

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Granada

**SEGURIDAD SOCIAL NO CONTRIBUTIVA Y
CIUDADANOS EXTRANJEROS. EL SUBSIDIO POR
DESEMPLEO VINCULADO A CARGAS FAMILIARES
STS (Sala de lo Social) de 11 de abril de 2000 (RJ 3435)**

SOFÍA OLARTE ENCABO*

SUPUESTO DE HECHO: Un súbdito marroquí solicita el subsidio asistencial por desempleo, por cargas familiares, no obstante residir en Marruecos su esposa e hijo.

RESUMEN: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para unificación de la doctrina, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de junio de 1999, la cual, desestimando el recurso de suplicación, ratificó el derecho del ciudadano marroquí a percibir el subsidio de desempleo, aun cuando su esposa e hijo menor económicamente dependientes de aquél residen en Marruecos. El TS afirma que, en virtud de lo previsto en el art. 1 del Convenio nº 157 OIT de 21 de junio de 1982, se considera que son carga familiar aun cuando no se dé convivencia efectiva, siempre que "las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado".

ÍNDICE

- 1. Aproximación general a la situación normativa actual en materia de protección no contributiva de los extranjeros no comunitarios (so pretexto de la Sentencia)**
- 2. Análisis crítico de los Fundamentos Jurídicos**
- 3. Aportaciones y valoración final de la Sentencia**

* Profesora T.U de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA SITUACIÓN NORMATIVA ACTUAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN NO CONTRIBUTIVA DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS (so pretexto de la Sentencia)

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEXIS), antes de ser reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre (y posteriormente por mantener el mismo tenor literal) es la primera y única norma que alude a las prestaciones por desempleo de los trabajadores extranjeros.

En efecto, el art. 36.2 de la LOEXIS (antes de la reforma) preveía un tipo de permiso especial o, más exactamente, de renovación especial en dos casos:

- la renovación automática por reconocimiento de "prestaciones contributivas por desempleo por la autoridad competente y de conformidad con la normativa de Seguridad Social" y
- la renovación cuando el extranjero sea "beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público, destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma".

Tras la reforma de la LOEXIS, este precepto mantiene el mismo contenido, si bien cambia de ubicación sistemática, ya que aparece en el nuevo art. 38 sobre permisos de trabajo, y más concretamente en el apartado número 3, relativo a la renovación de permisos.

La anterior Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (1985) y su Reglamento de ejecución no se referían a esta posibilidad. Y no sólo no se mencionaba sino que, incluso, hubo una tendencia jurisprudencial restrictiva o que, simplemente, denegaba el derecho de los extranjeros no comunitarios a percibir prestaciones por desempleo¹.

Más tardíamente, y a nivel infrareglamentario, es cierto que hubo un antecedente normativo que consideraba causa suficiente para la renovación del permiso ésta circunstancia. Concretamente, la Instrucción Segunda, apartado 1.3 de la Circular de la Dirección General de la Ordenación de Migraciones de 1998, en la que se disponía que equivaldría a "continuidad de la relación laboral", a efectos de renovación, que "el interesado es receptor de prestaciones de desempleo", sin distinguir entre contributivas y no contributivas.

¹ Al respecto vid. nuestro trabajo, "La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social", en AL, nº 31, 1993, donde puede verse dicha evolución y cómo se acudía a la falta de permiso como fundamento de la negativa, ya que ello implicaría una falta de capacidad para trabajar, nota ésta definitiva del desempleo protegido.

Este último aspecto de la instrucción es significativo, ya que, a falta de una mayor especificación se entendía que la asimilación procedía tanto en el caso de que el beneficiario fuera receptor de una prestación contributiva de desempleo, como de un subsidio por desempleo.

La LOEXIS sí hace una distinción entre unas y otras prestaciones. Sin embargo, no lo hace en los términos previstos en la normativa de Seguridad Social, por lo que se plantea el problema de determinar qué se entienda por "prestación económica asistencial de carácter público, destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral".

