentes criterios conjuntamente utilizados en el razonamiento del Tribunal, entre ellos: a) el carácter del sujeto receptor de la prestación, de manera que el hecho de exigirse afiliación o cotización previa supone que se trata de una prestación de Seguridad Social (20); b) fines y condiciones o requisitos de obtención de las prestaciones para poder clasificarlas como Seguridad Social o como Asistencia Social (21), de tal modo que deben considerarse prestaciones de Seguridad Social aquellas cuyo reconocimiento y pago corresponde a un ente gestor de la Seguridad Social (22); c) el hecho de formar parte de legislaciones estimadas como correspondiente al campo de protección de la Seguridad Social (23); y por último, d) «el criterio más seguro y desde luego el más frecuente y recientemente más utilizado radica en analizar si la normativa nacional que regula determinada prestación "diseña una posición legalmente definida" del sujeto protegido "fuera de toda apreciación individual y discrecional de necesidades y situaciones personales de aquél"» (24), como se apunta en los casos Frilli 1/72 y Biason 24/74 (25). Pero, aunque una determinada prestación otorgue un derecho subjetivo al beneficiario de la misma para su realización no es suficiente porque «en muchos países europeos, los beneficios de la Asistencia Social también son jurídicamente exigibles, también constituyen derechos subjetivos perfectos» (26). Por ello además de los criterios ya apuntados habría que añadir, uno fundamental: «el criterio decisivo que permite incluir la prestación en el campo de aplicación material definido en el art. 4, párr. 1, del Reglamento, es la vinculación de la prestación a uno de los riesgos enumerados con carácter limitativo en esta disposición» (27).

De la aplicación de todo lo dicho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, observamos como se cumplen uno a uno todos los criterios enumerados (28): se exige al beneficiario haberse encontrado previamente inmerso en una

(20) Caso Costa 39/74, 13-11-74, Rec. 1974, pág. 1251.

(21) Caso Valentini 171/82, 5-8-83, Rec. 1983, pág. 2157.

(22) Caso Heinze 14/72, 16-9-72, Rec. 1972, pág. 1105.

(23) Caso Jansen 104/76, 5-5-77, Rec. 1977, pág. 829.

(24) Pérez del Río, T., op. cit., pág. 81.

(25) Respectivamente, 22-6-72, Rec. 1972, pág. 457; y 9-10-74, Rec. 1975, pág. 999.

(26) Gonzalo González, B.: «Las pensiones no contributivas en Europa», *Documentación Laboral*, nº 27/28, 1988/89, pág. 23.

(27) Van Raepenbusch, S., op. cit., pág. 366. En este sentido, Rodríguez-Piñero, M.: «...las fronteras entre la Seguridad Social y la Asistencia Social deben buscarse ahora en relación al "campo objetivo" de las prestaciones[...] En consecuencia corresponderá a la Seguridad Social el otorgamiento de las prestaciones para las contingencias que típicamente ha venido prestando esta, pero para todos los ciudadanos, y a través de una combinación de diversos mecanismos de cobertura. Por su parte, la Asistencia Social habrá de cubrir otras contingencias o prestaciones, otros servicios fuera de ese contenido objetivo propio de la Seguridad Social», en «Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social», R., T. II, 1988, págs. 16-17.

(28) En sentido similar vid, Pérez del Río, T., op. cit., págs. 82 a 84.

relación jurídica de Seguridad Social (afiliación, y 6 años de cotización por la contingencia de desempleo); la prestación es otorgada por un ente gestor (29); forma parte de una legislación incluida en el campo de la Seguridad Social de nuestro país (en atención al dictado del artículo 41 de la Constitución, y de la propia Ley de Protección por Desempleo 31/84, -en adelante LPD- de la que forma parte inseparable); crea un verdadero derecho subjetivo donde, a pesar de valorar la situación de necesidad del individuo (cuando se carezcan de rentas superiores al salario mínimo interprofesional), no cabe la discrecionalidad de la Administración («situación legalmente definida»); y por último, la prestación por desempleo se encuentra en el apartado g) del párrafo primero del artículo 4, del Reglamento 1408/71.

