

Desafíos en materia de desempleo en la reforma de los Reglamentos de la UE sobre Seguridad Social

Unemployment challenges in the EU Social Security

José Manuel Pazó Argibay*

*Profesor Asociado (Dr.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

ORCID ID: 0000-0003-3718-0247

Recibido: 8/8/2023

Aceptado: 17/10/2023

doi: 10.20318/labos.2024.8400

Resumen: La regulación de la protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea se ha configurado sobre una técnica de coordinación que no actúa sobre el contenido de cada una de las legislaciones nacionales en busca de una legislación uniforme, sino en el establecimiento de unas reglas de actuación que acomodan dichas regulaciones nacionales con la garantía de la libre la circulación de trabajadores. No obstante, pese al esfuerzo regulador, estas disposiciones presentan en ocasiones ciertas disfunciones. Este trabajo se adentra en el estudio de las disposiciones particulares aplicables a la prestación por desempleo contenidas en los Reglamentos de coordinación y sus propuestas de modificación, poniendo de relieve aquellos aspectos que suscitan mayor controversia y una mayor complejidad a la hora de su aplicación.

Palabras clave: Desempleo, Seguridad Social, Unión Europea, coordinación.

Abstract: Unemployment regulation in European Union has been configured on a coordination technique that doesn't act on the content of each of the national legislations searching an uniform legislation, but setting rules to accommodate national regulations with the guarantee of free movement of workers. Despite the regulatory effort, these provisions sometimes present certain dysfunctions. This work analyzes the particular provisions applicable to unemployment benefits contained in the EU Regulation and their modification proposals, highlighting most controversial aspects and proposing alternatives to improve them.

Keywords: Unemployment, Social Security, European Union, coordination.

*Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación PID2021-122254OB-I00 “La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales”, concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

1. Introducción

La regulación de la protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea se ha construido sobre la base de una técnica de coordinación que no actúa sobre el contenido de cada una de las legislaciones nacionales en busca de una legislación uniforme¹. Su misión es el establecimiento de una serie de reglas de actuación sobre aquellas cuestiones cuyo conflicto aplicativo pueda afectar o condicionar la libre circulación de los trabajadores. Esta es, en definitiva, la finalidad última de este corpus normativo, evitar que el desplazamiento de trabajadores entre los Estados miembros pueda implicar algún tipo de penalización sobre sus derechos de Seguridad Social, tanto sobre los ya adquiridos, como también sobre aquellos otros que se encuentran en proceso de adquisición.

Sin embargo, pese al esfuerzo regulador, estas disposiciones presentan en ocasiones un difícil acomodo, por un lado, con el principio de libre circulación de trabajadores y, por otro, con las distintas regulaciones nacionales de la prestación por desempleo, en las que siguen subsistiendo elementos que denotan su marcado carácter territorial. Estas distorsiones han suscitado ciertas reticencias por parte de algunos Estados miembros a la hora de su aplicación, lo que ha requerido un incansable papel corrector y clarificador del Tribunal de Justicia de la Unión Europea².

En este trabajo se aborda, con la amplitud que el formato permite, el estudio de las disposiciones particulares aplicables a la prestación por desempleo contenidas en los Reglamentos de coordinación, poniendo de relieve aquellos aspectos que suscitan mayor debate interpretativo y una mayor complejidad aplicativa³. Las reglas de totalización de períodos y el cálculo de la prestación, los criterios para la exportación de la prestación y su posible prórroga, las particularidades en el acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores fronterizos y de aquellos otros que, sin tener la condición de fronterizos, residen en un Estado miembro distinto del competente, etc., son analizadas en este trabajo, ofreciendo sugerencias de mejora al respecto.

La propuesta de la Comisión para la modificación de los Reglamentos de coordinación (2016)⁴, así como las propuestas del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea para la modificación de las normas en materia de coordinación de la Seguridad

¹ El Profesor Miranda Boto defiende el término “articulación”, más acorde con la técnica empleada y menos dado a confusión con otros mecanismos. MIRANDA BOTO, José María, El estadió previo: Algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria, En: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (Coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008, pp. 13 y ss.

² *Vid.* MIRANDA BOTO, José María, El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión europea, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social* Número 102, 2013, pp. 17 y ss.

³ En detalle PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021.

⁴ Propuesta de la Comisión Europea por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 883/2004, 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 883/2004. Estrasburgo, 13.12.2016.

