



El cálculo de la prestación por desempleo a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2020, ZP, asunto C-29/19

THE CALCULATION OF UNEMPLOYMENT BENEFIT CONSIDERING THE RECENT JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, ZP, CASE C-29/19

José Manuel Pazó Argibay

Doctorando

Universidad de Santiago de Compostela

josemanuel.pazo@usc.es 0000-0003-3718-0247

Recibido: 25.03.2020 | Aceptado: 26.03.2020

RESUMEN

El Reglamento (CE) nº 883/2004 constituye la herramienta esencial para una colaboración más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros. Su finalidad es la de coordinar los sistemas de Seguridad Social evitando que el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores suponga la disminución o pérdida de derechos en relación con su protección social. No obstante, en ocasiones, las disposiciones de los Reglamentos de coordinación presentan un difícil acomodo con las normativas de los Estados miembros, obligando a la intervención interpretativa del Tribunal de Justicia. En este marco, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de enero de 2020, ha puesto sobre la mesa un nuevo escenario sobre los criterios para el cálculo de la prestación por desempleo, criterios que constituyen el objeto de este trabajo.

ABSTRACT

EC Regulation 883/2004 is an essential tool for more effective collaboration between unemployment insurance systems and employment services in all Member States. The purpose is to coordinate Social Security systems, preventing that the exercise of free movement of workers involves the reduction of rights in relation to their social protection. However, sometimes, provisions of coordination regulations are difficult to adapt with regulations of member States, forcing the Court of Justice to interpret. The *ZP* case stimulate a new debate about the criteria for calculating unemployment benefits, criteria that are the object of this paper.

PALABRAS CLAVE

Seguridad Social
Prestaciones por
desempleo
Coordinación

KEYWORDS

Social Security
Unemployment benefits
Coordination

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LA LUZ DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN
3. ASPECTOS BÁSICOS DEL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y SU INTERRELACIÓN CON LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 23 DE ENERO DE 2020, ZP, ASUNTO C-29/19 (ECLI:EU:C:2020:36)
5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido que las disposiciones en materia de Seguridad Social en el Derecho de la Unión fueron concebidas como un instrumento para el ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores y, obviamente, las relativas a la prestación por desempleo presentan también este carácter instrumental para alcanzar dicho fin. El propio Reglamento (CE) nº 883/2004¹, en su considerando número 32, aboga por una colaboración más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros para fomentar la movilidad de los trabajadores y facilitar la búsqueda de empleo. Su finalidad es la de coordinar los sistemas de Seguridad Social evitando que el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores suponga la disminución o pérdida de derechos en relación con su protección social². No obstante, en ocasiones, las disposiciones de los Reglamentos de coordinación presentan ciertas fricciones con las normativas de los Estados miembros, lo que requiere la intervención del Tribunal de Justicia en una peculiar función normativa³.

La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de enero de 2020, ha puesto sobre la mesa una nueva interpretación de los criterios para el cálculo de la prestación por desempleo contenidos en el artículo 62 del Reglamento (CE) nº 883/2004 que, en su adecuación con los criterios nacionales al respecto, abre la vía a un nuevo enfoque acerca del período de referencia de los últimos 180 días de cotización sobre el que la normativa española realiza el cálculo de la prestación por desempleo.

La presente comunicación no pretende ser un estudio pormenorizado de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables al cálculo de la prestación por desempleo, sino simplemente poner de manifiesto aquellos aspectos de ambas normativas que presentan un encaje más forzado, así como las líneas de interpretación abiertas a raíz de la propia Sentencia del Tribunal de Justicia, ZP, de 23 de enero de 2020.

1. Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO nº L166/1, de 30 de abril de 2004).

2. García Viña, J.: "La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010, p. 256.

3. Miranda Boto, J. M.: "El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.

2. EL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO A LA LUZ DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

El Reglamento (CE) nº 833/2004 dedica su artículo 62 a las disposiciones aplicables al cálculo de la prestación por desempleo. Su apartado primero dispone que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se base en la cuantía de la retribución o de los ingresos profesionales anteriores, tendrá en cuenta *exclusivamente* el sueldo o los ingresos profesionales percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena o propia con arreglo a dicha legislación⁴. De esta manera, la base sobre la que debe calcularse la prestación será la del empleo o actividad desarrollada en último lugar, sin que se establezca duración mínima alguna a esta última actividad sobre cuya retribución debe calcularse la prestación⁵.