V. LA TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS POR DESEMPLEO COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN COMUNITARIA.

Una vez que se ha determinado que el subsidio por desempleo para mayores de 52 años «se halla incluido en el campo de aplicación material del Reglamento Comunitario», conforme a lo expuesto en el apartado anterior, éste como norma de eficacia directa (30) y de valor jurídico superior a la normativa interna (31), al aplicarse en el presente caso supone que tienen que

(29) «Aún cuando sea discutible su caracterización como Entidad Gestora de la Seguridad Social [...] las funciones que desarrolla en relación a las prestaciones de desempleo permiten conferirle, al menos materialmente, dicho carácter. De otro lado, la Ley 31/84, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, en su artículo 21, lo califica como tal y la propia Constitución, en su artículo 41, al referirse a las situaciones de necesidad protegidas en el marco de la Seguridad Social nombra expresamente la de desempleo», Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S. «Compendio de Seguridad Social», Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, pág. 94.

(30) «Las normas que integran el derecho europeo gozan de lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades y la doctrina han convenido en denominar efecto directo, concepto con el que se expresa que los destinatarios de las normas europeas son tanto los Estados como los ciudadanos, que quedan inmediatamente obligados por las mismas y que pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos», Muñoz Machado, S.: «El Derecho de la Comunidad Económica Europea: Estructura y relaciones con el Derecho Español», Documentación Laboral nº 18, 1986, pág. 17. En el mismo sentido, entre otros, Rodríguez Carrión, A.: «Lecciones de Derecho Internacional Público», Tecnos, Madrid, 1987, pág. 220.

(31) En virtud del artículo 189 del Tratado de Roma, por ello, «Las normas europeas priman o prevalecen sobre las internas [...] la primacía es una virtualidad de la que están revestidas todas las normas comunitarias que gozan de efecto directo, cualquiera que sea su condición o rango; por otra parte, en base a ella, las normas de derecho comunitario se imponen a las internas, cualquiera que sea el rango y sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria», Muñoz Machado, S., op. cit., pág. 17. Con

ser «computables en consecuencia, a los efectos de la carencia de seis años que aquél precepto exige» los períodos cotizados en un país comunitario (como se recoge en la sentencia que se comenta).

Para conseguir prestaciones de Seguridad Social se exige en los ordenamientos de base contributiva una «carrera de seguro» o período previo de cotización o de empleo, y en los ordenamientos de base asistencial períodos de residencia. Por ello, los trabajadores migrantes, como es el caso del recurrente en la sentencia que se analiza, por el hecho de emigrar a otros países en búsqueda de un trabajo, -y en el caso de que no se arbitraran medios en el Derecho Internacional-, se les podrían «irrogar graves perjuicios» (32).

Efectivamente, para la consecución del principio fundamental de libertad de circulación de trabajadores establecido en los artículos 48 a 51 del Tratado de Roma, se dispone de un medio recogido en el 51 del propio Tratado, cual es el de la totalización de períodos trabajados en otros países comunitarios (medio, dicho sea de paso, ya utilizado anteriormente en otros instrumentos internacionales), en orden a la conservación de derechos adquiridos o en vías de adquisición (33); medio, que también se establece y desarrolla en los artículos 18. 1 del Reglamento 1408/71, 15 del 574/72, y en especial para las prestaciones por desempleo en el 67 del primero (34). Con el mismo se amortiguan los efectos del principio de territorialidad que ha presidido, desde sus orígenes, los diferentes sistemas de

respecto a los Convenios Internacionales en general, «... un Convenio Internacional es una auténtica ley del Estado que lo suscribe, siempre que se encuentre válidamente celebrado y debidamente promulgado, por lo que sus prevalecen sobre los de cualquier norma que se le opongan; es más, es una Ley Especial, [...] y, por tanto, una Ley General de Derecho interno, sea anterior o posterior al Convenio, no podrá derogarlo», en Gonzalo González, B.: «Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los Convenios Internacionales de Seguridad Social», Servicio de Mutualismo Laboral, Madrid, 1975, pág. 35. Sobre el tema vid., además, Pereda Mateos, A.: «Un nuevo sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los Tratados Internacionales», IELSS, Madrid, 1983, en especial el capítulo tercero de la segunda parte, pág. 77 a 87.