Antes de intentar dar una respuesta a esta pregunta, es pertinente, por ser una cuestión previa y no menos importante, cuestionarse sobre la posición de los extranjeros dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

Una cuestión, que anticipémoslo ya, evita el TS en esta Sentencia dictada en unificación de doctrina, por razones estrictamente procesales (cuestión nueva): la supuesta vulneración de lo dispuesto en el art. 7.3 de la LGSS. Dicho precepto establece que se comprende en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional, lo cual se ha entendido como una cláusula de exclusión con un cuadro complejo y casuístico de excepciones derivadas de la aplicación del principio de reciprocidad y de los tratados internacionales.

Desde nuestro punto de vista (ya que no entraremos aquí en el tema suficientemente tratado y no aludido en esta sentencia, de la inclusión en este nivel de los ciudadanos marroquíes por la vía de la normativa comunitaria y el Acuerdo entre la UE y el Reino de Marruecos), lo más trascendente es evidenciar la colisión existente entre el mencionado precepto (art. 7.3 LGSS) y la vigente y recientemente reformada LOEXIS.

La contradicción no se situaría entre el art. 7.3 de la LGSS y el art. 38 de la LOEXIS, al menos, no en principio, ya que hemos señalado que éste distingue entre prestaciones por desempleo contributivas y prestaciones asistenciales de carácter público con un fin de reinserción socio-laboral, lo que no supone que, necesariamente se refiera a prestaciones por desempleo del nivel no contributivo. No obstante, desde nuestro punto de vista la hay también.

La concurrencia conflictiva básica y fundamental se sitúa en el art. 14 de la LOEXIS, que prevé la equiparación plena de nacionales y extranjeros, tanto en el nivel contributivo como en el no contributivo del Sistema de Seguridad Social, siempre que sean "residentes" (hemos de entender, con permiso de residencia).

En cuanto a los extranjeros "cualquiera que sea su situación administrativa", dispone el apartado 3 del art. 14 de la LOEXIS, "tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas". Debiendo entenderse que se reconoce en este precepto la inclusión de los ciudadanos extranjeros, sin excepción, dentro del campo de aplicación de la Asistencia Social pública.

Como es bien sabido la reforma de la Ley 4/2000 no ha afectado al art. 14, sin embargo, sí ha habido un cambio importante en el art. 10 referido al "Dere-

cho al trabajo y a la Seguridad Social" en el que se dispone que "los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho... al acceso al sistema de Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente".

Esta remisión ha de entenderse hecha, sin ningún tipo de duda, a la legislación de Seguridad Social, la LGSS, y, concretamente, al art. 7, que, como hemos señalado, no sienta más que un principio de equiparación parcial, referido exclusivamente al nivel de protección contributiva.

La modificación del art. 10 de la LOEXIS resulta doblemente criticable desde una perspectiva técnica, ya que no sólo produce una contradicción entre dos normas (LGSS y LOEXIS, que se resolvería mediante aplicación de la norma posterior), sino que se contradice a sí misma, ya que el art. 10 remite a una norma que es contradictoria con lo previsto en el art. 14 de la LOEXIS (es decir, introduce una contradicción interna a la propia Ley).

Desde nuestro punto de vista, en la contradicción interna a la LOEXIS ha de entenderse que prevalece el art. 14, no por aplicación del principio de norma más favorable, sino porque es el art. 14 el que de forma específica regula el derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales de los trabajadores extranjeros, consagrando para los residentes un principio de equiparación absoluta o plena. Por tanto, englobando los dos niveles en los que se estructura nuestro sistema de Seguridad Social (el contributivo y el no contributivo o asistencial).

Además del principio de especialidad, avalaría, igualmente esta interpretación el principio de no discriminación que como criterio interpretativo general introduce la LOEXIS (art 3.1).

