

LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO.

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Universidad de Santiago de Compostela

El objeto del presente estudio es el análisis de los rasgos principales del régimen jurídico de las prestaciones por desempleo derivadas del Derecho social comunitario¹. Con tal fin, resulta obligado partir del conocido y veterano Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en adelante, el Reglamento)². Como es sabido, el nuevo Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social -que derogó formalmente el anterior- no resulta aplicable hasta que se apruebe su reglamento de aplicación. Así las cosas, se puede contar con el importante bagaje doctrinal y jurisprudencial que a lo largo de los últimos años ha venido interpretando los preceptos del Reglamento de 1971 sobre desempleo, que son los incluidos entre el 67 y el 71 bis, ambos inclusive. De igual manera, habrá que tener presentes los artículos 80 a 84 del reglamento de aplicación de aquél, o sea, el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972.

¹ Este trabajo ha sido desarrollado dentro del marco del proyecto de investigación del MEC "Problemas jurídico laborales del trabajo transfronterizo y de los desplazamientos temporales de los trabajadores en el marco de prestaciones de servicios transnacionales" (SEJ2007-65216).

² Dicho Reglamento no se aplica a situaciones puramente internas o a desplazamientos que se realizan fuera de las fronteras comunitarias.

La finalidad de dichos preceptos no es la de establecer un sistema europeo de protección por desempleo -dado el convencimiento de los Estados miembros de que esta protección está íntimamente relacionada con el ejercicio de la soberanía estatal³, sino la de coordinar (no armonizar) las subsistentes legislaciones y administraciones nacionales en esta materia⁴. Todo ello encaminado a facilitar el cumplimiento del principio general de la libre circulación de trabajadores dentro del espacio comunitario.

I. Principios de la regulación comunitaria en la materia

Los principios que rigen la regulación comunitaria de las prestaciones por desempleo son los siguientes:

1) El de la aplicación de la normativa de un único Estado miembro: aquél a cuya legislación el trabajador ha estado sometido en último lugar.

A efectos de determinar la legislación aplicable a la prestación por desempleo, cabe tener en cuenta las normas generales que al respecto establece el Reglamento en su artículo 13.1, según el que "las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro", tanto en lo referente a sus obligaciones para con la seguridad social como en cuanto a su derecho a adquirir las prestaciones⁵. En palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante el TJCE), la finalidad de la aplicación de una única regulación es la de evitar tanto "la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y las complicaciones que pueden resultar de ello", como "impedir que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1408/71 se vean privadas de protección en materia de seguridad social, a falta de legislación aplicable"⁶.

Ahora bien, la legislación única admite excepciones en los artículos 14 a 17 de dicha norma, y, en relación con la prestación por desempleo, en algún caso cabe la posibilidad de tener que tomar en cuenta la legislación de dos o más países para calcular la prestación o distribuir su pago entre aquéllos⁷. Con todo, ello sólo sucederá cuando el aseguramiento si-

³ MIRANDA BOTO, J. M^a: *Las sentencias españolas del TJCE en materia de desempleo*, en el volumen AAVV: "Migrantes y Derecho: Problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España" (Murcia, 2006), p. 140.

⁴ Repárese en que el Reglamento en cuestión no instituye un régimen de seguridad social, sino que deja subsistir regímenes nacionales distintos y su único objeto es garantizar que exista un nivel de coordinación entre estos últimos. Cfr. STJCE de 3 abril 2008, asunto Check (C-331/06).

⁵ Según el considerando octavo del Reglamento 1408/71, "conviene someter a los trabajadores por cuenta ajena y propia que se desplazan dentro de la Comunidad al régimen de la Seguridad social de un único Estado miembro, de forma que se eviten las acumulaciones de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello se deriven".

⁶ Sentencias TJCE de 5 mayo 1977, asunto Cansen (104/76) y 12 junio 1986, asunto Miethe (1/85).

⁷ Según el considerando noveno del Reglamento 1408/71, "conviene limitar en la medida de lo posible el número

multáneo en los regímenes de más de una legislación conlleve una protección superior para el trabajador, sin implicar una doble cotización⁸.

A la hora de determinar cuál es la legislación aplicable, con carácter general y en relación con un trabajador en activo, el artículo 13.2.a) del Reglamento prevé que "la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro". La aplicación de la *lex loci laboris*, como ley aplicable para los litigios del trabajador en activo, admite las excepciones previstas en el artículo 14 de la citada norma.

De manera similar, pero ya específicamente respecto de un trabajador en situación de desempleo, los considerandos vigésimo cuarto y vigésimo quinto de la exposición de motivos del Reglamento señalan que, "para hacer posible la movilidad de la mano de obra en las condiciones más favorables, hay que establecer, en lo sucesivo, una coordinación más completa entre los regímenes de seguro y asistencia por desempleo de todos los Estados miembros" y, a tal objeto, y para facilitar la búsqueda de empleo en éstos, "conviene ante todo reconocer al trabajador sin empleo el derecho a disfrutar, durante un período limitado, de las prestaciones de desempleo previstas por la legislación del Estado miembro a la que ha estado sometido en último lugar".

La concreción de este principio se halla en el artículo 67.3 del Reglamento, según el que, "salvo en los casos a que se refiere el inciso ii) de la letra a) y el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71, la aplicación de lo previsto en los apartados 1 y 2 queda subordinada al requisito de que el interesado haya cubierto en último lugar: cuando se trate del apartado 1, períodos de seguro, cuando se trate del apartado 2, períodos de empleo, con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones". Más claramente, que los períodos de seguro o de empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier Estado miembro sólo serán computados cuando, en último lugar, se hayan cumplido períodos de seguro o empleo bajo la legislación del Estado al que se solicita el pago de las prestaciones. El fundamento de tal exigencia es el de "promover la búsqueda de empleo en el Estado miembro" donde el trabajador "abonó en último lugar las cotizaciones del seguro de desempleo y hacer que ese Estado soporte la carga de las prestaciones por desempleo"⁹.

y el alcance de los casos en los que, por excepción a la regla general, un trabajador está sometido simultáneamente a la legislación de dos Estados miembros".

⁸ STJCE de 18 febrero 1982, asunto Vermaut (55/81). Cfr. GARCÍA VIÑA, J.: *La coordinación comunitaria de las prestaciones por desempleo españolas*, en el volumen AAVVV: "Vicisitudes de la aplicación del Derecho comunitario en España", coordinadora Sánchez-Rodas Navarro (Murcia, 2007), p. 126.

⁹ STJCE de 11 noviembre 2004, asunto Adanez Vega (C-372/2002). En igual sentido, cfr. artículo 61.2 del Reglamento 883/2004.

2) *Conservación de los derechos adquiridos y exportación de las prestaciones.*

El principio general y básico de la libre circulación de trabajadores dentro del espacio de la Unión Europea se concreta, en el ámbito de la Seguridad social, en el principio de conservación de los derechos adquiridos, también conocido como principio de exportación de las prestaciones. Con todo, no tienen exactamente el mismo significado, sino que el segundo es consecuencia del primero, y contribuye a su observancia y cumplimiento. Más claramente, el derecho a la libre circulación de trabajadores quedaría desdibujado si, en el ámbito de la Seguridad social, no se adoptan medidas protectoras de los derechos de los trabajadores que circulan dentro del espacio europeo. Dichas medidas deben consistir en la conservación de los derechos adquiridos dentro del citado ámbito, para lo que resulta necesario la exportación de las prestaciones que se tiene derecho a disfrutar en uno de los Estados miembros cuando el trabajador beneficiario se desplaza a otros.

En este sentido, el artículo 42 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece que "el Consejo... adoptará, en materia de Seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

También resulta de interés el artículo 10.1 del Reglamento, que prevé, en su apartado primero, el principio de supresión de las cláusulas de territorialidad. Así se establece que, a menos que dicha norma disponga otra cosa, "las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros, no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en que se encuentra la institución deudora". Aunque no se menciona expresamente la prestación por desempleo, la misma debe entenderse incluida dentro de dicho precepto¹⁰.

Como se aprecia, la libre circulación exige que se garantice la conservación de los derechos adquiridos en materia de Seguridad social, por lo que no cabe que una norma nacional condicione el disfrute de tales derechos a la residencia y permanencia en el territorio del Estado que debe abonar la correspondiente prestación. El trabajador puede circular conservando sus derechos adquiridos, pues la prestación que se tiene derecho a percibir se exporta.

¹⁰ Facilita dicha inclusión el hecho de que el artículo 7 del nuevo Reglamento 883/2004 aluda, genéricamente, a las prestaciones en especie, pero sin mencionarlas.

Resulta evidente que los principios analizados facilitan el retorno del trabajador al Estado de origen, así como su desplazamiento a cualquier otro, una vez finalizada la actividad laboral en el Estado en que trabajó y del que ahora recibe o -va a recibir - la prestación económica.

II. Requisitos para el cálculo de las prestaciones

1. Totalización de los períodos de seguro o empleo

Según el artículo 67.1 del Reglamento, "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados períodos de *seguro* computará, en la medida necesaria, los períodos de *seguro o de empleo* cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de *seguro* cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición, sin embargo, de que los períodos de *empleo* hubieran sido considerados como períodos de *seguro* en el supuesto de haber sido cubiertos bajo dicha legislación". La regla es similar cuando se exigen períodos de empleo (núm. 2), si bien cabe matizar que mientras que todo período de seguro cubierto será computable, puede que algunos períodos de empleo no, en base a la condición ya apuntada. Una regla similar se aplica en la prestación de jubilación.

Por lo tanto, los períodos de seguro¹² o empleo (sin seguro)¹³ que el desempleado solicitante de la prestación hubiera cubierto como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier Estado miembro distinto del competente han de ser computados como si se tratase de períodos cubiertos bajo la legislación aplicable por este último, siempre que tales períodos sean exigibles para adquirir, conservar, recuperar o determinar la duración de aquélla (núm. 4).