Social (2019 y 2021)⁵ tienen también cabida en este estudio. De su análisis cabe poner ya inicialmente de manifiesto el claro esfuerzo en equilibrar la carga económica entre los Estados que intervienen en la prestación. La propuesta de unas nuevas reglas para la determinación de la legislación aplicable, el reconocimiento y el pago de la prestación ayudarán a suavizar los recelos con los que los Estados miembros asumen en la actualidad este tipo de prestaciones. Sin embargo, otros aspectos de especial importancia para garantizar la libre circulación de las personas beneficiarias de la prestación por desempleo quedan al margen en estas propuestas de modificación.

2. La regla de totalización de períodos aplicable a la prestación por desempleo en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y su propuesta de modificación

Las disposiciones relativas a la totalización de la prestación por desempleo se encuentran reguladas en el artículo 61 del Reglamento (CE) nº 883/2004. En su apartado primero establece que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, conservación, duración o recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se hubieran cubierto bajo la legislación que dicha institución aplica⁶.

Seguidamente, en su apartado segundo, el artículo 61 contiene una particular regla de fijación al territorio al condicionar los efectos de la totalización, regulados en el apartado primero, al hecho de que el interesado acredite en último lugar, con arreglo a la legislación ante la cual solicita prestaciones, períodos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia.

Lo paradójico es que no contiene el Reglamento (CE) nº 883/2004 mención alguna acerca de la duración mínima exigible a este último período cubierto bajo la legislación de la institución ante la que se solicita la prestación. Por tanto, nada impediría que una persona desempleada pueda percibir una prestación por desempleo en el último Estado miembro acreditando ante su institución competente apenas unos días de empleo o actividad bajo su legislación. En consecuencia, este Estado miembro quedaría

⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento (CE) nº 987/2009 por el que se establece el procedimiento de desarrollo del Reglamento (CE) nº 883/2004. Bruselas, 25.03.2019 y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 883/2004 relativo a la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y el Reglamento (CE) nº 987/2009 por el que se establece el procedimiento de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004. Bruselas, 17.12.2021.

⁶ Al respecto, el artículo 61 matiza que, cuando la legislación aplicable supedita la concesión de determinadas prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, no se tendrán en cuenta los períodos de empleo o de actividad por cuenta propia cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro, salvo en caso de que dichos períodos se hubieran considerado períodos de seguro de haberse cumplido con arreglo a la legislación aplicable.

obligado a totalizar, reconocer, calcular y asumir el coste de una prestación por desempleo por la que, previamente, apenas ha recibido aportación alguna, vía cotizaciones, por parte de la persona beneficiaria, cuestión que ha despertado no pocos recelos por parte de los Estados miembros.

En un intento de atenuar dichos recelos, y con la intención de establecer cierto equilibrio económico entre los Estados intervinientes en la totalización, la propuesta de reforma de los Reglamentos del año 2016⁷ propone que esta quede supeditada al hecho de que el interesado haya cubierto en último lugar un período mínimo de tres meses de seguro, empleo o actividad por cuenta propia con arreglo a lo dispuesto en la legislación con arreglo a la cual se solicitan las prestaciones⁸.

En el caso de que la persona desempleada no cumpla este requisito por ser el período acreditado inferior a tres meses, tendrá derecho a las prestaciones por desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que haya cubierto anteriormente dichos períodos en las condiciones y con arreglo a las limitaciones establecidas en un artículo de nueva creación, el 64 bis, que dispone para estos supuestos que el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeta anteriormente la persona desempleada pasará a ser competente para abonar las prestaciones por desempleo. Estas serán abonadas con cargo a la institución competente durante el período establecido en el artículo 64, apartado 1, letra c), relativo a la exportación de la prestación, si la persona desempleada se pone a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro donde haya estado asegurado en último lugar y cumple las condiciones que establezca la legislación de dicho Estado miembro.

No obstante, ese equilibrio económico que pretendía establecer la propuesta de la Comisión del año 2016 ha parecido excesivo, teniendo en cuenta las propuestas del Parlamento Europeo y del Consejo de los años 2019 y 2021 donde se reduce dicho período de seguro, empleo o actividad por cuenta propia previa de tres meses a uno, si bien se exige aquí de manera ininterrumpida.