(32) Van Raepenbusch, S., op. cit., pág. 277.

(33) Establece el artículo 51 del Tratado de Roma: «El Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus familiares: a) La acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas[...].»

(34) Debemos señalar que para la totalización de períodos para la contingencia de desempleo, el artículo 67 del Reglamento 1408/71, establece una regla especial: Cuando en un país se exija períodos de seguro y en el otro períodos de empleo: a) Los períodos de seguro siempre se computarán (como si fuesen períodos de empleo) a efectos de totalización.

Seguridad Social y con el que se evita «que la Seguridad Social que funciona en un marco territorial cerrado, no suponga un freno o un obstáculo a la libre circulación» (35).

Con la totalización de períodos, aplicada al presente caso, conseguiríamos en definitiva, que el sujeto en cuestión pueda conseguir la carencia necesaria para tener derecho a la prestación que solicita, ya que deben tenerse en cuenta por la Administración española los períodos que el trabajador cumplió en Alemania (36).

VI. LOS SUBSIDIOS DE DESEMPLEO PARA MAYORES DE CINCUENTA Y DOS AÑOS, ALGO MÁS QUE PRESTACIONES ASISTENCIALES O NO CONTRIBUTIVAS.

Aunque el objeto de análisis de la sentencia sea el mencionado anteriormente, subyace dentro de este tema otro, que aunque es recogido de forma incidental o no principal por el TS, supone, desde un punto de vista material, la clave de la resolución adoptada; esta cuestión no es otra que el dudoso carácter de asistencialidad que tiene el subsidio para mayores de 52 años, cuya concesión «se halla

- b) Los períodos de empleo sólo se computarán (como períodos de seguro) cuando los mismos «hubiesen sido considerados como períodos de seguro si hubiesen sido cumplidos bajo esa legislación»; pero en el asunto *Frangiamore* 126/77, (Rec. 1978, pág. 732.), se relativiza esta regla al estimarse que hay que atenerse a la legislación bajo la que se cubrió tal período, cuando el mismo no se consideró como tal en el Estado competente.

Sobre el tema vid. *Van Raepenbusch*, S., op. cit., págs. 610 a 612; y *Rodríguez-Piñero*, M., «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...», op. cit., págs. 346-347.

- (35) *Lyon-Caen*, G. y *Lyon-Caen*, A., op. cit., pág. 206. En palabras de *Rodríguez-Piñero*: «Es decir, de admitirse la pérdida de derechos no sólo se desprotegería al propio trabajador migrante, sino que de facto se impediría la libre circulación de los trabajadores que es uno de los objetos propios de la CEE, por ello, desde el propio Tratado se trata de evitar ese riesgo... [con] el artículo 51, que es la base principal de los reglamentos comunitarios», en «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...», op. cit., pág. 180.
- (36) Como establece *Rodríguez-Piñero*; M.: «Para que la totalización jugara habrían de darse dos clases de condiciones:
- Que la legislación nacional subordinara la obtención de una determinada prestación al cumplimiento de unos períodos previos;
 - Que tales períodos no se hayan cubierto ya en base a la legislación nacional, es decir que el interesado no satisfaga las condiciones establecidas para la obtención de la correspondiente prestación sin recurrir a períodos madurados en otros Estados miembros. En tal caso la totalización habría de jugar al ser necesaria.», en «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...», op. cit., págs. 194-195.

vinculada a la existencia de una previa cotización por desempleo de al menos seis años».

Ciertamente, se produce con esta sentencia algo que la doctrina ya venía anunciando desde hace tiempo, la división producida por la LPD entre un nivel asistencial y un nivel contributivo, no es una división que se adecue a lo que debe entenderse por contributivo y asistencial desde el punto de vista jurídico.

A) La división entre un nivel contributivo y un nivel asistencial, se ha producido como consecuencia histórica de dos perspectivas diametralmente opuestas de configurar un sistema de protección de los riesgos sociales, nos referimos al sistema anglosajón o *beveridgiano* y al sistema germánico o *bismarckiano* (37).