En otras palabras, se toman en cuenta todos los períodos de seguro o empleo cubiertos en diferentes Estados miembros al igual que si se hubiesen reunido en uno solo. La institución competente del Estado miembro en el que se solicita la prestación debe compu-

¹¹ El TJCE ha entendido que no cabe denegar la adquisición del derecho a prestaciones, rentas y subsidios por la única razón de que el interesado no resida en el Estado deudor. V. gr., sentencias TJCE de 24 febrero 1987, asunto Giletti (379, 380 y 381/85; 93/86) y 10 mayo 1990, asunto Di Conti (C-163/89).

¹² Según el artículo 1.r) Reglamento, la expresión "períodos de seguro" designa "los períodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro; los períodos cubiertos bajo un régimen especial de funcionarios se considerarán también períodos de empleo a efectos del presente Reglamento".

¹³ Según el artículo 1.s) Reglamento, por "períodos de empleo" se entienden "los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo".

tar los períodos de seguro, empleo o residencia cubiertos en otros Estados comunitarios. Con ello se pretenden evitar los perjuicios que, en caso contrario, derivarían para los trabajadores migrantes a la hora de acceder a las diferentes prestaciones, pues, si al cambiar de Estado se perdiesen los períodos cotizados o trabajados anteriormente en otros, sería muy difícil poder reunir los períodos de carencia exigidos por las legislaciones nacionales para poder percibir aquéllas. En consecuencia, ello supondría un claro obstáculo a la consagración del principio de la libre circulación de trabajadores. En palabras de algún autor, "el cómputo comunitario de los períodos de seguro cubiertos en cualquier Estado de la Comunidad Europea (es) uno de los principios básicos del Reglamento 1408/71 para todas las prestaciones sociales"¹⁴, pues es consecuencia del principio de la libre circulación de trabajadores dentro del espacio de la citada Comunidad, a la vez que contribuye a su efectividad¹⁵.

En similar sentido se expresa el TJCE, según el que, siempre que la concesión de una prestación esté subordinada por el Derecho nacional al cumplimiento de períodos de actividad profesional, empleo o residencia, resulta de capital importancia para los trabajadores migrantes que sus derechos en materia de Seguridad social adquiridos, o en curso de adquisición, no sean mermados o suprimidos por haber ejercido su derecho a la libre circulación. En definitiva, el trabajador que se desplaza para trabajar dentro del espacio de la UE debe ser tratado como si hubiera tenido un único seguro durante toda su carrera profesional. El haber circulado intracomunitariamente no debe servir para perjudicar al trabajador en el acceso a las prestaciones sociales, pues ello repercutiría negativamente en la efectividad de dicho derecho básico.

Ahora bien, la totalización de los períodos de seguro o empleo no es obligatoria cuando la prestación solicitada puede obtenerse exclusivamente con las cotizaciones realizadas en el país al que se solicita aquélla. En relación con esta última idea, cabe precisar que, en todo caso, y salvo que se trate de personas desempleadas que residieran, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del competente, se establece un requisito adicional, *el de tener cubierto algún período de seguro en el Estado donde van a solicitarse las prestaciones* (artículo 67.3 Reglamento).

De hecho, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta cuestión. Una de las primeras fue en la conocida Sentencia de 20 de febrero de 1997, asunto Martínez Losada y otros¹⁷, en la que los demandantes españoles, después de trabajar por cuenta ajena en otros Estados miembros y regresar a España, solicitan del INEM, primero,

¹⁴ ROJAS CASTRO, M.: *Derecho comunitario social. Guía de trabajadores migrantes* (Granada, 1993), p. 97.

¹⁵ Según SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. [*Novedades en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71*, en el volumen AAVV "El Reglamento comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas" (Murcia, 2008), p. 31], las normas de coordinación contenidas en el Reglamento 1408/71 tienen carácter instrumental, ya que su "objetivo es posibilitar el ejercicio de uno de los cuatro pilares sobre los que se fundó la CEE: la libre circulación de trabajadores".

¹⁶ Sentencia de 3 abril 2008, asunto Check (C-331/06).

¹⁷ Asuntos acumulados C-88/95, C-102/95 y C-103/95.

unos subsidios por desempleo (por cargas familiares y de emigrantes retornados), que les son concedidos, y, después, el subsidio para mayores de cincuenta y dos años, que les es denegado. La razón de tal negativa es el no cubrir el período mínimo exigido para tener derecho a la pensión de jubilación (15 años)¹⁸. Formulada demanda en los Juzgados de lo Social de Santiago de Compostela, éstos plantean cuestión prejudicial para saber si los demandantes, que habían cubierto períodos de seguro en un Estado miembro distinto, podían utilizar dichos períodos para tener derecho a la última prestación por desempleo en España, a pesar de no haber ejercido en ésta ninguna actividad por cuenta ajena.

Como es evidente, el punto central de la cuestión era la definición de lo que debía entenderse por "período de seguro" y período de empleo". Sin embargo, el TJCE remite -sorprendentemente- su solución a los propios Juzgados consultantes, a efectos de que éstos determinasen si, conforme a la ley española, las cotizaciones efectuadas por el Estado durante la percepción de los primeros subsidios podían ser considerados como tales. De entenderse que sí, se daría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 67.3 del Reglamento (requisito comunitario), y procedería analizar los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación en el derecho español (requisitos nacionales). Para el TJCE, al tratar el derecho discutido sobre un subsidio de desempleo (el de mayores de cincuenta y dos años), y no de la prestación de jubilación, debía actuarse flexiblemente y computar los años cotizados en otros Estados miembros para entender cubierta la carencia mínima (quince años). Finalmente, los citados Juzgados resolvieron que el período durante el que el Estado había estado cotizando durante los primeros subsidios que los trabajadores habían percibido en España debían entenderse como "períodos de seguro" conforme a la legislación comunitaria; lo que en uno de los casos permitió el acceso al subsidio de mayores de cincuenta y dos años por reunir el trabajador más de quince años cotizados en otro Estado miembro.

Revocada esta sentencia por otra del TSJ de Galicia, se impugna la de éste en casación para unificación de doctrina, ante lo que el TS ordena el pago definitivo del discutido subsidio al demandante, asumiendo la validez de las cotizaciones efectuadas previamente por el Estado español¹⁹. Con posterioridad, el TJCE seguirá insistiendo en la doctrina aquí expuesta, distinguiendo entre el requisito comunitario y los requisitos nacionales, para poder acceder al subsidio de desempleo analizado²⁰. Es más, esta doctrina incluso se cuestionará en relación con el acceso a la pensión de jubilación teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas por el Estado durante la anterior percepción del mencionado subsidio de desempleo²¹.

¹⁸ Cfr. artículo 13.2 Ley 31/1984, de 2 agosto (para tener derecho al subsidio por desempleo los trabajadores deben acreditar que "... en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión por jubilación en el sistema de la seguridad social").

¹⁹ Cfr. STS de 21 septiembre 1998 (Ar. 8546). También de igual Tribunal y sobre el mismo asunto, sentencias de 7 diciembre 2005 (JUR 2006/72914).

²⁰ STJCE de 25 febrero 1999, asunto Ferreiro Alvite (C-320/95).

²¹ Vid., al respecto, sentencias TJCE de 20 enero 2005, asunto García Blanco (C-225/02) y 20 enero 2005, asunto Salgado Alonso (C-306/03).

Más recientemente, el TJCE vuelve a pronunciarse sobre el requisito comunitario del artículo 67.3 del Reglamento en el caso Verwayen-Boelen. Se discutía aquí si la demandante tenía derecho a seguir percibiendo prestaciones por desempleo en Bélgica, después de haber estado residiendo y percibiendo esas mismas prestaciones durante varios años en los Países Bajos. A pesar de que la demandante defendía tal derecho, el citado Tribunal lo denegó al no tener la trabajadora cubiertos en último lugar periodos de seguro en Bélgica y no cumplirse, por lo tanto, lo exigido en el citado precepto legal²².

Un problema que surge con cierta frecuencia a la hora de totalizar los periodos de seguro o empleo deriva del hecho de que las diferentes legislaciones no consideran como tales las mismas actividades, por lo que puede haber una actividad que en un Estado miembro se considera dentro del sistema de Seguridad social a efectos de percibir prestaciones por desempleo y en otros no²³. Sucede así, por ejemplo, en el asunto Kristiansen analizado en la STJCE de 4 de diciembre de 2003²⁴, en la que se concluye que el principio de no discriminación enunciado en el artículo 7, apartado 4 del Reglamento 1612/68 no se opone a que una persona que ejerza una función postuniversitaria, como la realizada en virtud de un contrato que tiene por objeto el perfeccionamiento de la cualificación profesional de los trabajadores jóvenes, sin retribución, pero que percibe una cantidad mensual que cubre sus gastos de desplazamiento y estancia, y cuyas cotizaciones a la Seguridad social corren a su cargo, sea considerada en un Estado miembro estudiante becario en prácticas que no está comprendida en el régimen nacional de seguro de desempleo, mientras que en otros Estados miembros una persona que ejerce una idéntica función tiene una actividad profesional que sí puede beneficiarse del referido régimen.

Más abundantemente, el principio de no discriminación no impide las eventuales diferencias de trato que puedan resultar, de un Estado miembro al otro, de las divergencias entre las legislaciones nacionales, siempre que estas diferencias afecten a las personas que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de estas legislaciones de manera idéntica, conforme a criterios objetivos y sin tomar en consideración la nacionalidad de aquellas. Por incumplirse esta última condición, el Reglamento 1408/71 se opone a una legislación nacional en virtud de la cual la autoridad competente del Estado miembro de residencia niega a un nacional de otro Estado miembro el derecho a prestaciones por desempleo por no haber cubierto, en la fecha en que se presentó la solicitud de prestaciones, un determinado período de empleo en el territorio del Estado miembro de residencia, mientras que este requisito no se exige para los nacionales de este último Estado²⁵. La injustificada diferencia de trato entre las personas que están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha legislación es clara y, por lo tanto, inadmisibile.