Sí lo hacía su antecesor. El Reglamento (CEE) nº 1408/71⁶, establecía en su artículo 68 que si un Estado preveía que la cuantía de la prestación por desempleo debía ser calculada en función del importe del salario anterior, debía tenerse en cuenta exclusivamente el salario percibido por el interesado en su último empleo en el territorio de dicho Estado, siempre y cuando hubiese prestado servicios bajo la legislación de ese Estado durante, al menos, cuatro semanas. En caso contrario, las prestaciones debían ser calculadas sobre el salario *usual* que correspondiera a un empleo equivalente o análogo al que hubiera desarrollado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro. Tanto el cómputo del período de cuatro semanas que establecía el antiguo artículo 68 como criterio principal⁷, como la consideración del salario usual a tener en cuenta cuando no resultaba posible acreditar dicho período⁸, han sido objeto de análisis constante por los órganos judiciales.

4. Como señala Serrano García, el cálculo de la prestación se hace sobre la base de la "remuneración perdida". Serrano García, J. M.: *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Altabán Ediciones, Albacete, 2005, p. 89.

5. En la propuesta de reforma del Reglamento (CE) nº 833/2004 se plantea la exigencia de un período mínimo de carencia de tres meses en el Estado miembro donde se haya ejercido la actividad más reciente para que se tenga derecho a totalizar los períodos de seguro anteriores lo que, en consecuencia, implicaría contar con un período de referencia mínimo de tres meses a efectos del cálculo de la prestación. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 833/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) nº 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 833/2004. Estrasburgo, 13/12/2016. COM (2016) 815 final.

6. Reglamento (CEE) nº 1408/71, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO nº L149/2, de 5 de julio de 1971).

7. A modo de ejemplo, la STSJ de Galicia de 17 de diciembre de 2013, nº rec. 3414/2011 (ECLI:ES:TSJGAL:2013:9623) giró en torno a la exactitud en el cómputo de los días a tener en cuenta para el período de cuatro semanas exigido por el artículo 68.1 del Reglamento. Por su parte, la STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2005, nº rec. 1351/2005 (ECLI:ES:TSJM:2005:3239) y la STSJ de Canarias de 22 de octubre de 2014, nº rec. 1021/2013 (ECLI:ES:TSJICAN:2014:3500) analizaron, en similares asuntos, la determinación del período de cuatro semanas en dos supuestos de cotización a tiempo parcial.

8. En su Sentencia de 28 de febrero de 1980, *Fellinger*, asunto 67/79 (ECLI:EU:C:1980:59), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó el alcance de lo que debía entenderse como salario *usual* en el supuesto de un trabajador fronterizo. Por otro lado, la identificación del salario *usual* para al cálculo de la prestación por desempleo al amparo del artículo 68 fue también objeto de análisis en la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2005, nº rec. 679/2004 (ECLI:ES:TSJCLM:2005:2985).

No cabe duda de que su eliminación en el Reglamento (CE) nº 883/2004 ha sido un ejercicio de simplificación normativa y judicial importante. Sin embargo, la regulación del actual artículo 62, que omite ambos requisitos, plantea el debate sobre los diferentes niveles salariales o de ingresos profesionales que pueden darse entre los distintos Estados miembros. Así, si el empleo o actividad desarrollado en el último Estado, y ante el cual se solicita la prestación, es superior a los percibidos en los otros Estados, la prestación será calculada sobre este último lo que, en general, permitiría lucrar una prestación de mayor cuantía y, en consecuencia, con mayor carga económica para este último Estado⁹. No obstante, teniendo en cuenta el carácter neutro del Reglamento de coordinación, esta regulación podría también producir el efecto contrario. Sin obviar la tendencia general de que los desplazamientos se producen a Estados con mayores niveles salariales, en aplicación de esta disposición, un beneficiario podría ver calculada su prestación por desempleo sobre una cuantía inferior, según la retribución acreditada en el último Estado, a pesar de acreditar mayores cuantías en otros Estados.

Continuando con la regulación del artículo 62, su apartado segundo establece que las disposiciones del apartado primero se aplicarán igualmente en caso de que la legislación que aplique la institución competente prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones, y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro, pero sin concretar tampoco duración mínima alguna. Esta disposición, novedosa con respecto a la regulación anterior¹⁰, es trascendental para el caso español, al establecer nuestra normativa el período de referencia de los últimos 180 días de cotización para el cálculo de la prestación por desempleo.