En efecto, esas posturas han dado lugar, según la doctrina (38), a dos funciones diferentes que, con frecuencia, se tienen en cuenta por los distintos sistemas de Seguridad Social para cubrir los riesgos sociales: la función de compensación (que corresponde al nivel asistencial) que consiste en otorgar unas rentas mínimas a quienes se encuentren en una situación de necesidad y carezcan de recursos, y la función de sustitución (que corresponde al nivel contributivo) que supone otorgar rentas que cubran la pérdida de ingresos profesionales, siempre que se haya producido una previa cotización al sistema (39).

Hoy día parece difícil encontrar un sistema que sea un modelo puro, mezclándose en la mayoría de ellos elementos de contributivos y asistenciales

- (37) Las diferencias entre uno y otro radicaban, entre otras cosas, en tres cuestiones: la consideración de sujetos protegidos (para el primero se protegerían a todos los ciudadanos —universalidad—, mientras que en el 2º solo se protegerían a los trabajadores); la cuantía de las prestaciones (en el primero se uniformaban «según las exigencias de los niveles de vida», en el segundo serían sustitutivas del salario perdido); y, en la financiación de los sistemas (en el primero, además de las cotizaciones, es fundamental una importante aportación del Estado, en el segundo los fondos se nutren exclusivamente de las aportaciones de trabajadores y empresarios); sobre esta cuestión, cfr., entre otros, *Almansa Pastor*, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, séptima edición, Madrid, 1991, pág. 71 y 74.
- (38) *Guy PERRIN*, «Racionalización y humanización: dos objetivos prioritarios para una reforma de la Seguridad Social», *Papeles de Economía Española* nº 12/13, 1982.
- (39) Con respecto a estas funciones, señala *Desdentado Bonete* el carácter de unilateralidad de la función compensatoria «el derecho a las prestaciones se atribuye en atención a la existencia objetiva de necesidad sin contar las contribuciones realizadas por el sujeto», y el carácter de bilateralidad de la función sustitutoria «... que atiende a las contribuciones realizadas por el beneficiario tanto para atribuir el derecho a la protección... como para graduar la intensidad de la misma... sin perjuicio del juego de algún elemento corrector de tipo redistributivo» en «La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección» *Relaciones Laborales* nº 7, 1985 pág. 59-60.

(40). Más aún en los sistemas de base contributiva como es el nuestro, se ha utilizado la función de compensación como complemento a la de la sustitución, ya que suponen una forma más barata de otorgar una prestación social (41).

B) La protección por desempleo en nuestro sistema de Seguridad Social nace como una prestación netamente contributiva, y no por otra cosa que por insertarse en un sistema contributivo, más o menos puro, como era el predicado por la LGSS. Pues bien, como es sabido, en momentos de crisis la protección por desempleo supone una cuestión de difícil resolución, ya que el crecimiento de parados y la prolongación en dicha situación suponen una fuerte «presión financiera» que obliga a introducir «medidas rigurosas de contención del gasto, limitando la extensión y/o la intensidad de la protección» (42). Por ese motivo se han producido recortes en las prestaciones, no sólo en la cuantía de las mismas sino también en la duración de la cobertura.

Tradicionalmente, lo que se ha hecho en los sistemas contributivos, para evitar la desprotección no ha sido otra cosa que crear un segundo nivel de protección asistencial para cubrir los efectos perniciosos de la expulsión de la protección producida por los recortes de gastos compensando, de alguna manera a los perjudicados por el paro.

Para el conocimiento de la génesis de esta distinción entre niveles, en el sistema de protección por desempleo, tenemos que remontarnos a la Ley Básica de Empleo 51/80 de 8 de octubre (en adelante LBE), donde además de las prestaciones por desempleo se recogía un nivel complementario o asistencial dirigido a colectivos muy determinados de sujetos (43). La doctrina, ante la novedosa medida, se apresuró a calificarla de asistencial (44), o «semiasistencial»

(40) Como es el caso del nuestro en atención al dictado del art. 41 de la CE.