²² Auto TJCE de 4 marzo 2002, asunto Verwayen-Boelen (C-175-00).

²³ Cfr. MIRANDA BOTO, J. M^a: *La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española*, en el AAVV: "Migrantes y Derecho...", ya cit., p. 151.

²⁴ C-92/02.

²⁵ STJCE de 9 noviembre 2006, asunto Chateignier (C-346/05).

De manera similar, también resulta interesante la STJCE de 11 de noviembre de 2004, asunto Adanez Vega²⁶, relativa a la consideración como período de empleo del tiempo que un trabajador ha estado realizando el servicio militar obligatorio en un Estado miembro distinto del competente. Más concretamente, el citado trabajador, residente en Alemania durante casi toda su vida, después de realizar en España un curso de formación y el servicio militar, regresa a Alemania donde solicita una prestación por desempleo, que le es denegada. Para el referido Tribunal, un período de servicio militar obligatorio en otro Estado miembro constituye un período de empleo cubierto como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación de ese otro Estado miembro cuando está así admitido por la legislación de éste, o reconocido por la misma como equivalente a un período de empleo, y, además, el interesado está asegurado durante el tiempo que dura el servicio militar. Al no ser esa la situación en España, no resulta obligado computar como período de empleo el ocupado en la realización del servicio militar.

De otro lado, los períodos de seguro o empleo a computar deben ser cubiertos como "trabajadores por cuenta ajena", para cuya definición debe estarse al artículo 1 del propio Reglamento. Con todo, en el nuevo Reglamento 883/2004 la citada referencia desaparece y se sustituye por la de "actividad por cuenta propia", con lo que los períodos trabajados por cuenta propia también deben ser contabilizados, siempre que en la legislación del Estado competente estos períodos sean tenidos en cuenta para acceder a la prestación por desempleo, o bien, hubiesen sido considerados períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a aquélla.

Otra cuestión interesante en relación con la totalización de los períodos de seguro o empleo a efectos de la percepción de la prestación por desempleo surge cuando el Reglamento 1408/71 interacciona con convenios bilaterales de Seguridad social²⁷. Dos sentencias del Tribunal comunitario cabe destacar sobre el particular, las dictadas en los asuntos Thelen y Kaske, que examinan la articulación del citado Reglamento y el convenio germano-austriaco de Seguridad social de 1978. La primera sentencia, de 9 de noviembre de 2001²⁸, resuelve el caso de un trabajador que, después de haber prestado servicios en Austria (antes de la entrada en vigor para este país del Reglamento 1408/71), solicita una prestación por desempleo en Alemania. La autoridad competente de este país deniega la prestación en base a la no observancia del período de carencia exigido por la legislación interna, que, sin embargo, no resultaba exigible de aplicarse el convenio bilateral con Austria. El TJCE entendió que los artículos 6 y 7 del Reglamento 1408/71 -las cláusulas derogatorias- no se oponen a la aplicación de las disposiciones más favorables para el asegurado de un convenio entre Estados en materia de desempleo, cuando el trabajador hubiera ejercido su derecho a la libre circulación antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento, aun cuando, para el período de referencia establecido en la normativa nacional aplicable para

²⁶ C-372/02.

²⁷ Cfr. MIRANDA BOTO, J. M^a., *op. ult. cit.*, pp. 152-155.

²⁸ C-75/99.

determinar los derechos del asegurado, ya no fuera posible invocar un derecho a prestaciones basado en su totalidad en el período anterior a dicha fecha.

Por su parte, la segunda sentencia de 5 de febrero de 2002²⁹, para una situación similar, insiste en que si los períodos de seguro o empleo, que confieren a un trabajador nacional de un Estado miembro el derecho a percibir la prestación por desempleo, empezaron a correr antes de que entrara en vigor el Reglamento 1408/71, la situación de aquél debe apreciarse a la luz de las disposiciones del convenio bilateral respecto a todo el período durante el cual ejercitó su derecho a la libre circulación y basándose en la totalidad de los períodos de seguro o empleo cubiertos, sin distinguir si dichos períodos se sitúan antes o después de la entrada en vigor del Tratado y del Reglamento 1408/71 en el Estado miembro de origen del interesado. Ahora bien, tanto en el caso de extinguirse los derechos derivados del convenio bilateral, como en aquel en que la libre circulación se ejercita (con cobertura de nuevos períodos de empleo o seguro) únicamente tras la entrada en vigor del citado Reglamento, parece claro que sólo cabe la aplicación de éste.

En otro orden de cosas, conforme al artículo 80 del Reglamento 574/72, el interesado debe presentar en la institución competente un *certificado* donde se especifiquen los períodos de seguro o empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación del Estado miembro a la que haya estado sometido anteriormente en último lugar, así como otros datos complementarios que resulten necesarios. Dicho certificado debe ser expedido, a solicitud del interesado, por la institución competente en materia de desempleo de aquel Estado o por otra en quien aquélla delegue. En principio, la carga de la prueba corresponde al interesado, pero, sin embargo, si él omite su deber, dicha carga recae sobre la propia institución del Estado competente para el abono de la prestación, lo que supone un alivio de la carga burocrática para el trabajador³⁰.

Como crítica, repárese en que el precepto legal sólo alude a la petición del certificado al Estado en que el trabajador haya prestado servicios en último lugar, cuando los trabajos realizados en otros países anteriores también deben ser tenidos en cuenta y deben justificarse³¹. De otro lado, el certificado o certificados de que se trata pueden ser cuestionados por la institución competente del Estado miembro en que resida el interesado dentro de un proceso judicial³².

Por último, una vez llevada a cabo la totalización de los períodos de seguro, debe determinarse qué Estado ha de hacerse cargo del pago de la prestación por desempleo. A tal efecto, cabe atender al principio *pro rata temporis*, cuya función es la de "fijar el importe

²⁹ C-277/99.

³⁰ De hecho, el nuevo Reglamento de aplicación (COM/2006/0016 final- COD 2006/2006), que vendrá a ocupar el lugar del actual 574/72, sustituye este y otros certificados por la comunicación entre las instituciones de los Estados afectados, sin que sea necesaria la intervención del interesado.

³¹ Cfr. AYUSO MOZAS, R.: *La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias*, RTAS, 2008, núm. 72, p. 178.

³² STJCE de 11 noviembre 2004, asunto Adanez Vega, cit.

de la prestación cuyo derecho no habría sido adquirido" sin proceder a la citada totalización³³. Por lo tanto, cada Estado miembro asume el pago de la prestación que le corresponde en función del período cubierto bajo su legislación. No hay una prestación única dividida entre varios Estados obligados, sino prestaciones distintas a cargo de distintos Estados miembros. Cada uno la reconoce según su propia legislación, aunque, a la hora de computarla, aplique la técnica de la totalización de los períodos de seguro³⁴.

A la vista de lo recién expuesto, la Seguridad social española o, más concretamente, la correspondiente entidad gestora (SERPEE) sólo es responsable del pago de la cuantía que se le atribuya según el referido prorrateo³⁵.

2. La referencia del salario anterior

Según el artículo 68.1 del Reglamento, "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que las prestaciones han de ser calculadas en función del importe del salario anterior, computará exclusivamente el salario percibido por el interesado en el último empleo que haya ocupado en el territorio de dicho Estado", siempre que dicho empleo haya sido desarrollado, como mínimo, durante cuatro semanas. En caso contrario, las prestaciones serán calculadas en "función del salario usual que corresponda, allí donde el desempleado resida o se halle, a un empleo equivalente o análogo al que haya ocupado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro".

Como se aprecia, el legislador comunitario atiende a dos empleos distintos para determinar el salario que ha de tomarse como referencia para el cálculo de las prestaciones. En primer lugar, se tiene en cuenta el último empleo ocupado en el Estado competente siempre que éste se halla desarrollado durante un mínimo de cuatro semanas. En segundo lugar, de no cumplirse ese mínimo temporal, se remite al último empleo que se haya ocupado en el territorio de otro Estado miembro. Ahora bien, mientras que, en el primer caso, el salario al que se atiende es el del empleo ocupado; en el segundo, no; pues se estará al salario usual que corresponda a ese tipo de empleo en el Estado donde el desempleado se halle o resida en el momento de la solicitud de la prestación por desempleo.

La situación expuesta merece los siguientes comentarios: a) resulta discutible que el legislador sólo atienda a un empleo en el Estado competente, o sea, al último, cuando nada impide que existan otros anteriores en dicho Estado; de ser así, parece lógico que se tuviesen en cuenta. b) La regla de la duración mínima resulta aplicable a los dos puestos de trabajo, pues, aunque el Reglamento 1408/71 no alude a ella para el segundo supuesto, sí lo hace su Reglamento de aplicación. En efecto, su artículo 81 prevé que "el interesado que no haya ejercido su último empleo durante cuatro semanas como mínimo en el territorio del Estado miembro donde radique la institución afectada, deberá presentar un certificado que acredite la índole del último empleo ejercido durante cuatro semanas en el territorio de

³³ STJCE de 9 diciembre 1975, asunto Fernand Plaquet (57/75).

³⁴ GARCÍA VIÑA, J., *op. cit.*, p. 143.

³⁵ Cfr. STS de 5 mayo 1997 (Ar. 3650).

cualquier Estado miembro". c) El término "empleo" parece que debe entenderse equivalente a "puesto de trabajo", y no a "profesión", pues el legislador se refiere al "último empleo que haya ocupado" el trabajador. De equivaler a profesión, en algún caso se evitaría el recurso al puesto de trabajo de otro Estado miembro, como sucedería cuando el último ocupado en el Estado competente y sus precedentes fuesen de la misma profesión y, sumadas sus duraciones, se superasen las cuatro semanas.