Por tanto, en sentido estricto y siguiendo lo dispuesto en el artículo 64.2, las retribuciones percibidas en otros Estados miembros en los que se hayan prestado servicios con anterioridad carecen de validez a efectos del cálculo de la prestación, incluso en aquellos supuestos en los que la legislación nacional prevea el cálculo tomando un período como referencia y este período alcance períodos de actividad en otros Estados¹¹. Ahora bien, a la vista del reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia ZP¹², que se abordará seguidamente, esta última reflexión debe tomarse con cierta cautela.

9. Novales Bilbao apunta también a las posibilidades de fraude que ofrece esta regulación, al posibilitar “la realización de actividades de muy corta duración para el acceso a prestaciones totalizando los período de otros países”. Novales Bilbao, A.: “La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019, p. 109.

10. Fernández Orrico, F. J.: “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010, p. 110.

11. Miranda Boto, J. M.: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II): prestaciones”, en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M. (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 228.

12. Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2020, ZP, asunto C-29/19 (ECLI:EU:C:2020:36).

Finalmente, el apartado tercero del artículo 62 contiene una regla particular para el cálculo de la prestación por desempleo de los trabajadores fronterizos¹³, al establecer al respecto que la institución del lugar de residencia tendrá en cuenta la retribución o los ingresos profesionales del interesado en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto durante su última actividad por cuenta ajena o propia, con arreglo al Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación¹⁴.

Sobre esta cuestión, el Reglamento (CE) n° 987/2009, aborda en su artículo 54 los aspectos prácticos de aplicación en relación con el cálculo de las prestaciones por desempleo. En su apartado segundo emplaza a la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta la persona interesada con respecto a su última actividad, por cuenta propia o ajena, a comunicar sin demora a la institución del lugar de residencia, a solicitud de esta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones por desempleo que puedan obtenerse en el Estado miembro en el que esté situada y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos.

Por su parte, el apartado tercero contiene las disposiciones relativas a aquellas prestaciones cuyo cálculo pueda variar en función del número de miembros de la familia¹⁵. Al igual de lo que sucedía en la regulación anterior, si una legislación dispone que el cálculo de la prestación varía en función de los miembros de la familia, deberá también tener en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado miembro competente¹⁶. Esta disposición no se aplicará si, en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración esos miembros de la familia. A estos efectos, según dispone la Decisión U1, las instituciones deben intercambiar, sin demora, los datos necesarios para determinar los derechos y obligaciones de la persona solicitante, configurándose estos datos como un medio de prueba, nunca como generadores de un derecho. La información relativa a los miembros de la familia que residen en otro Estado miembro, a efectos de su cómputo para el cálculo de la prestación, debe comunicarse una vez iniciado el período de disfrute de la prestación¹⁷. No obstante,

13. A los que el artículo 1.f) del Reglamento (CE) n° 883/2004 define como “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana”. En profundidad sobre las particularidades que caracterizan a los trabajadores fronterizos, véase Carrascosa Bermejo, D.: “Los trabajadores fronterizos. Presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto. 1408/71/CEE y Rgto. 883/2004/CE)”, en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 398 y ss.

14. Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO n° L284/1, de 30 de octubre de 2009).

15. Ampliadas por la Decisión N° U1, de 12 de junio de 2009, relativa al artículo 54, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere a los complementos de prestaciones de desempleo por cargas familiares (DO n° C106/42, de 24 de abril de 2010).

16. Sobre este particular, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de agosto de 1993, *Acciardi*, asunto C-66/92 (ECLI:EU:C:1993:341) y de 16 de octubre de 2001, *Stallone*, asunto C-212/00 (ECLI:EU:C:2001:548).

17. El apartado 2 de la Decisión N° U1 dispone que “cuando a la institución que comunique el documento previsto en el apartado 1 no le sea posible certificar que los miembros de la familia no se tienen en cuenta para el cálculo

esta comunicación realizada una vez iniciado el cobro de la prestación dará derecho al pago, con efecto retroactivo, de la cantidad resultante del cómputo de dichos familiares, siempre y cuando dichos familiares se encontraran ya a cargo del beneficiario de la prestación desde el inicio del período de prestación reconocida.