(41) En la medida que las prestaciones asistenciales no toman un salario como base de hallar la cuantía de la prestación a otorgar, sino una cuantía mínima que se ha dado en llamar umbral de pobreza, y que en líneas generales es inferior al salario mínimo.

(42) Desdentado Bonete, A., «Crisis y protección del desempleo. La evolución histórica del sistema español», Relaciones Laborales nº 12, 1985, pág. 362.

(43) En concreto, según señalaba el art. 25.1 de la LBE, para trabajadores que hayan agotado la prestación y que careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional tengan a su cargo responsabilidades familiares; y, por otro lado, para trabajadores que retornan del extranjero, siempre que no tengan derecho a prestaciones por desempleo en el país al que emigraron, se inscriban en la oficina de empleo sin que se les ofrezca colocación en el plazo de los siguientes sesenta días.

(44) «Con mucho la más importante novedad de la LBE es un subsidio de carácter asistencial, en cuanto que el parado ha de carecer de rentas "de cualquier naturaleza" superiores al salario mínimo interprofesional y tener "a su cargo responsabilidades familiares"», Alonso Olea, M., «El paro forzoso y su aseguramiento social», Revista de Seguridad Social nº 15, 1982.

(45), aunque alguna tesis más realista apuntaba la no asistencialidad de las mismas (46).

Posteriormente y por otro lado, con la reforma de la protección por desempleo producida por la LPD, se distinguieron las prestaciones por desempleo en dos niveles, contributivo y asistencial (47), esta distinción según se apunta en su propia Exposición de Motivos tenía como fin la búsqueda de mecanismos complementarios del nivel contributivo (48). En principio, la distinción entre un nivel contributivo hacía pensar que por fin se habían cumplido aquellas propuestas doctrinales de bipartición en «un sistema de base asistencial y otro de base contributivo» (49).

Pero pronto la doctrina comenzó a señalar que la distinción entre niveles operada por la Ley 31/84, no se correspondía con los criterios diferenciadores de

(45) López Gandía, J.: «El régimen de las prestaciones, tras el Reglamento de desarrollo de la Ley Básica de Empleo (Algunos apuntes críticos)», Revista de Seguridad Social nº 15, 1982, pág. 284.

(46) Desdentado Bonete, A. y Cruz Roche, I., hacen una crítica a la reducción de la duración de la prestación por desempleo operada por la LBE, señalando que tal reducción es compensada por el subsidio complementario o en su propia terminología «mecanismos de selectivos de ampliación» de la duración. «El incremento de la duración del paro se corresponde así con una disminución del período temporal de la protección por desempleo, lo que en el marco del sistema español reviste perfiles más críticos ante la ausencia de mecanismos asistenciales de cobertura alternativa» pág. 321, «Las prestaciones de desempleo ante la crisis», Papeles de Economía Española nº 12/13, 1982.

(47) «El nuevo marco trazado por la Ley 31/84 y su Reglamento parte de una visión diametralmente opuesta: se trata de recuperar los niveles de protección anteriores a la LBE de 1980, especialmente a través de una mayor fidelidad al art. 41 de la Constitución, esto es desarrollando especialmente las prestaciones asistenciales. Es legítimo un recorte contributivo-asegurativo de la prestación... pero siempre y cuando se garanticen en la línea del art. 41 unos mínimos de subsistencia», López Gandía, J., en «El nuevo régimen jurídico de las prestaciones por desempleo. Un análisis de la Ley 31/84 y su reglamento de desarrollo», Relaciones Laborales nº 12, 1985, pág. 418.

(48) Como señalan Alonso Olea y Tortuero Plaza: «Distingue la LPD dos niveles en la protección del desempleado, a los que llama nivel contributivo y nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio, en el sentido del art. 41 CE. Sin embargo, ninguno de los dos niveles de protección responde a mecanismos puramente contributivos o puramente asistenciales.», pág. 201, «Con mucho, el mayor avance de la LPD -continuando la fórmula iniciada por LBE- ... está en la protección otorgada por el que denomina nivel asistencial, concebido como complementario del contributivo...», pág. 207, ambas de Instituciones de Seguridad Social, 12ª ed., Cívitas, Madrid, 1990.