3. El cálculo de la prestación por desempleo en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y su total ausencia en la propuesta de modificación

Por lo que respecta a las disposiciones relativas al cálculo de la prestación por desempleo, estas se encuentran reguladas en el artículo 62 del Reglamento (CE) nº 883/2004. Su apartado primero establece 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

⁷ *Cit.* Propuesta Comisión 13.12.2016.

⁸ En palabras de la propia Comisión “Se cree que la opción preferida garantizará una relación más estrecha entre las instituciones competentes para proporcionar las prestaciones por desempleo y dará lugar a unos ahorros de posiblemente 41 millones EUR, si bien con una distribución de costes dispar entre los Estados miembros”. *Ibidem*.

suelo 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. De esta manera, la base sobre la que debe calcularse la prestación será la del empleo o actividad desarrollado en último lugar⁹.

En su apartado segundo, el artículo 62 establece idéntica regla de aplicación en aquellos supuestos en los 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, siendo irrelevante que el interesado haya estado sujeto durante la totalidad o una parte de ese período a la legislación de otro Estado miembro.

Siendo así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 del Reglamento, resultan irrelevantes a efectos del cálculo de la prestación las retribuciones percibidas en otros Estados miembros en los que se haya prestado servicios con anterioridad, 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 Estados.

Ahora bien, a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia en su sentencia *ZP*¹⁰, esta última apreciación debe tomarse, cuando menos, con cierta cautela¹¹. En ella, el Tribunal parece habilitar la posibilidad de que puedan tenerse en cuenta otros períodos cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros si estos son necesarios a efectos de completar el período de referencia exigido, al establecer 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”, concluyendo que “la no consideración de la referida retribución porque, durante una parte del período de referencia previsto por el Estado miembro de que se trata a efectos del cálculo del importe de la prestación por desempleo, el interesado haya estado sujeto a la legislación de otros Estados miembros provoca que un trabajador que haya hecho uso de su derecho a la libre circulación sea objeto de un trato menos favorable que aquel que haya desempeñado toda su actividad profesional exclusivamente en ese único Estado miembro”.

Dado que este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se produjo en enero de 2020, ni la propuesta de modificación del Reglamento de la Comisión del año 2016, ni la del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2019 contemplan apreciación alguna respecto de las reglas para el cálculo de la prestación por desempleo. Sin embargo, pese a ser ya conocida, tampoco la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2021 contempla modificación alguna en la regulación del artículo 62 en la línea interpretativa expuesta.

⁹ El cálculo de la prestación se hace sobre la base de la “remuneración perdida”. SERRANO GARCÍA, Juana María, *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Albacete, Altabán Ediciones, 2005, p. 89.

¹⁰ STJUE de 23 de enero de 2020 (asunto C-29/19, ZP).

¹¹ PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, 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, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Volumen 5, Número 1, 2020.

4. La exportación de la prestación por desempleo en el Reglamento (CE) nº 883/2004 y su propuesta de modificación

La exportación de la prestación por desempleo ofrece a la persona desempleada la posibilidad de desplazarse a otro Estado miembro en busca de un nuevo empleo conservando, aunque limitada en el tiempo, su percepción¹². A la limitación en el tiempo señalada se suma el hecho de que, tanto este desplazamiento como la correspondiente exportación de la prestación por desempleo, se encuentra sujeta a unos requisitos formales y temporales, que dan cuenta del carácter territorial que sigue impregnando esta prestación¹³.

Su regulación se contempla en el artículo 64 del Reglamento, en el que se establece que la persona desempleada que cumpla los requisitos de la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a prestaciones y que se desplace a otro Estado miembro para buscar un empleo, conservará su derecho a prestaciones por desempleo en metálico¹⁴, si bien, como se ha indicado, este derecho está sujeto a ciertas condiciones y límites.

En primer lugar, como se ha señalado, el Reglamento (CE) nº 883/2004 condiciona la exportación de las prestaciones a que el motivo del desplazamiento a otro Estado miembro sea para realizar en él una búsqueda de empleo, estableciendo una serie de requisitos que debe cumplir la persona desempleada que quiera ejercer su derecho a la exportación de prestaciones. Unos deben cumplirse en el Estado de origen y otros en el Estado de acogida.