Ciertamente ésto, la inclusión de los extranjeros residentes en el nivel no contributivo, es una premisa para después analizar los problemas concretos que pueden plantear ciertos requisitos a estos ciudadanos. Aunque, repetimos, este problema no se llega a analizar en el supuesto de hecho enjuiciado en esta sentencia, por ser una cuestión nueva, hemos considerado que es relevante abrir este debate, a la luz de la modificación de la LOEXIS, tomando como pretexto la alusión, por parte del Abogado del Estado, al art. 7.3 de la LGSS, que bien pudo haberlo hecho el magistrado, aunque fuese a título de obiter dicta.

Finalmente, señalar que la referencia en el art. 38.2 b) y c), respectivamente, de la LOEXIS a prestaciones contributivas por desempleo y a prestaciones económicas asistenciales de carácter público destinadas a la inserción social o laboral, desde nuestro punto de vista incluirían a las prestaciones por desempleo del nivel no contributivo. En efecto, carecería de sentido la interpretación alternativa, ya que es claro que las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social (aún del nivel no contributivo) son económicamente más significativas que las que se encuadran en el sistema de Asistencia Social y están más próximas a ser consideradas medio de vida suficiente que éstas, a efectos de una eventual renovación del permiso de trabajo.

Además, se ha de recordar que la prestación no contributiva de desempleo, salvo excepciones, supone cotización previa y relación de aseguramiento (y

también afiliación y alta en el Sistema de Seguridad Social, que siempre darán sobre la base de la existencia de un permiso de trabajo previo). Es la prestación (la de desempleo asistencial) a la que se tiene derecho, generalmente, y en determinadas circunstancias, por agotamiento del primer nivel, o por haber cotizado el período mínimo exigible para acceder a aquél. Por tanto, sería absurdo dejar a estos trabajadores fuera del derecho a la renovación y, en cambio reconocerla a sujetos que, en la mayoría de los casos nunca han pertenecido a nuestro sistema de Seguridad Social y ni tuvieron permiso de trabajo, que son la mayoría de los supuestos de beneficiarios de prestaciones de Asistencia Social.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La STS UD de 11 de abril de 2000 consta de dos fundamentos jurídicos: por lo que no se trata de una sentencia muy larga ni tampoco complicada. Su interés radica en entrar en una cuestión en la que el TS no se había pronunciado con anterioridad y en la que por tanto no se había sentado jurisprudencia: la interpretación del requisito de carga familiar y su relación con la convivencia efectiva en el caso concreto de trabajadores inmigrantes cuyas familias no residen en España.

Si nos cuestionamos por qué no abundan los pronunciamientos judiciales al respecto, la explicación se encuentra, en gran parte, en un marco normativo ya aludido, bastante cerrado a la protección no contributiva para los trabajadores extranjeros no comunitarios, a partir de lo dispuesto en el art. 7.3 de la LGSS. Ciertamente, que no es el caso al que se refiere la Sentencia (ya que se trata de un ciudadano marroquí beneficiado de los Acuerdos UE-Reino de Marruecos), pero sí es importante constatar cómo la inclusión excepcional de los extranjeros en este nivel de protección es la causa de que no se hayan planteado hasta ahora muchos contenciosos. Razón por la cual, los cambios introducidos por la LOEXIS llevarán a un aumento significativo de las peticiones y demandas, siendo importante dejar clara la interpretación de los requisitos generales para el acceso a las prestaciones no contributivas, a lo que contribuye sin duda esta sentencia.

Esta sentencia sienta un criterio importante y novedoso en los subsidios por desempleo vinculados a responsabilidades familiares². En el Fundamento jurídico 2º, eje central de la Sentencia, el TS analiza la supuesta infracción del art. 215 de la LGSS en relación con el art. 18 del RD 625/1985, que, en su apartado primero, para que se entienda cumplida la exigencia de "responsabilidades

² Para un estudio específico sobre estos subsidios, vid., por todos, VIDA SORIA, J.: "Régimen jurídico del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva: el subsidio por responsabilidades familiares", en AA.VV.: Prestación por desempleo, Madrid, 1993

familiares" impone la convivencia de la unidad familiar. Es decir, que, como sostiene el INEM, no habría carga familiar si falta la convivencia.