(49) De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A.: «Manual de Seguridad Social», Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 585. También Desdentado Bonete A. y Cruz Roche, I. «Las prestaciones de desempleo...» cit. págs. 329 y ss.

una y otra que más arriba se han expuesto (50). De hecho la distinción entre niveles que produce la LPD, en sustitución de las que la LBE llamó prestaciones básicas y complementarias no es otra cosa que «un cambio puramente nominal, ya que el nivel asistencial... no tiene realmente esta carácter... [porque]... no se da el requisito subjetivo de universalidad... [y en la mayoría de los supuestos protegidos]... el acceso al nivel asistencial se deriva de un previa conexión... con el nivel contributivo» (51). En vista de todo ello parece muy adecuada la proposición de Alarcón Caracuel de vedar la introducción de los términos contributivo y asistencial en los textos normativos, relegando el uso de los mismos a las convicciones doctrinales (52).

Si analizamos las prestaciones asistenciales de nuestro sistema de protección, observamos que en la mayoría de las mismas se exige, por muy pequeña que

(50) Para Alarcón Caracuel, calificar a una prestación como contributiva o como asistencial suponen «...en el primer caso, que la prestación se otorga en función de que el sujeto protegido ha contribuido previamente al sistema y, que si bien no de un modo estricto la prestación será proporcional a aquella contribución. Y, en el segundo caso, que la prestación se otorga independientemente de esa previa contribución del sujeto, en atención única y exclusivamente a la situación de necesidad que padece. Sin embargo, el análisis de las que la LPD llama «prestaciones del nivel contributivo» y «prestaciones del nivel asistencial», revela que ni una ni otras se corresponden exactamente al criterio diferenciador expuesto», en «El desempleo: niveles de protección y régimen de las prestaciones» en Comentarios a la nueva legislación laboral, Tecnos, Madrid, 1985.

(51) Desdentado Bonete, A.: «Crisis y protección por desempleo. La evolución del sistema español», Relaciones Laborales nº 12, 1985, págs. 375 y 376.

En este sentido, «Para configurar un auténtico nivel asistencial, la LPD debería... haber afirmado que toda persona que se encontrara en la situación descrita... [se refiere a la situación de necesidad y carencia de recursos económicos suficientes]... podría tener derecho al subsidio. De nuevo la LPD defrauda puesto que, al enumerar a los sujetos que pueden beneficiarse de tal subsidio y al concretar las situaciones en que, en cada caso, han de encontrarse, reintroduce criterios contributivos que limitan de modo notable el número de sujetos protegidos», González Ortega, S., «La Ley 31/84, de Protección por Desempleo: objeto de la protección y personas protegidas», en Comentarios a la Nueva Legislación Laboral, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 243.

Viqueira Pérez, C.: «La prestación por desempleo», Tirant Monografías, Valencia, 1990, pág. 54. «Si se parte de la base, (y se parte) de que la existencia de un nivel asistencial de cobertura implica la concesión de las prestaciones en función de un estado objetivo de necesidad (de la insuficiencia económica del beneficiario), ha de concluirse que no pueden aplicarse restricciones de acceso a dicho nivel de cobertura (como ocurre en la normativa vigente), ni en función de la previa contribución del beneficiario al sistema, ni en función de su inclusión en un determinado colectivo profesional».

(52) «El desempleo...», op. cit., pág. 250.

Proposición muy acertada, si tenemos en cuenta la actuación posterior del legislador con respecto a las prestaciones no contributivas de la Ley 26/90, que si bien

sea, una contribución previa al sistema, o están conectadas directa o indirectamente con el nivel contributivo, «no estamos ante un sistema de protección asistencial, sino ante un nuevo complemento, por vía de prórroga excepcional, de prestaciones contributivas, con determinadas ampliaciones de la cobertura para algunos grupos» (53). Pero además, en cuanto a los subsidios que no exigen cotización previa –emigrantes retornados, reclusos liberados, y beneficiarios que han sido recalificados en su invalidez, dejando de ser inválidos– tampoco puede decirse que sean prestaciones asistenciales puras, y ello por una cuestión de notable importancia: la duración del subsidio es temporal, lo que significa que el individuo dejará de ser protegido, cuando termine el plazo, aunque subsista la situación de necesidad.