En contraste con lo apuntado, el artículo 62.1 del nuevo Reglamento 883/2004 señala 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 legislación", y ello con independencia de la duración que dicha actividad haya tenido.

De este nuevo precepto, cabe destacar los cambios terminológicos que se producen, pues, por un lado, se alude a ingresos profesionales y última actividad en vez de a salario y último empleo, lo que obedece a la inclusión de los períodos trabajados por cuenta propia para el cálculo de la prestación. Por otro lado, el criterio del "territorio en el que se haya llevado a cabo la última actividad" se sustituye por el de "la legislación bajo la cual dicha actividad fue regulada", lo que contribuye a evitar los problemas que podían surgir con la versión anterior. En efecto, el que un trabajador desarrolle una actividad en un determinado Estado miembro no implica, necesariamente, que lo haga sometido a su legislación ni que esté incluido en su sistema de seguridad social, por lo que, en tal supuesto, el Estado competente sería otro. Puede ser el caso, por ejemplo, del trabajador desplazado por su empresa a otro Estado miembro, pues, siempre que la duración del desplazamiento no supere los doce meses, aquél queda sometido a la legislación del Estado de origen [artículo 14.1. a) Reglamento]. En tal caso, no cabría la remisión al último empleo que se haya ocupado en el territorio de otro Estado miembro cuando el ocupado en el Estado competente dure menos de cuatro semanas.

Por último, como caso particular, cabe mencionar el de un trabajador fronterizo en situación de desempleo total. En este supuesto, la autoridad competente del Estado miembro de residencia, cuya legislación establezca que la prestación debe basarse en el salario anterior, debe calcular la prestación teniendo en cuenta la retribución obtenida por el trabajador en la última actividad realizada por cuenta ajena en el Estado miembro en el que realizó su última actividad laboral antes de su inscripción como demandante de empleo³⁶.

3. Los miembros de la familia

Respecto de los familiares de los trabajadores que ejercen el derecho a la libre circulación, cabe aludir a dos cuestiones. La primera es la relativa a su cómputo a efectos del cálculo de la cuantía de la prestación. En este sentido, el artículo 68.2 del Reglamento prevé

³⁶ STJCE de 28 febrero 1980, asunto Fellingner (67/79).

que "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que la cuantía de las prestaciones ha de variar con el número de miembros de la familia, tendrá también en cuenta a los miembros de la familia del interesado que residan en el territorio de otro Estado miembro como si residiesen en el territorio del Estado competente". Ahora bien, esta regla no se aplicará si, en el país donde residen los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a las prestaciones por desempleo y dichos familiares ya son tenidos en cuenta para el cálculo de esas prestaciones.

Como se aprecia, se está ante una regla que intenta favorecer al desempleado que tiene familiares y que se supone que están a su cargo o, de una u otra manera, dependen de él, aunque el citado Reglamento no alude a ello expresamente. No obsta a lo anterior, el que no se exija una convivencia de hecho, pues puede haber una dependencia económica aunque los familiares vivan en el territorio de otro Estado miembro. En este sentido, no falta alguna sentencia del TJCE que prevé que las legislaciones nacionales no pueden establecer requisitos adicionales para tener en cuenta esos familiares, como podría ser el de la convivencia de hecho del desempleado con sus familiares en el territorio del Estado competente³⁷. Sin duda alguna, ello supondría una seria restricción a la libre circulación de trabajadores, por amparar una clara discriminación entre trabajadores desplazados dentro de la Comunidad cuyas familias residen con ellos en el Estado de acogida y aquellos otros cuyas familias residen en otro Estado miembro distinto³⁸.

A efectos de poder tener en cuenta estos familiares para el cálculo de la prestación por desempleo, el artículo 82 del Reglamento de aplicación apunta unas importantes reglas. Así se prevé que el interesado debe presentar ante la institución competente un certificado relativo a los miembros de su familia que residan en el territorio de un Estado miembro distinto a aquél en que radique aquella institución. Dicho certificado debe ser negativo, en el sentido de que debe acreditar que ninguno de esos familiares ha sido tenido en cuenta para calcular las prestaciones por desempleo debidas a una persona distinta del interesado con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro. Lo que se quiere evitar es que una misma circunstancia -la existencia de familiares- sea tenida en cuenta respecto de dos prestaciones distintas.

En el supuesto de que a la institución competente le sea imposible certificar que los miembros de la familia no han sido tenidos en cuenta para el cálculo de que se trata, será el propio interesado el que podrá suplir dicha imposibilidad a través de una simple declaración personal en tal sentido, lo que no deja de resultar sorprendente.

³⁷ Sentencia de 16 octubre 2001, asunto Stallone (C-212/00). Se trataba de un trabajador italiano, residente en Bélgica, a quien la Administración de este último país había denegado una prestación aumentada para cabezas de familia por el hecho de que su esposa e hijos residían en Italia cuando la legislación belga exigía la convivencia de hecho. El Tribunal entendió que dicho requisito se cumplía cuando los familiares vivían a cargo o expensas del trabajador.

³⁸ Según STJCE de 2 agosto 1993, asunto Acciardi (C-66/92), la primera frase del apartado 2 del artículo 68 del citado Reglamento 1408/71 se opone, sin perjuicio de lo dispuesto en la segunda frase del mismo apartado, a una disposición nacional que prevé que "las prestaciones concedidas a un nacional de otro Estado miembro se calculan sin tener en cuenta a su cónyuge que reside en otro Estado miembro".

El certificado -o declaración personal- tendrá una validez temporal equivalente a los doce meses siguientes a la fecha en que haya sido expedido. A su término podrá ser renovado por otro período igual y así sucesivamente, al menos no parece existir impedimento al respecto.

En todo caso, cualquier modificación en la situación de hecho que invalide el certificado debe ser puesta inmediatamente en conocimiento de la institución competente que abona la prestación por desempleo. La notificación tendrá efectos no desde que la misma se realice, sino desde el día siguiente en que se haya producido la modificación de las circunstancias. La finalidad de esta notificación -regla general que rige para todas las prestaciones, también en el derecho interno- es la de adaptar el derecho o no a la percepción de la prestación a la situación real que exista en cada caso.

Aparte de la recién expuesta, una segunda cuestión que cabe dejar clara respecto de los familiares de los trabajadores comunitarios es la los derechos que pueden ejercer al amparo del Reglamento 1408/71. Sobre el particular resulta clarificadora la STJCE de 25 de octubre de 2001³⁹, asunto Ruhr, en la que una trabajadora, de nacionalidad polaca, casada con un alemán y residente en Alemania, después de trabajar en Luxemburgo durante un año y medio, solicitó prestaciones por desempleo en Alemania. Dado que la autoridad competente luxemburguesa declaró que no podía emitir la certificación relativa a los períodos computables para la concesión de las prestaciones por desempleo (formulario E-301), debido a la nacionalidad polaca de la interesada, la Administración alemana no concedió la prestación solicitada. La afectada llegó a alegar en contra de tal negativa que las disposiciones legales en que ésta se ampara restringen el derecho a la libre circulación de su marido dentro de la Comunidad, en la medida en que, para salvaguardar el derecho a sus prestaciones, aquél se habría visto obligado a residir en Luxemburgo y no en Alemania.

Así las cosas, el Alto Tribunal comunitario contesta que el artículo 2.1 del tan citado Reglamento contempla dos categorías de personas al delimitar su ámbito de aplicación. Por un lado, los trabajadores, que deben ser nacionales comunitarios; y, por otro, sus familiares y supervivientes, a los que no se les exige ningún requisito de nacionalidad para que el Reglamento les sea aplicable. Pues bien, estos familiares sólo pueden invocar las disposiciones de éste en relación con los derechos adquiridos en su condición de familiares de un trabajador comunitario. En consecuencia, el familiar de un trabajador no puede acogerse, como tal, a los derechos que derivan de los artículos 67 a 71 bis del Reglamento en cuestión y, en particular, a las disposiciones especiales previstas para los trabajadores fronterizos en el artículo 71.1.a).ii) de aquél, que designan al Estado de residencia como el Estado competente para la concesión de las prestaciones por desempleo⁴⁰. Se niega, así, la razón a la trabajadora polaca, pues no es "trabajadora comunitaria", y en cuanto familiar de un trabajador comunitario no es titular del derecho reclamado.

³⁹ C-189/2000.

⁴⁰ Esta sentencia ratifica la anterior de 23 de noviembre de 1976, asunto Kermascheck (40/76).

Por último, la alegación relativa a la restricción del derecho a la libre circulación del marido también se desestima por irrelevante con la realidad del litigio principal.

III. Desplazamiento de los desempleados a un Estado miembro distinto del Estado competente

1. Requisitos generales

La conservación de los derechos adquiridos en materia de desempleo se encuentra regulada en los artículos 69 a 71 del Reglamento. La finalidad de dichos preceptos es la de "garantizar al trabajador migrante la percepción de las prestaciones por desempleo en las condiciones más favorables mientras busca un nuevo empleo"⁴¹. Dos son las situaciones legales en las que se puede encontrar el trabajador comunitario en relación con su situación de desempleo.

La primera es la *del trabajador desempleado que se desplaza a un Estado miembro distinto del Estado competente*. Según el citado artículo 69, el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en desempleo total, que reúna los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones y que se desplace a uno o varios Estados miembros con el fin de buscar allí un empleo, conservará el derecho a las prestaciones", siempre que se cumplan determinados requisitos⁴². Repárese que esta previsión legal supone la aplicación del principio de la libre circulación de trabajadores también a los desempleados y, por ende, una interpretación extensiva del concepto de "trabajador". En este sentido, ya hace tiempo que el TJCE manifestó que una interpretación que dejase fuera del ámbito de aplicación a los desempleados "comprometería las oportunidades reales de que el nacional de un Estado miembro que busca empleo lo encuentre en los demás Estados miembros", por lo que el artículo 48.3 del Tratado CE (actual 39) debe ser interpretado en el sentido de que enuncia "con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica", asimismo, el derecho de esos nacionales "a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo"⁴³.