3. ASPECTOS BÁSICOS DEL CÁLCULO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y SU INTERRELACIÓN CON LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN

El cálculo de la prestación por desempleo desde el punto de vista nacional no presenta, a priori, especial dificultad en relación con lo dispuesto en los Reglamentos de coordinación. Su regulación básica se encuentra contenida en el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

El artículo 4, apartado 1, del Real Decreto 625/1985 dispone que la base reguladora de la prestación por desempleo se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes a los últimos 180 días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo¹⁸ o a aquel en el que cesó la obligación de cotizar. Por tanto, la legislación española establece un período de referencia para el cálculo de la prestación y, en consecuencia, en supuestos de cálculo de la prestación al amparo del Reglamento (CE) nº 883/2004, resultaría aplicable lo dispuesto en su artículo 62.2. No se tendrán en cuenta para este cálculo las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación por parte de la entidad gestora o, en su caso, la empresa, ni la retribución por horas extraordinarias.

Seguidamente, el artículo 4.3, en relación con lo dispuesto en el artículo 62.3 del Reglamento, establece los requisitos para la consideración de los hijos a cargo¹⁹ a efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo de nivel contributivo²⁰. Además, en línea con lo también establecido en el artículo 54.3 del Reglamento 987/2009, de aplicación, no es necesaria la convivencia cuando el beneficiario

de las prestaciones por desempleo debidas a otra persona en virtud de la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen, el interesado podrá completar dicho documento con una declaración en ese sentido”.

18. Situaciones tipificadas en el artículo 267 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

19. Art. 4.3 RD 625/1985: “[...] se entenderá que se tienen hijos a cargo, cuando éstos sean menores de veintiséis años o mayores con una incapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con el beneficiario. La carencia de rentas se presumirá en el caso de no realización de trabajo por cuenta propia, o por cuenta ajena cuya retribución sea igual o superior a la cuantía indicada en el párrafo anterior, sin perjuicio de que en dichos supuestos la entidad gestora pueda solicitar la acreditación de inexistencia de otras fuentes de ingresos”.

20. Para el año 2020, la cuantía mínima de la prestación por desempleo de nivel contributivo es de 501,98 €, sin hijos/as, y de 671,40 € con un hijo/a o más. Por lo que respecta a las cuantías máximas de la prestación, estas oscilan entre los 1.098,09 €, sin hijos/as, y los 1.411,83 € con dos hijos/as o más.

declare que tiene obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial o que sostiene económicamente al hijo²¹. Cuando lo requiera la entidad gestora el beneficiario deberá aportar la documentación acreditativa que corresponda.

Esta cuestión planteó en España, en su momento y bajo la regulación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, la duda acerca de la exigencia de que los familiares tenidos en cuenta para el cálculo de la prestación tuvieran que vivir con el solicitante²². La controversia fue resuelta por vía jurisprudencial, exigiendo únicamente que los familiares tenidos en cuenta para el cálculo dependiesen económicamente del solicitante, no siendo necesaria una convivencia con el mismo²³. En cualquier caso, como se ha señalado, el propio artículo 4.3 del Real Decreto 625/1985 ya exime de esta exigencia cuando hay dependencia económica.

No obstante, llama la atención que en la propia página web del Servicio Público de Empleo Estatal, en la información que se facilita al ciudadano en relación con la cuantía de la prestación, se informe de que “se consideran hijos o hijas a cargo si son menores de 26 años o son mayores con discapacidad o las personas menores acogidas, si conviven con usted y no tienen rentas mensuales superiores al salario mínimo interprofesional”, lo que claramente presenta un difícil encaje con lo establecido sobre este particular en el Real Decreto y en el Reglamento de coordinación.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 23 DE ENERO DE 2020, ZP, ASUNTO C-29/19 (ECLI:EU:C:2020:36)

305

El Sr. ZP, ciudadano de nacionalidad alemana y con residencia en Alemania, prestó servicios como trabajador fronterizo en una empresa situada en Suiza entre el 1 de julio de 1990 y el 31 de octubre de 2014. A partir del 1 de noviembre de 2014 desempeñó una actividad por cuenta ajena en Alemania, que fue rescindida por el empresario con efectos a partir del 24 de noviembre de 2014. La retribución que debía abonarle la empresa al Sr. ZP por los 24 días que había trabajado en el mes de noviembre fue liquidada y pagada el 11 de diciembre de 2014.