En definitiva, la protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social, es netamente contributiva, y se dirige al campo subjetivo de protección del nivel profesional. Lo que ha ocurrido es que debido a la crisis económica y a las consecuencias que la misma ha conllevado sobre el empleo, ha supuesto que el legislador creara un sistema contributivo de protección, y para controlar el elevado gasto que supone el mismo en una época de alto índice de desempleo ha adoptado, por un lado, decisiones restrictivas en lo que se refiere a la cuantía o duración de la prestación, (introduciendo contrapesos asistenciales o «cuñas asistenciales» que distorsionan ese esquema contributivo) (54) y, de otro lado, ha distinguido un pseudo nivel asistencial que tiene como misión prolongar la protección del nivel contributivo, otorgando prestaciones (55) en atención a la situación de necesidad pero estando limitadas, en la mayoría de los casos, a los sujetos que carezcan de unos ingresos mínimos (56). En este sentido podría decirse que «...existe una interpenetración de rasgos contributivos y asistenciales simultáneamente presentes en los dos niveles... si bien como es lógico, los rasgos contributivos predominan en el nivel contributivo y los asistenciales en su nivel homónimo» (57). En resumen, la protección por desempleo en el sistema español

fueron calificadas correctamente como prestaciones no contributivas, fueron introducidas en la Ley General de Seguridad Social, como apéndices de las prestaciones contributivas de jubilación e invalidez del Régimen General.

(53) Desdentado Bonete, A.: «Las pensiones y el desempleo en la Seguridad Social española. Situación actual y perspectiva», Rev. Treball, Mayo, 1988, pág. 125.

(54) Tortuero Plaza, J.L.: «Dos sentencias constitucionales sobre el desempleo», Revista Española de Derecho del Trabajo nº 31, 1987.

(55) Prestaciones que, para colmo de males, carecen de eficacia y operatividad por su excepcionalidad y su límite temporal de duración.

(56) Como señala Viqueira Pérez, «La protección por desempleo se sigue estructurando conforme a la idea contributiva del seguro, pudiendo en determinadas situaciones de necesidad, ser prolongada esta protección mediante el acceso a las prestaciones de este falso nivel asistencial, en el que por lo demás, se opera también siguiendo el mecanismo contributivo», en «La protección por desempleo», Tirant monografías, Valencia, 1990, pág. 55.

(57) Alarcón Caracuel, M.R.: «El desempleo: niveles de protección...» pág. 251 y 252.

de Seguridad Social funciona como un sistema de protección contributiva integrada: «como un todo y... la distinción entre dos niveles es artificiosa y conduce a una regulación legal tortuosa y complicada» (58). Regulación que necesita una reforma que provoque «una diferenciación institucional clara entre los niveles de protección del sistema español, de forma que se eviten interferencias» (59).

C) En la Sentencia que se comenta, el subsidio de desempleo, objeto de la pretensión del recurrente y por el que se litiga, es el dirigido a los mayores de 52 años —denominado por la doctrina como de prejubilación— (60). Sobre el mismo además de lo que ya, en líneas generales, se haya podido predicar del nivel asistencial al que pertenece, en el apartado anterior, habría que hacer unos comentarios adicionales.

Por un lado, y en cuanto al nacimiento del mismo, (parece evidente que como medida de política de empleo) (61), señalar que se produjo con la LPD, en la que en un principio se establecía para mayores de 55 años, que tuvieran todos los requisitos salvo la edad para tener derecho a una prestación de jubilación y siempre que se tratara de un régimen en el que se tuviera cubierta la contingencia de desempleo según rezaba el art. 7.3. del R.D. 625/85 de 2 de abril, artículo de gran polémica que fue tachado de inconstitucional por el Tribunal Constitucional, al entenderlo como discriminatorio (62).

Como causa inmediata de esta declaración de inconstitucionalidad, se produjo la reforma de este subsidio en 1989, en la que, a pesar de que la edad se había bajado a los 52 años, se exigía un segundo período de carencia adicional,

(58) Alarcón Caracuel, M.R. «El desempleo...», op. cit., pág. 252.