Como ya se apuntó, el desempleado que se desplaza a otro Estado miembro distinto del competente tiene que observar una serie de requisitos para poder seguir percibiendo las prestaciones por desempleo. Dichos requisitos van dirigidos a "promover la búsqueda

⁴¹ STJCE de 15 marzo 2001, asunto Laati (C-444/98).

⁴² Según la STJCE de 7 marzo 1985, asunto Cochet (145/84), el artículo 69 no es aplicable a un trabajador fronterizo en situación de desempleo total que, una vez terminado su último empleo, se establece en el territorio del Estado miembro competente, que es el mismo en el que aquél tuvo su último empleo.

⁴³ Sentencia de 26 febrero 1991, asunto Antonissen (C-292/89).

de empleo en el Estado miembro del último empleo, a hacer soportar por este Estado la carga de las prestaciones por desempleo y, finalmente, a garantizar que estas prestaciones se concedan únicamente a aquellos que busquen efectivamente un empleo"⁴⁴. Los aludidos requisitos se analizan a continuación.

En primer lugar, con anterioridad a su desplazamiento, el trabajador tendrá que haber estado inscrito como solicitante de empleo y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante, como mínimo, cuatro semanas. Éstas comenzarán a computarse, como es lógico, al comienzo de la situación real de desempleo. Aunque no se indica expresamente, parece claro que durante dicho período el trabajador tiene que estar dispuesto a trabajar y, por lo tanto, aceptar las ofertas de empleo que se le ofrezcan y sean adecuadas, so pena de perder la prestación. En otras palabras, si el desempleo quiere desplazarse para encontrar empleo tiene que empezar por demostrar ante su propio Estado -el competente- que quiere trabajar en serio.

A pesar de fijarse un período mínimo de permanencia en el Estado competente, los servicios o instituciones correspondientes de éste podrán autorizar el desplazamiento del desempleado antes de que aquél se cumpla. Esta posibilidad se reconoce expresamente en la STJCE de 21 de febrero de 2002, asunto Rydergard⁴⁵. En este caso, la citada trabajadora había interrumpido la percepción de su prestación por desempleo para pasar a percibir, durante cinco días, las prestaciones parentales temporales previstas para el cuidado de hijos enfermos. La autoridad competente sueca consideraba que la mencionada percepción interrumpía el cómputo de las cuatro semanas que la trabajadora debía reunir como demandante de empleo antes de su desplazamiento a Francia y, por lo tanto, carecía del derecho a solicitar el mantenimiento de la prestación por desempleo. Por su parte, el Tribunal comunitario estimó, en una interpretación flexibilizadora y favorable para la trabajadora, que el período de las cuatro semanas no tenía que ser el inmediatamente anterior a la partida de aquélla, ni siquiera tenía que ser continuado. Por lo tanto, la referida interrupción no impedía el acceso a la prestación en cuestión siempre que, conforme al Derecho nacional, el período total acumulado por la trabajadora como demandante de empleo antes de su salida fuese igual o superior a cuatro semanas.

El legislador comunitario no indica en qué circunstancias queda eximido el trabajador de este tiempo de permanencia mínima en el territorio del Estado competente, por lo que parece claro que en este punto debe estarse a la legislación nacional de cada Estado⁴⁶.

⁴⁴ STJCE de 8 abril 1992, asunto Gray (C-62/91). Para MIRANDA BOTO [*op. últ. cit.*, p. 158], el artículo 69 del Reglamento no constituye una simple medida de coordinación de las legislaciones nacionales en materia de Seguridad social, sino que crea "un régimen autónomo, a favor de los trabajadores que solicitan beneficiarse del mismo, que establece una excepción a las normas de Derecho interno y que debe ser interpretado de manera uniforme en todos los Estados miembros cualquiera que sea el régimen previsto por la legislación nacional en lo relativo a la conservación y pérdida del derecho a las prestaciones".

⁴⁵ C-215/00. Vid., también, STJCE de 8 abril 1992, asunto Gray, ya cit.

⁴⁶ Cfr. STJCE de 21 febrero 2002, asunto Jauch (C-215/200).

En segundo lugar, el desempleado también tendrá obligaciones que cumplir en los Estados miembros a los que se desplace, pues deberá inscribirse como solicitante de empleo en los servicios correspondientes de ellos y cumplir con los deberes que allí se le exijan. Dicho requisito será considerado como cubierto, en cuanto al período anterior a la inscripción, si ésta se produce dentro de los siete días siguientes a la fecha en que el interesado haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia. Esta previsión resulta lógica en la medida en que el plazo que transcurre entre la inscripción en los servicios de empleo de uno y otro Estado miembro es muy breve. De hecho, se prevé que, en casos excepcionales, ese plazo podrá ser ampliado por los servicios o instituciones competentes, lo que resultaría más favorable para el desempleado.

En tercer lugar, el desempleado conservará el derecho a las prestaciones durante un período de tres meses, como máximo, contado a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia⁴⁷. En todo caso, la duración concreta de ese período dependerá de lo que disponga la autoridad competente de dicho Estado, la cual tiene que tener presente, a la hora de fijarlo, que la duración total de las prestaciones no puede exceder de aquélla a que el desempleado tendría derecho en virtud de la legislación del referido Estado. En otras palabras, la suma de los períodos disfrutados en el Estado de procedencia y en el de acogida no puede exceder de la duración máxima prevista en la ley del primer Estado. En consecuencia, si la mayor parte del período ya se lucró en el territorio del primero, puede que para el segundo resten menos de tres meses.

En el supuesto de un trabajador de temporada, la duración de la prestación quedará, además, limitada al tiempo que quede hasta el final de la temporada para la que fue contratado.

A efectos de poder seguir percibiendo la prestación por desempleo en el Estado al que se desplace, el artículo 83.1 del Reglamento de aplicación prevé la necesidad de que el desempleado cumpla con determinados trámites formales antes de su partida, concretamente con la solicitud de un *certificado* relativo a su situación de desempleo. En efecto, el interesado debe presentar en la institución del lugar a donde se haya desplazado un certificado en el que la institución competente certifique que continúa teniendo derecho a la referida prestación. Más específicamente, dicho certificado debe indicar la cuantía de la prestación que el desempleado va a percibir del Estado competente, la fecha en que aquél ha dejado de estar a disposición de los servicios de empleo de este último, el plazo acordado para la inscripción como solicitante de empleo en el Estado miembro al que el desemplea-

⁴⁷ Según el considerando vigésimo quinto del Reglamento 1408/71, "para facilitar la búsqueda de empleo en los diferentes Estados miembros, conviene ante todo reconocer al trabajador sin empleo el derecho a disfrutar, durante un período limitado, de las prestaciones de desempleo previstas por la legislación del Estado miembro a la que ha estado sometido en último lugar".

do se desplaza⁴⁸, el período máximo durante el cual éste puede conservar las prestaciones⁴⁹ y, en fin, los hechos que pueden modificar el derecho a la prestación⁵⁰.

Con todo, este trámite formal carece de fuerza suficiente para obligar al trabajador, dado que, si éste no cumple con aquél, el legislador se limita a prever que será la institución competente del Estado al que se haya desplazado la que tenga que recabar dicho certificado de la institución competente, sin que se concreten sanciones para el incumplidor. Por lo tanto, el papel que se atribuye a la institución competente del Estado receptor en este punto pasa de ser pasivo en un primer momento a activo en un segundo, o sea, en caso de incumplimiento del deber documental del trabajador. Además, la pasividad de éste, aparte de no conllevar sanciones, incluso puede terminar favoreciéndole. Ello es así porque, en tal caso, la autoridad del Estado competente va a conocer el desplazamiento del trabajador al serle solicitado el certificado por la autoridad homóloga del Estado receptor. En consecuencia, la fecha en que el desempleado ha dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente, a incluir en el certificado, parece que no puede ser otra que la del propio conocimiento del desplazamiento en cuestión (aunque en realidad éste sea anterior)⁵¹.

En todo caso, los servicios de empleo del Estado competente no se pueden desentender totalmente del desempleado, pues deben asegurarse de que éste ha sido informado de las obligaciones que tiene, en general, en materia de desempleo (artículo 83.2 del Reglamento de aplicación). Dicha obligación de información parece que debe ser observada por los servicios de empleo del Estado receptor, pues, al fin y al cabo, son los que ahora tienen contacto con el desempleado desplazado⁵². Sea como fuere, parece que nada impide que los servicios de empleo del Estado competente también informen al desempleado de las citadas obligaciones antes de desplazarse a otros Estados, lo que incluso sería conveniente.

En otro orden de cosas, en el supuesto de que el interesado *regrese al Estado competente* antes de que se agote el período durante el cual tiene derecho a la prestación en el Estado de acogida (tres meses), aquél seguirá teniendo derecho a su disfrute en el primero, como si nunca se hubiese trasladado de territorio. Como excepción a lo recién apuntado, cabe señalar el caso de que la prestación ya se haya agotado en el Estado de acogida, pues el simple hecho de volver a éste no reactiva el derecho a un nuevo disfrute de la misma. La prestación es única, tiene una duración limitada y da igual donde se disfrute. Por lo tanto, para seguir disfrutando de la prestación cuando regresa al Estado competente, debe volver dentro de plazo y cuando aún resta un período de disfrute de aquélla.

⁴⁸ De no señalarse se aplica el general de siete días.

⁴⁹ En su defecto, rige el plazo general de tres meses.