Encontrándose en situación de desempleo solicitó la correspondiente prestación, que le fue reconocida por la entidad gestora alemana por un período de dos años, aunque calculada sobre la base de una retribución diaria ficticia, al no haberse tenido en cuenta para el cálculo de la prestación, ni la retribución percibida por el demandante en su última actividad por cuenta ajena en Alemania, ni la desarrollada en Suiza. De haberse hecho así, la cuantía de la prestación resultaría más elevada.

21. Luelmo Millán, M. Á.: “La prestación contributiva de desempleo”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010, p. 63.

22. Olarte Encabo, S.: “La protección por desempleo en la relaciones laborales extraterritoriales”, en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, p. 233.

23. En este sentido, entre otras, STSJ de Castilla y León de 16 de mayo de 2012, nº rec. 804/2012 (ECLI:ES:TSJ-CL:2012:2966); STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2012, nº rec. 1819/2012 (ECLI:ES:TSJVP:2012:2904) y STSJ de Andalucía de 23 de junio de 2015, nº rec. 2530/2014 (ECLI:ES:TSJAND:2015:5680).

Para reconocer la prestación por desempleo, la entidad gestora tuvo en cuenta los períodos trabajados al amparo de la legislación suiza a efectos de totalización, de conformidad con el artículo 61, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004²⁴. Sin embargo, por lo que respecta al cálculo la prestación, la entidad gestora aplicó la normativa nacional y tomó como retribución de referencia un salario ficticio, al entender que el demandante no podía acreditar el período de referencia que exigía el Derecho nacional aplicable, es decir, un período de empleo sujeto a cotizaciones obligatorias de, al menos, 150 días con derecho a salario en Alemania.

Además, la entidad gestora consideró que no podía tenerse en cuenta la retribución percibida en el mes de diciembre de 2014, por la actividad por cuenta ajena desempeñada en Alemania en el mes de noviembre de 2014, al considerar que la normativa nacional exigía que las retribuciones a tener en cuenta para el cálculo debían ser las percibidas antes de la extinción de la relación laboral. Al haber percibido el abono en el mes de diciembre, la entidad gestora no tuvo en cuenta estas retribuciones para el cálculo de la prestación, a pesar de haber sido generadas en virtud de los servicios prestados en el mes de noviembre.

Recurrida la resolución de la entidad gestora, esta fue estimada parcialmente en primera instancia, obligando a un nuevo cálculo del importe de la prestación por desempleo. Esta sentencia de instancia fue recurrida, a su vez, por ambas partes en apelación. El Tribunal Regional de lo Social desestimó ambos recursos de apelación y estableció que el cálculo del importe de la prestación por desempleo solo debía basarse, con arreglo al artículo 62 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en la cuantía de la retribución percibida por el demandante en el litigio principal correspondiente al último puesto de trabajo desempeñado en Alemania, y no sobre un salario ficticio como el que se había calculado aplicando disposiciones del Derecho nacional, dado que el Reglamento prevalece sobre estas últimas disposiciones.

En un recurso de casación interpuesto por la entidad gestora contra la sentencia de este último órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo estimó que una *interpretación estricta* del tenor del artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004 coincidía con la adoptada por los tribunales nacionales inferiores. Sin embargo, este órgano judicial recordó que, tanto el artículo 48 TFUE como el Reglamento de coordinación, solo prevén una coordinación, y no una armonización, de los Derechos de los Estados miembros en materia de seguridad social, y que estos últimos son competentes para fijar los requisitos que el Derecho interno establece por lo que respecta a las prestaciones de seguridad social.

Ante esta tesitura, este órgano jurisdiccional se debatió acerca de si la mención del artículo 62 del Reglamento a la retribución percibida por la última actividad suponía únicamente una referencia general para la coordinación de la normativa social que no afectaba al método de cálculo de las prestaciones sociales aplicado por los Estados

24. En virtud del Acuerdo sobre la Libre Circulación de Personas entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y la Confederación Suiza, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (DO n° L114/6, de 30 de abril de 2002).

miembros. Albergando ciertas dudas al respecto, planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

En primer lugar, ¿debe interpretarse el artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004, en relación con su apartado 2, en el sentido de que, en caso de desempleo de un trabajador, la institución competente del Estado miembro de residencia debe basar el cálculo de las prestaciones en la cuantía de la “retribución percibida” por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena en el territorio de esa institución, aun cuando, con arreglo a la legislación nacional aplicable a la institución competente, por causa de la insuficiente duración de la percepción de dicha retribución esta no puede tenerse en cuenta para el cálculo de las prestaciones por desempleo y, en su lugar, se dispone un cálculo ficticio?