(59) Desdentado Bonete, A.: «Las pensiones y el desempleo...», op. cit., pág. 128.

(60) Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S.: «Compendio de Seguridad Social», Tecnos, cuarta edición revisada, Madrid, 1991, pág. . Para Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., esta no es la forma adecuada de ser denominado, «Instituciones de Seguridad Social», Cívitas, 15ª ed., Madrid, 1990, pág. 210. Lo cierto es que la jurisprudencia lo ha entendido con una forma de jubilación anticipada STCT de 7-10-86, entre otras cosas porque anticipan «...los efectos de la contingencia de vejez en virtud de la sensible reducción de las oportunidades que, pese a la formal posibilidad de demandar trabajo, acusa la libre concurrencia en el mercado de empleo...» jugando «...un papel compensatorio o de suplencia... respecto de la jubilación -que propiamente adelanta-».

(61) Como se ha señalado en la nota anterior, así lo ha considerado el TCT. En este sentido López Gandía, J., señala la existencia del sistema de prolongar las prestaciones por desempleo hasta la edad de jubilación, sistema que «...concede a los trabajadores en paro... una renta garantizada a cargo del seguro de desempleo, sin que la empresa contribuya a su financiación... [y]... se trata de una prejubilación a cargo del seguro de desempleo más que de una situación de desempleo», en «Jubilación y política de empleo», Jurisprudencia de Sanidad y Seguridad Social nº 3, 1981, pág. 368 y 369.

(62) STC 209/87 de 22 de Diciembre, (BOE de 8-1-88).

como era el de 6 años de cotización por la contingencia de desempleo, que no era sino otra forma de restringir el acceso al subsidio (63).

Por otro lado y en cuanto a las características de este subsidio, que lo hacen un poco más «peculiar» de lo normal, observamos: primero, el doble período de carencia exigido, uno genérico de 15 años —para tener derecho a la prestación por jubilación— y otro período de carencia específico —de 6 años de cotización por desempleo— que es muy elevado con respecto a los demás subsidios (el aumento del período de carencia específico demuestra, tal y como se declara en la sentencia que se comenta la ausencia de asistencialidad del mismo; pero es que además, el período de carencia exigido demuestra contundentemente la contributividad de éste subsidio, comparable con cualquier período de carencia que se pueda exigir a una prestación calificada como contributiva); segundo, no se exige tener responsabilidades familiares para acceder al mismo; y por último, la duración del mismo es variable según la edad del trabajador («su duración se extiende hasta la fecha en que el trabajador alcance la edad que permita acceder a la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades»), pero, lo que en verdad lo hace atractivo desde la perspectiva de la cobertura de los riesgos sociales es que el beneficiario cuando pase este lapsus de tiempo engarzarán con la prestación de jubilación del nivel contributivo —el INEM cotizará por la contingencia de jubilación—, no quedando desprotegido.

Como conclusión a todo lo que se ha expuesto, el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, evidentemente no es asistencia social, por lo que ha de incluirse en el Reglamento 1408/71, pero en realidad no se incluirá en el mismo por ser una prestación no contributiva, sino por serlo de carácter contributivo.

(63) En palabras de Escudero Rodríguez, R.: «En definitiva, la aparente ampliación del arco de protección de las situaciones previas a la jubilación, que parece responder a una nueva manifestación del intento de dar cobertura económica a situaciones de necesidad de los trabajadores maduros desempleados de larga duración, se ve empañada por la articulación que se ha llevado a cabo. En efecto, si a las consecuencias derivadas del endurecimiento de los períodos de carencia para tener derecho a la pensión de jubilación, se suman ahora las motivadas por la ya aludida exigencia de seis años de cotización previa a la específica contingencia por desempleo, se llega más fácilmente a la conclusión de que se han hecho más rigurosos los requisitos para tener derecho al subsidio asistencial de prejubilación», en «Una enmarañada ampliación de la cobertura por desempleo», Relaciones Laborales, T. I, 1989, pág. 1183.