⁵⁰ Cfr. artículo 55 Propuesta COM/2006/0016, que incluye el Reglamento de aplicación del nuevo Reglamento 883/2004. Dicho precepto tiene una regulación muy similar a la del citado artículo 83 Reglamento de aplicación, salvo en la necesidad de mencionar la cuantía de la prestación, por lo que después se dirá.

⁵¹ Cfr. AYUSO MOZAS, R., *op. cit.*, p. 193.

⁵² En este sentido, la Propuesta COM/2006/0016 encarga directamente a los servicios de empleo del país de destino la obligación de informar al desempleado de las obligaciones que tiene.

Ahora bien, al margen de esta lógica excepción, se insiste en que el desempleado perderá el derecho a seguir lucrando la prestación por desempleo si no regresa antes de que expire el referido período, lo cual actúa a modo de sanción para aquél (artículo 69.2 del Reglamento). Ciertamente, se permite que el trabajador se desplace al territorio de otro Estado comunitario para buscar empleo, exportando la prestación por desempleo de otro Estado, pero sólo durante un período de tiempo que puede calificarse de breve⁵³. Pasado el cual, si el trabajador no ha regresado a su Estado (el competente) perderá el derecho a seguir lucrando la prestación por desempleo generada en éste y por el tiempo restante. La regla analizada parece que deja claro al desempleado que tiene una sola oportunidad para buscar empleo en otro Estado comunitario, que debe aprovechar con celeridad, sino el lugar a donde debe volver a buscar empleo es al territorio donde lo perdió. En caso contrario, la autoridad competente de éste no va a seguir amparándolo económicamente. En este sentido, parece que se está ante una extinción definitiva de la prestación y no de una mera suspensión de la misma.

Con todo, el nuevo Reglamento permite excepcionar el citado efecto sancionatorio si así lo prevé la legislación más favorable del Estado competente (artículo 64.2). De hecho, la legislación española prevé la posibilidad de suspensión de la prestación hasta un período de doce meses en caso de que el desempleado traslade su residencia al extranjero para buscar empleo⁵⁴. Así, si España fuese el Estado competente, tras expirar el período de los tres meses, el trabajador tendría derecho a que su prestación fuese suspendida y no extinguida.

A la idea general recién expuesta, cabe añadir varias matizaciones. En primer lugar, el artículo 69. 3 del Reglamento, prevé que "el beneficio de las disposiciones del apartado 1 sólo puede ser invocado, una vez, entre dos períodos de empleo". Más claramente, el derecho de poder circular dentro del espacio comunitario para buscar empleo y seguir percibiendo la prestación por desempleo del Estado competente sólo podrá ejercerse una vez entre dos períodos de empleo, lo que concuerda con lo ya apuntado. Se evita, así, la posibilidad de que, una vez concluido el período de tres meses, el trabajador efectuase un nuevo desplazamiento a otro Estado con el fin de lucrar una nueva prestación y así sucesivamente.

El nuevo Reglamento 883/2004 mantiene una disposición similar, aunque con novedades significativas. En efecto, según su artículo 64.3, "salvo en el caso de que la legislación del Estado miembro competente sea más favorable, entre dos períodos de actividad,

⁵³ Con todo, dicho límite ha sido declarado conforme a la normativa de libre circulación por el TJCE. Vid. Sentencia de 19 junio 1980, asuntos acumulados Testa (41/79), Maggio (121/79) y Vitale (796/79).

⁵⁴ Cfr. artículo 6.3 RD 625/1985, de 2 abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 agosto, modificado por el RD 200/2006, de 17 de febrero. Según dicho precepto, "el derecho a la prestación o al subsidio por desempleo quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en los convenios o normas comunitarias".

el máximo período total durante el cual se mantendrá el derecho a prestaciones con arreglo al apartado 1 será de tres meses". Como puede apreciarse, la nueva redacción ya no alude al ejercicio del derecho al desplazamiento una sola vez, sino que se centra en el período durante el cual podrá mantenerse la prestación por desempleo en caso de desplazamiento, que será de tres meses. En consecuencia, parece que nada impide que dicho período pueda agotarse con diversos desplazamientos y no solo con uno.

En segundo lugar, existe la posibilidad de que el breve plazo mencionado pueda ampliarse por la autoridad competente del Estado de origen ante circunstancias excepcionales alegadas por el trabajador. No se indica, sin embargo, la naturaleza de tales circunstancias ni la entidad del nuevo plazo. Respecto de lo primero, parece claro que debe tratarse de razones justificadas, como pueden ser las relacionadas con la búsqueda de empleo (v. gr., estar a la espera del inicio de la relación laboral cuando ya se ha firmado un precontrato) o salud. Este último tipo de razones concuerda con el hecho de que la solicitud de ampliación del plazo puede efectuarse incluso una vez concluido el plazo⁵⁵. En relación con la ampliación del plazo, es evidente que la misma dependerá de la naturaleza de la circunstancia alegada. En todo caso, el Reglamento 1408/71 no la concreta ni limita, algo que sí hace el nuevo Reglamento de 2004, a seis meses⁵⁶.

En tercer lugar, si el regreso se efectúa después de haber encontrado trabajo en el Estado al que se había desplazado, el trabajador no puede reclamar prestaciones en el Estado de origen, pues éste ya no es el competente, sino aquél⁵⁷. La situación se invierte y ahora el Estado de origen se convierte en el Estado al que se desplaza y, por lo tanto, la única prestación que puede disfrutar en éste es la que traiga de aquél.

Y, en cuarto lugar, cabe plantearse la posibilidad de que el desempleado que pierde el amparo económico del Estado competente por no regresar a él dentro del mencionado plazo, acceda a una nueva prestación por desempleo en el Estado de residencia. Ello, sin duda, sería un motivo de peso para ampliar la estancia en el país de acogida. Esa nueva prestación se percibiría al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.1.b).ii) del Reglamento. Ahora bien, como apunta algún autor, la aplicación de este precepto no está exenta de problemas, pues aquél se refiere, en principio, a los desempleados que residieran, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del Estado competente⁵⁸. Por lo tanto, la aplicación de dicho precepto al caso examinado requiere eliminar la distinción entre "Estado de residencia" y "Estado competente", siendo aquél el que merezca entonces esta última calificación.

⁵⁵ STJCE de 20 marzo 1979, asunto Coccioni (139/78).

⁵⁶ Artículo 64.1.c).

⁵⁷ STJCE de 28 abril 1988, asunto Vanhaeren (192/87): "desde el momento en que un trabajador en paro ha encontrado un empleo en otro Estado miembro, este Estado es el Estado del último empleo y se convierte, por tanto, en el Estado competente en el sentido del artículo 69 del Reglamento 1408/71".

2. Abono de la prestación

El que el desempleado tenga la obligación de aportar a la institución competente del Estado al que se desplaza un certificado con toda la información relativa a la situación de desempleo en la que se halla tiene una concreta justificación: la de que es aquél el que tiene que abonar la prestación. En efecto, "las prestaciones serán abonadas por la institución de cada uno de los Estados a los que se traslade el desempleado en busca de empleo" (artículo 70.1 del Reglamento). En este sentido, la institución del lugar adonde se haya desplazado el desempleado debe comunicar a la institución competente la fecha en la que aquél se ha inscrito como solicitante de empleo (paso previo para poder percibir la prestación), así como de aquella en que empezará a cobrar la prestación por desempleo en el nuevo Estado miembro. Este pago se efectuará según lo establecido en la legislación del Estado receptor.

Aparte del pago de la prestación, y como consecuencia de ello y de que el trabajador está en su territorio, resulta lógico que la institución del Estado receptor también ejerza la importante función de control sobre aquél, "como si se tratase de un beneficiario de prestaciones por desempleo concedidas en virtud de la legislación aplicada por ella"⁵⁹. De esta manera, la referida institución debe estar vigilante ante cualquier hecho que sobrevenga y modifique el derecho a la prestación. En tal supuesto, lo primero que procede hacer es comunicarlo a la institución competente a efectos de que ésta informe, lo antes posible, la medida que corresponde adoptar (generalmente, reducción, suspensión o extinción del derecho) y, en su caso, a partir de qué fecha. Con todo, cuando el hecho que acaezca sea suficientemente grave -conforme a lo indicado en el certificado y de conformidad con la legislación del Estado competente-, la institución correspondiente del Estado receptor no está obligada a esperar a la decisión del Estado competente para actuar y puede dejar de pagar inmediatamente la prestación por desempleo⁶⁰. Dicha inmediatez en la actuación sancionadora persigue el evitar que el desempleado perciba prestaciones de forma indebida e injustificada cuando sobreviene un hecho que anula o modifica el derecho a aquélla.

Por su parte, en el caso de que la medida adoptada deba ser la *reducción* de la cuantía de la prestación, la institución del Estado receptor también actuará en consecuencia, pues sólo seguirá pagando al desempleado una parte de aquélla. En todo caso, la regularización de la situación y la concreción exacta de lo que habrá que pagar o no se pospone hasta el momento de la recepción de la respuesta de la institución competente. De manera similar se prevé que, de haberse anticipado el Estado receptor en la decisión de la extinción del derecho, sin que tal sea la decisión final del Estado competente, aquél sólo reanudará el pago de la prestación cuando haya recibido la correspondiente notificación de este último. Aunque no se indica expresamente, parece que igual regla debe regir para el caso de la suspensión previa.

⁵⁸ Cfr. AYUSO MOZAS, R., *op. cit.*, p. 195.

⁵⁹ Artículo 83.3, párrafo segundo, Reglamento de aplicación.

⁶⁰ En igual sentido, AYUSO MOZAS, R., *op. cit.*, p. 199.