En segundo lugar, ¿debe interpretarse el artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004, en relación con su apartado 2, en el sentido de que, en caso de desempleo de un trabajador, la institución competente del Estado miembro de residencia debe basar el cálculo de las prestaciones en la cuantía de la “retribución percibida” por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena en el territorio de esa institución, aun cuando, con arreglo a la legislación nacional aplicable a la institución competente, en defecto de liquidación oportuna dicha retribución no puede utilizarse como base para el cálculo de las prestaciones en el período de referencia y, en su lugar, se dispone un cálculo ficticio de las prestaciones?

Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente interesaba saber si el artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento se oponen a la legislación de un Estado miembro que, previendo que el cálculo de las prestaciones por desempleo se base en la cuantía de la retribución anterior, no permite, cuando la duración de la percepción de la retribución abonada al interesado no cubre el período de referencia previsto por la citada legislación, tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad.

Sobre este particular, el Tribunal consideró que del artículo 62, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004 se desprende inequívocamente y sin excepciones que, cuando la legislación de un Estado miembro establece que el cálculo de las prestaciones por desempleo se basa en el importe de la retribución anterior, debe tenerse en cuenta exclusivamente la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación.

Asimismo, de conformidad con el artículo 62, apartado 2, del Reglamento, la exigencia de tener en cuenta exclusivamente la retribución correspondiente a la última actividad por cuenta ajena desempeñada conforme a la legislación de dicho Estado miembro se aplica también en el supuesto de que esa legislación prevea un período de referencia determinado para establecer la retribución que servirá de base al cálculo de las prestaciones y de que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro. En opinión del Tribunal, de esta última disposición se desprende que, si bien la legislación de un Estado miembro puede definir un período de referencia para determinar la retribución que sirva de base para el cálculo de las prestaciones, los períodos durante los cuales

el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro deben ser tenidos en cuenta a efectos de dicho período de referencia.

Por tanto, del artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004 se desprende que, por una parte, cuando la legislación de un Estado miembro prevé que el cálculo de las prestaciones se basa en el importe de la retribución anterior, debe tenerse en cuenta exclusivamente la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación y, por otra parte, si esta prevé un período de referencia a efectos de determinar la retribución que servirá de base para el cálculo, ese período de referencia debe incluir los períodos trabajados tanto con arreglo a la citada legislación como a la de otros Estados miembros.

En opinión del Tribunal, el hecho de no tener en consideración dicha retribución porque durante una parte del período de referencia el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro, supone un trato menos favorable que el de otros trabajadores que hayan desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en un único Estado miembro.

En definitiva, el Tribunal consideró que la legislación de un Estado miembro que basa el cálculo de las prestaciones por desempleo en la cuantía de la retribución anterior, y no permite, cuando la duración de dicha retribución no cubre el período de referencia previsto por la citada legislación para la determinación de la retribución que sirve de base para el cálculo de las prestaciones por desempleo, tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad, es contraria a lo dispuesto en el artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004.

Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de remisión pretendía clarificar la compatibilidad del artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004 con una legislación que, previendo que el cálculo de las prestaciones por desempleo se base en la cuantía de la retribución anterior, no permitía tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad, al ser esta liquidada y pagada tras la extinción de la relación laboral.

El origen de la controversia radicó en lo dispuesto en la legislación aplicable alemana, que prevé que el período de referencia para determinar el cálculo de las prestaciones por desempleo «comprende los períodos de salario ya liquidados en el momento de la resolución de la relación laboral». Con arreglo a esta disposición, la entidad gestora no había tenido en cuenta la retribución correspondiente al empleo desempeñado por el demandante en Alemania en el mes de noviembre de 2014, al haber percibido ese salario en el mes siguiente, es decir, una vez extinguida su relación laboral.

Sobre esta cuestión, el Tribunal consideró que el artículo 62.1 del Reglamento se opone a legislación de un Estado miembro que para el cálculo de las prestaciones por desempleo, no tiene en cuenta la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena desempeñada con arreglo a dicha legislación.