Razona el TS que, como consecuencia de la ratificación por España del Convenio núm. 157 de la OIT, de fecha 21 de junio de 1982, y a diferencia de la redacción dada al art. 18 del RD 625/1985, el vigente art. 215.2.a) de la LGSS, no a lude a la necesidad de convivencia de la unidad familiar para acceder al subsidio por responsabilidades familiares, considerándose que se da tal situación cuando el solicitante tenga personas a su cargo, sin que tengan que vivir bajo el mismo techo. En base a ello ésta sucinta pero importante Sentencia, reconoce al súbdito marroquí, cuya esposa e hijo residen en Marruecos, el derecho al subsidio una vez queda probada la dependencia de aquéllos respecto del trabajador.

Esta conclusión parte del presupuesto lógico de que la necesidad o la obligación de proveer alimentos no desaparece por la separación geográfica impuesta por el fenómeno migratorio, que, además, es resultado de una coerción económica, y, por tanto, no es una situación deseada por el interesado.

3. APORTACIONES Y VALORACIÓN FINAL DE LA SENTENCIA

Estamos, sin duda, ante una novedosa e importante sentencia cuya aportación fundamental consiste en considerar que existe carga familiar, aunque no se cumpla el requisito de convivencia, cuando se demuestra que la familia es sostenida por el solicitante y que la falta de convivencia viene impuesta por la coerción económica inherente a la emigración.

Sin restar méritos al pronunciamiento que comentamos, conviene advertir que no estamos tanto una interpretación flexibilizadora o humanizadora, cuanto ante una exigencia que viene impuesta por la normativa internacional de forma clara y directa. A diferencia de la doctrina sobre hijos privativos en que el TS sí que va más allá de la norma, para incluir a sujetos respecto de los que no existe el vínculo de parentesco exigido en el concepto de carga familiar (vid. STS, UD de 23 de septiembre de 1997). Además, una interpretación contraria resultaría discriminatoria al haberse considerado que existe la carga familiar, aún sin convivencia, en el caso de obligación de alimentos establecida en convenio o sentencia judicial.

En relación a esto ha de recordarse que el concepto restrictivo de familia que acoge nuestra legislación vigente (antes se incluían parientes hasta segundo grado) hace que queden excluidas del concepto de "carga familiar" las uniones de hecho, en las que, paradójicamente se da la convivencia y puede darse la independencia económica. Situación en la que el TS no ha acudido a una interpretación flexible acorde al espíritu de los nuevos tiempos y nuevos modelos de familia.

Es loable, no obstante, que el TS aluda a que en estos casos de emigración "la falta de convivencia familiar no es más que otra consecuencia de la situa-

ción económica que debe afrontar con la emigración que precisamente suele tener como causa una mejor atención a la familia". En efecto apunta aquí un principio de interpretación finalista del precepto, en la medida en que lo relevante es asegurar el sostenimiento de la familia, siempre que el solicitante sea el que sostiene económicamente a esa familia, circunstancia que no queda alterada por el hecho de la separación territorial, aún más allá de nuestras fronteras.

En el mismo sentido, consideramos que idéntica doctrina será de aplicación a las familias que no conviven por razones de emigración dentro del territorio nacional, pues lo relevante será enjuiciar que dicha familia esté efectivamente a cargo del sujeto que solicita el subsidio y no la convivencia bajo techo que, dado lo extendido de la movilidad geográfica, se impone igualmente a los ciudadanos españoles. Al menos esta es nuestra opinión, ya que otra solución del TS sería incongruente.

Esta sentencia tiene, además de todo lo señalado, un valor añadido y es el de denunciar la incomprensible exigencia reglamentaria (art. 18) y su ilegalidad manifiesta, invitando a plantear un procedimiento de ilegalidad del mismo en el orden contencioso-administrativo. Y finalmente, consideramos que abre camino a una realidad que será cada vez más frecuente: la inmigración, el acceso masivo de estos ciudadanos al nivel de protección no contributiva y una nueva dimensión transnacional del concepto de familia, inherente a la era de la globalización.