Como se aprecia, el Estado receptor no sólo tiene funciones de control, sino también ejecutivas o de adopción de actuaciones concretas y todo ello conforme a la legislación vigente en el Estado competente, y no a la suya. Ello implica dos cosas. Por un lado, que la salida del desempleado del territorio de este último Estado no supone la desvinculación con la ley que regula su situación de desempleo, pues el Estado de acogida actuará y velará porque aquella ley se siga cumpliendo. Por otro, que es necesario que el certificado sea lo suficientemente preciso y claro sobre los hechos que pueden incidir en el derecho a la prestación para que a la institución del Estado de acogida no le surjan dudas al respecto, sobre todo si se tiene en cuenta que aquéllos pueden ser distintos a los que se prevén en la legislación interna de éste con la misma finalidad. En este sentido, no cabe obviar la dificultad que, en algún caso, se puede presentar para controlar la concurrencia de estos hechos o requisitos inexistentes en el derecho interno.

Ahora bien, con posterioridad, "la institución competente de aquel Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia mientras ocupaba su último empleo, vendrá obligada a *reembolsar el importe* de esas prestaciones" (artículo 70.1 del Reglamento). En similares términos se expresa el artículo 97 del Reglamento de aplicación, según el que "la cuantía de las prestaciones pagadas en virtud del artículo 69 del Reglamento, será reembolsada por la institución competente a la institución que haya pagado dichas prestaciones, según los datos que refleje la contabilidad de esta última institución". Dicho reembolso confirma que, aunque paguen varias, sólo hay una institución competente -que es la que verdaderamente tiene que responder-, la del Estado a cuya legislación el trabajador estuvo sometido en su último trabajo.

Los reembolsos se efectuarán mediante la justificación de los gastos realizados o sobre la base de un tanto alzado.

Con todo, el Reglamento ha querido dar libertad a los distintos Estados miembros para que acuerden -previo dictamen favorable de la Comisión administrativa- otras formas de reembolso o pago entre sí o incluso puedan renunciar, si así lo desean, a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan. Estos pactos específicos, especialmente el de la renuncia al reembolso, parece que pueden tener su razón de ser en los casos de Estados miembros unidos por estrechos lazos geográficos, culturales o sociales.

A la vista de las obligaciones recién analizadas, resulta evidente que la colaboración entre las instituciones competentes de los diversos Estados miembros relacionados con el trabajador desempleado debe ser activa, recíproca y efectiva para poder garantizar que su derecho a la libre circulación no sufre menoscabo alguno, incluso cuando se desplaza para buscar empleo.

En relación con esta colaboración, cabe señalar que el nuevo Reglamento 883/2004 introduce modificaciones relevantes, pues algunas competencias u obligaciones tradicionales del Estado de destino desaparecen, a la vez que surgen otras nuevas. La principal obligación que desaparece es la del pago de la prestación al desempleado, pues según el artículo 64.1.d) de la citada norma "las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente". En consecuencia, desaparece la necesidad de incluir la cuantía de la

prestación en el certificado que el interesado debe entregar en la institución del Estado de destino, así como la posibilidad que ésta tiene de reducir, suspender o extinguir la prestación. Así las cosas, la competencia principal del Estado receptor será la del control sobre la concurrencia de los hechos que puedan modificar el derecho a aquélla.

IV. Desempleados que residieran, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del Estado competente

De acuerdo con el artículo 71 del Reglamento, el trabajador por cuenta ajena en situación de desempleo que residiera, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del competente, va a disfrutar de las prestaciones conforme a un régimen jurídico que es diferente según se trate de un trabajador fronterizo o no⁶¹. El atender a esta condición para fijar un régimen distinto tiene su justificación, pues los trabajadores fronterizos no sólo tienen vínculos con el país en el que prestan servicios, sino también con aquél en el que residen, que es diferente, y que puede tener responsabilidad en materia de prestaciones. La necesidad de atender a su especial situación con una normativa específica en materia de desempleo parece evidente, tal y como indica el considerando décimo cuarto del Reglamento 1408/71.

1. Trabajadores fronterizos

Para el Reglamento 1408/71, por trabajador fronterizo se puede entender "todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro Estado miembro, al que regresa en principio cada día o, al menos, una vez por semana" (v. gr., trabajador portugués que viene a España a trabajar)⁶². Sin embargo, el trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro, conservará la condición de fronterizo durante un tiempo máximo de cuatro meses, incluso en el caso de que durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o, al menos, una vez por semana, al lugar de su residencia [artículo 1, b)]. Así, siempre que no se sobrepase ese período máximo, el trabajador mantiene el régimen jurídico propio de un transfronterizo, aunque no se comporte como éste y no regrese con frecuencia al lugar de su residencia.

El legislador comunitario no sólo distingue a los fronterizos del resto de trabajadores, sino que también hace diferencias entre aquéllos, según su situación de desempleo sea parcial o total. Repárese en que esta distinción deriva del mantenimiento (a tiempo parcial) o no de la relación laboral entre las partes, y no de la suspensión temporal de la actividad del trabajador. Como caso parcialmente distinto, aparece el desempleo accidental, que se

⁶¹ Cfr. el nuevo artículo 65 del Reglamento 883/2004.

⁶² Sobre este concepto, cfr. STJCE de 22 septiembre 1988, asunto Bergemann (236/87).

prevé como meramente pasajero o transitorio y, por lo tanto, su régimen jurídico se asimila al parcial. Dada la importancia de hallarse en una u otra situación, el TJCE estima que la definición de lo que haya de entenderse por paro "parcial" o "total" no debe quedar a la competencia de las distintas legislaciones nacionales, sino a la comunitaria, pues los criterios para definir las citadas situaciones deben ser uniformes e iguales para todos los Estados miembros⁶³. Dicha competencia se justifica por el objetivo del citado artículo 71 del Reglamento, cual es el de garantizar al trabajador desplazado la percepción de las prestaciones por desempleo en las condiciones más favorables mientras busca un nuevo trabajo⁶⁴.

Si el trabajador fronterizo se halla en *paro parcial o accidental* en la empresa en la que presta servicios, va a quedar sujeto a la legislación del *Estado competente* como si residiese en su propio territorio. En consecuencia, de tener derecho a la prestación, ésta será abonada por dicho Estado y no por el de residencia. En este supuesto, el trabajador sigue prestando servicios, si bien a tiempo parcial, por lo que la vinculación laboral con el Estado competente se mantiene vigente. En consecuencia, parece lógico que si el trabajador desea buscar otro empleo que complemente el que todavía tiene (con carácter parcial) lo haga en ese mismo Estado y no en otro, como en el de residencia. De ahí también la coherencia del legislador comunitario a la hora de fijar el Estado que va a ser competente para abonar la prestación por desempleo.

En este sentido, se pronuncia el TJCE, según el que, cuando el trabajador se halla empleado a tiempo parcial en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio reside, y mantiene la perspectiva de hallar un nuevo empleo en el primero, complementario o no de aquél, resulta evidente que si se le obligase a dirigirse a la "institución de su lugar de residencia para que le asistiera" (también económicamente) "en la búsqueda de un puesto de trabajo", sería evidente que no se lograría el objetivo de facilitar al trabajador migrante la percepción de la prestación por desempleo en las condiciones más favorables mientras busca un nuevo puesto de trabajo⁶⁵. Se mantiene, así, la norma general de la competencia del Estado del último empleo.

Sin embargo, si la situación es de *paro total*, la legislación aplicable es la del *Estado de residencia*, como si el desempleado hubiese estado sometido a aquélla durante su último empleo y, en su caso, la prestación también será abonada por la institución correspondiente de dicho Estado⁶⁶. En este caso, al perderse la vinculación laboral con el Estado

63 Sentencia de 15 marzo 2001, asunto Laet, ya citada. Con todo, es el juez nacional, concebido como juez comunitario, el que debe determinar la categoría a la que pertenece el trabajador.

64 La STJCE de 6 noviembre 2003, asunto Comisión de las Comunidades Europeas contra Holanda (C-311/01) alude expresamente a la "preocupación del legislador comunitario de conceder el mantenimiento del disfrute de las prestaciones de desempleo al trabajador sin empleo para facilitar la búsqueda de un empleo en los distintos Estados miembros".

65 Sentencia de 15 marzo 2001, asunto Laet, ya cit.

66 Vid. STJCE de 20 enero 2005, asunto Noteboom (C-101/04). En el caso de autos, un trabajador belga queda en situación de desempleo total después de trabajar en Holanda. En su país -en el que ha estado residiendo- percibe, primero, prestaciones por desempleo y, después, la de jubilación. Una vez que está disfrutando esta última

al que, en su momento, se había desplazado para buscar empleo, el legislador promueve y facilita el que el desempleado regrese al país donde reside habitualmente para buscar empleo, pues será este último país el único competente para el abono de la prestación económica.

Sobre este particular, también ha tenido ocasión de pronunciarse el Alto Tribunal europeo. Así, ha estimado que la asignación de la competencia al Estado de residencia para el pago de la prestación "responde al designio de evitar al trabajador fronterizo los inconvenientes prácticos que le supondría una conexión con el Estado de empleo"⁶⁷. En efecto, el citado órgano jurisdiccional parte de que el trabajador en situación de desempleo total volverá o, mejor dicho, permanecerá en su país de residencia, en cuyo caso, "la obligación de ponerse y mantenerse a disposición de los servicios de empleo se ejecuta... más fácilmente" en aquél⁶⁸. Ahora bien, se añade que "los servicios de empleo de este Estado son los más capacitados para abonar las prestaciones por desempleo, asegurándose de que el interesado reúne los requisitos para beneficiarse de ellas, facilitando al mismo tiempo su reinserción profesional". Esta última idea, sin embargo, puede resultar criticable, pues igual de capacitado puede ser el Estado donde se ha estado trabajando -como sucede en el supuesto del artículo 69-, el cual también puede reorientar profesionalmente al trabajador. Es más, puede que este último no desee permanecer en su país de residencia para buscar empleo, con lo que, en tal caso, tendrá dificultades para poder percibir una prestación económica. Dichas dificultades derivan de la aplicación exclusiva de la legislación del Estado de residencia para el acceso y cálculo de la referida prestación⁶⁹, sin que quepa la aplicación parcial de la legislación del Estado donde se ha desarrollado el último empleo.