En su fundamentación, el Tribunal reconoció que la versión en lengua alemana del referido artículo 62, apartado 1, establece, a diferencia de las demás versiones

lingüísticas del mismo, que se tenga en cuenta exclusivamente la retribución percibida por el interesado «durante» su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación, como defendió la entidad gestora para justificar la no consideración de la retribución liquidada y pagada al interesado con posterioridad a la extinción de su última relación laboral en Alemania. Ahora bien, el propio Tribunal recordó sobre este particular que, según reiterados pronunciamientos del propio órgano²⁵, una versión lingüística de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición, ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas y que las disposiciones del Derecho de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión²⁶. Si, aun procediendo de esta manera, existe divergencia entre distintas versiones lingüísticas de una disposición, esta deberá ser interpretada en función de la estructura general y de su finalidad.

Aplicando estos criterios, el Tribunal consideró que, habida cuenta de los objetivos del Reglamento, no podía considerarse que esta disposición supeditase la toma en consideración de la retribución correspondiente a la última actividad como trabajador por cuenta ajena del interesado al hecho de que esa retribución se hubiese liquidado y percibido por el interesado a más tardar el último día de desempeño de esa actividad.

Por tanto, la fecha en la que se abonó la retribución al interesado resultaba irrelevante para el cálculo de su prestación por desempleo. Más bien, todo lo contrario, es decir, el hecho de condicionar el derecho garantizado por el artículo 62.1 del Reglamento a la fecha de liquidación y pago de la retribución puede obstaculizar la libre circulación de trabajadores.

En consecuencia, el Tribunal consideró que el artículo 62, apartados 1 y 2, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación de un Estado miembro que, previendo que el cálculo de las prestaciones por desempleo se base en la cuantía de la retribución anterior, no permite, cuando la retribución percibida por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta ajena con arreglo a dicha legislación fue liquidada y pagada tras la extinción de su relación laboral, tener en cuenta la retribución percibida por el interesado por dicha actividad.

5. CONCLUSIÓN

De la resolución del Tribunal de Justicia en su sentencia *ZP*, se desprende que el artículo 62.2 del Reglamento (CE) n° 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que si

25. Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2019, *A y Otros*, asunto C-347/17 (ECLI:EU:C:2019:720) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2018, *Tänzer & Trasper*, asunto C-462/17 (ECLI:EU:C:2018:866).

26. En profundidad sobre la interpretación de las distintas versiones lingüísticas de las disposiciones de la Unión Europea, Ordóñez Solís, D.: "Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998, pp. 593-618.

una legislación prevé un período de referencia a efectos de determinar la retribución que servirá de base para el cálculo de la prestación por desempleo, este período de referencia debe incluir los períodos trabajados tanto con arreglo a la citada legislación como a la de otros Estados miembros.

En palabras del propio Tribunal, el hecho de no tener en consideración dicha retribución porque durante una parte del período de referencia el interesado estuvo sujeto a la legislación de otro Estado miembro, supone un trato menos favorable que el de otros trabajadores que hayan desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en un único Estado miembro.

A mi parecer, aun teniendo presente el carácter neutro de los Reglamentos de coordinación, esta resolución del Tribunal de Justicia abre la puerta a que, en el caso español, en el período de los últimos 180 días de cotización a tener en cuenta para determinar la cuantía de la prestación²⁷, puedan tenerse en cuenta los períodos de cotización que el interesado haya efectuado en otro Estado miembro si este no acredita un período suficiente en España. De esta manera, el período de referencia para el cálculo de la prestación se equipararía, con independencia de si este se acredita íntegramente en España o parte del mismo se ha efectuado en otros Estados miembros.

Bibliografía

- Carrascosa Bermejo, D.: "Los trabajadores fronterizos. Presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto. 1408/71/CEE y Rgto. 883/2004/CE)", en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.
- Fernández Orrico, F. J.: "La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010.
- García Viña, J.: "La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010.
- Luelmo Millán, M. Á.: "La prestación contributiva de desempleo". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 89, 2010.
- Miranda Boto, J. M.: "El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- Miranda Boto, J. M.: "Seguridad Social de los trabajadores migrantes (II): prestaciones", en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M. (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Novales Bilbao, A.: "La coordinación de la protección por desempleo en los Reglamentos de Coordinación de la UE y su reforma", *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 142, 2019.
- Olarte Encabo, S.: "La protección por desempleo en la relaciones laborales extraterritoriales", en Carrasco Correa, M. (coord.): *Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008.

27. Tal y como establece el artículo 4, apartado 1, del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

Ordóñez Solís, D.: "Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 4, 1998.
Serrano García, J. M.: *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Altabán Ediciones, Albacete, 2005.