A mayores, cabe tener en cuenta que la competencia del Estado de residencia es una excepción a la regla general de la competencia del Estado del último empleo, por lo que debe interpretarse restrictivamente. De hecho, la importancia de la referida regla general competencial es puesta de manifiesto en alguna otra sentencia del TJCE, en la que se pronuncia sobre la existencia de una "ficción jurídica" al atribuir la competencia al Estado de residencia, el cual pasa a actuar como si fuese el del último empleo, poniéndose en su lugar. Profundizando en este argumento, llega a sostenerse que la mencionada ficción jurídica "suspende las obligaciones del Estado del último empleo mientras el desempleado continúe residiendo en el territorio de otro Estado miembro", pero "no produce su extinción"⁷⁰.

prestación, se le deniega otra complementaria (denominada paga de vacaciones) en base a que, antes de entrar en la situación de desempleo, el trabajador no había realizado una actividad por cuenta ajena sometida al régimen de Seguridad social en el territorio belga. Lógicamente, la aplicación del artículo 71 del Reglamento obliga a reconocer dicha prestación. Cfr., también en relación con un trabajador belga, STJCE de 27 mayo 1982, asunto Aubin (227/81).

⁶⁷ Sentencia de 29 junio 1988, asunto Rebmann (58/87).

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ STJCE de 1 octubre 1992, asunto Grisvard y Kreitz (C-201/91).

⁷⁰ Sentencia de 13 marzo 1997, asunto Huijbrechts (C-131/95).

A la vista de la necesidad de interpretar restrictivamente la competencia del Estado de residencia, cabe plantearse qué sucede cuando el trabajador fronterizo, al perder el empleo, no regresa a su país de residencia, sino que se desplaza a otro distinto. En tal supuesto, aunque la literalidad del artículo 71.a).ii) del Reglamento permitiría entender competente a ese nuevo Estado para el abono de las prestaciones ("disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside"), cabe mostrar cierta crítica al respecto por lo ya expuesto, pues no parece que el legislador comunitario tenga en cuenta ese supuesto al redactar la regla legal⁷¹.

Por último, repárese en que la sujeción del trabajador fronterizo a la legislación de uno u otro Estado miembro en estos dos supuestos analizados viene impuesta por el legislador comunitario y no depende de la voluntad de aquél⁷², a diferencia de lo que sucede con los trabajadores que no reúnen la condición de fronterizos, como se verá a continuación. Tal distinción puede admitir cierta crítica, pues el desempleado, sea fronterizo o no, es quien mejor sabe lo que le conviene y en qué Estado quiere buscar empleo y, por lo tanto, debe percibir la prestación económica correspondiente. De hecho, el artículo 65.2 del nuevo Reglamento 883/2004 permite a los trabajadores en situación de desempleo total, sean fronterizos o no, que hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado competente, ponerse a disposición de los servicios de empleo tanto del Estado miembro de residencia como de aquél en que hayan realizado su última actividad laboral.

2. Trabajadores no fronterizos

El Reglamento 1408/71 también introduce diferencias significativas entre los trabajadores no fronterizos, pero conforme a un criterio distinto -al menos parcialmente- que en el anterior supuesto. En efecto, ahora ya no se distingue sólo en función de la situación de paro parcial, accidental o total, sino también -y básicamente- en base al Estado en el que se busca otro empleo. Esta última circunstancia depende exclusivamente del trabajador desempleado, por lo que el quedar encuadrado en una u otra situación puede configurarse como un verdadero derecho de opción de aquél⁷³. La elección por uno u otro Estado puede hacerse en base a las mayores probabilidades de encontrar trabajo, de disfrutar de una mayor prestación por desempleo o por razones personales.

En este sentido, si el trabajador se halla en *paro parcial, accidental o total*, y continúa a disposición de su *empresario o de los servicios de empleo en el territorio del Estado competente*, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado, como si residiese en el territorio del mismo, y, evidentemente, la prestación por desempleo será abonada por la institución competente [artículo 71.1.b).i) del Regla-

⁷¹ Cfr. AYUSO MOZAS, R., *op. cit.*, p. 184. La redacción del nuevo artículo 65 Reglamento 883/2004 exige que los trabajadores sigan residiendo en el Estado de residencia.

⁷² Cfr. STJCE de 12 junio 1986, asunto Miethé, ya citada.

⁷³ Cfr. sentencias TJCE de 9 julio 1975, asunto Gaetano D'amico (20/75), 12 junio 1986, asunto Miethé, ya citada y 13 noviembre 1990, asunto Bete Reibold (C-216/89).

mento]. Repárese en que la matización legal de "como si residiese en el territorio del mismo" deja claro que se está ante un desempleado que reside en un Estado miembro distinto del Estado del último puesto de trabajo, que es el único Estado competente⁷⁴. Con todo, es evidente que dicho supuesto no se presentará frecuentemente, pues parece que la realización de un trabajo y, sobre todo, búsqueda del mismo aconseja la presencia física en el país donde se lleva a cabo. A pesar de ello, la norma es clara y permite lo que permite, por lo que no se puede condicionar el acceso a la prestación por desempleo a la residencia en el territorio del Estado competente.

Por el contrario, si el trabajador se encuentra en situación de *paro total* y se pone a disposición de los servicios de empleo del *Estado donde reside*, o al que regresa al perder el empleo, disfruta de las prestaciones conforme a lo dispuesto en la legislación del citado Estado, como si hubiese ocupado allí su último empleo. En su caso, la prestación será abonada por el mismo Estado [artículo 71.1.b).ii del Reglamento]⁷⁵.

Con todo, si este trabajador por cuenta ajena hubiese comenzado a disfrutar de las prestaciones con cargo a la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido en último lugar, va a disfrutar de las prestaciones de acuerdo al régimen -ya visto- que se aplica a los desempleados desplazados a un Estado miembro distinto del Estado competente (artículo 69 del Reglamento). Por lo tanto, si el desempleado no quiere tener que cumplir con todos los requisitos que allí se prevén tiene que regresar al Estado de residencia de forma inmediata a la pérdida del empleo o, en todo caso, sin haber empezado a disfrutar la prestación en el Estado en el que ha estado prestando servicios.

En todo caso, el acceso a las prestaciones correspondientes a la legislación del Estado en cuyo territorio resida queda en suspenso mientras no haya transcurrido el período (de tres meses) durante el cual el desempleado pueda pretender las prestaciones del Estado del último empleo. Con ello se pretende que el desempleado solicite, en primer lugar, las prestaciones de este último Estado y, sólo cuando ello no sea posible o cuando aquéllas ya se hayan lucrado, pueda acceder a las del Estado de residencia. El período de espera de tres meses supone sólo un retraso, no una pérdida, en el acceso a las prestaciones a las que se pueda tener lugar⁷⁶.

⁷⁴ La STJCE de 1 febrero 1996, asunto Naruschawicus (C-308/94), señala que el hecho de que el desempleado resida en un Estado distinto del competente es un presupuesto para la aplicación del artículo 71.b.i) del Reglamento.

⁷⁵ Según la STJCE de 29 junio 1995, asunto Van Gestel (C-454/93), este precepto se aplica también en el caso de una persona desempleada que, mientras ocupó su último empleo, residió en el Estado miembro en el cual trabajó cuando "las autoridades competentes de dos Estados miembros hayan acordado que el trabajador por cuenta ajena permanecerá sometido a la legislación sobre Seguridad social de uno de dichos Estados miembros que no es aquel en cuyo territorio trabajaba la persona desempleada".

⁷⁶ En el artículo 65.6 del nuevo Reglamento 883/2004 se prevé un sistema diferente, pues las prestaciones son abonadas directamente por el Estado de residencia, pero el Estado a cuya legislación ha estado sometido el trabajador en último lugar debe reembolsar a la institución competente de aquél el importe total de las prestaciones correspondientes a los tres primeros meses. Vid. normas complementarias en número 7 del mismo artículo.

Repárese en que, con el sistema recién expuesto, es posible que el desempleado llegue a percibir prestaciones por desempleo por dos Estados distintos, primero por aquél a cuya legislación haya estado sometido en último lugar y, después, por el de la residencia. Ahora bien, tal y como ha puntualizado el TJCE, "el período durante el cual el desempleado percibió realmente prestaciones por desempleo con arreglo a la legislación" del Estado del último empleo "debe deducirse de la duración del derecho a prestaciones con arreglo a la legislación del Estado de residencia"⁷⁷. Con ello se quiere evitar la duplicidad de prestaciones por un mismo período y hecho causante (artículo 12.1 del Reglamento).

De otro lado, para tener derecho a la prestación por desempleo, el trabajador debe solicitar del órgano competente del Estado a cuya legislación haya estado sometido en último lugar dos certificados para presentarlos ante la autoridad correspondiente del Estado de residencia. En uno de ellos deben especificarse los períodos de seguro o empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación del Estado en el que haya trabajado en último lugar, tal y como ya se ha comentado *supra*; en el otro, debe indicarse que el trabajador no tiene derecho a las prestaciones en virtud del artículo 69 del Reglamento (artículo 84.2 Reglamento de aplicación). Por cierto que este segundo certificado ha sido eliminado por el nuevo Reglamento 883/2004.

Por último, el artículo 71.2 del Reglamento contiene una previsión general para todo desempleado, fronterizo o no, según la que cuando éstos perciban prestaciones por desempleo del Estado competente no podrán pretender las prestaciones que pudieran corresponderles en virtud de la legislación del Estado de residencia. Esta regla prohíbe la percepción simultánea de prestaciones por desempleo por dos Estados miembros, pero lo hace dejando clara la preeminencia de la responsabilidad del Estado competente.

⁷⁷ Sentencia de 8 julio 1992, asunto Knoch (C-102/91).