Por un lado, debe registrarse como demandante de empleo antes de su salida y ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante un plazo mínimo de cuatro semanas¹⁵, aunque los servicios o instituciones competentes pueden autorizar la salida antes de dicho plazo. Guarda silencio el Reglamento (CE) nº 883/2004 acerca de los supuestos que permitirían esta salida prematura¹⁶. Tan solo la Recomendación U2 contempla una circunstancia que posibilitaría una salida antes de dicho plazo, permitiendo a la persona que se encuentra en situación de desempleo

¹² Lo que en palabras de Novales Bilbao implica una “supresión limitada de las cláusulas de residencia”. NOVALES BILBAO, Alfredo, 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*, Número 142, 2019, p. 110.

¹³ Arrieta Idiákez llama la atención acerca de la “naturaleza territorial” de las prestaciones por desempleo. ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier, La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, En: ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier (Coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2014, p. 218.

¹⁴ Tanto las “contributivas” como las “asistenciales”, SÁNCHEZ – RODAS NAVARRO, Cristina, Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable, En: ROALES PANIAGUA, Esperanza (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*, Murcia, Ediciones Laborum, 2014, p. 93.

¹⁵ A contar desde el inicio de la situación de desempleo y sin que sea exigible su carácter ininterrumpido, tal y como estableció el Tribunal de Justicia en su Sentencia Rydergard. STJUE de 21 de febrero de 2002, (asunto C-215/00, Rydergard).

¹⁶ Tampoco lo hace el Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, de aplicación. DO N° L284/1, de 30 de octubre de 2009.

total, y que cumple todos los demás requisitos para la exportación de la prestación, que acompañe a su cónyuge o pareja de hecho que haya aceptado un empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente¹⁷. En esta línea, sería conveniente desarrollar normativamente esta posibilidad que ofrece el artículo 64, evitando así su discrecionalidad en manos de cada uno de los Estados miembros, tipificando los supuestos que permitirían una salida del Estado competente antes de este plazo mínimo de cuatro semanas de puesta a disposición.

Una vez en el Estado de destino, la persona desempleada debe registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro de acogida y someterse a los procedimientos de control que tenga establecidos. Se considerará cumplido este requisito si se procede según lo indicado dentro de los siete días siguientes a aquel en que dejó de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente.

En lo concerniente a la duración de la prestación exportable, el Reglamento (CE) n° 833/2004 establece período de tres meses¹⁸. Esta duración comenzará a computarse a partir de la fecha en la que la persona desempleada haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente. Tal vez consciente de lo limitado de este período, prevé el Reglamento (CE) n° 833/2004 la posibilidad de su ampliación por parte de la institución competente hasta un máximo de seis meses. A este respecto, debe señalarse que es el Estado competente el responsable de valorar cada caso concreto a la hora de conceder o no este derecho de ampliación del plazo de exportación de prestaciones; es decir, valorar y admitir, o no, las causas excepcionales que permitirían tal ampliación¹⁹. Surge en esta cuestión una nueva vía de discrecionalidad en manos de los Estados miembros, en cuanto que no establece el Reglamento cuáles serían las causas excepcionales que permitirían esta posible prórroga en la exportación de la prestación. Sería conveniente, por tanto, su tipificación en busca de cierta equidad y seguridad jurídica, por ejemplo, en el articulado del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación, o recurriendo a la vía de las Recomendaciones.

Regula también el artículo 64 del Reglamento (CE) n° 833/2004 la posibilidad de recuperación de la prestación por desempleo en aquellos supuestos de personas desempleadas que regresan al territorio del Estado competente antes de que finalice el período de exportación de prestación reconocido. Esta posibilidad de recuperación implica el derecho a continuar con la percepción de la prestación por desempleo reconocida antes de producirse la exportación a otro Estado miembro. Descontando, obviamente, el período ya consumido en régimen de exportación.

¹⁷ Recomendación U2, de 12 de junio de 2009, relativa a la aplicación del artículo 64, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n° 833/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, a desempleados que acompañen a su cónyuge o pareja de hecho que ejerza una actividad profesional en un Estado miembro distinto del Estado competente. DO N° C106/51, de 24/04/2010.

¹⁸ Siempre y cuando esta duración máxima de tres meses no supere el período de tiempo de prestación pendiente de disfrute por parte del interesado.

¹⁹ Como consideró el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 21 de marzo de 2018, (asunto C-551/16, Schiphorst) y 20 de marzo de 1979, (asunto 139/78, Coccioni).

Para ello, establece el artículo 64 que el retorno al Estado miembro competente con derecho a recuperación de la prestación puede hacerse “en la fecha de expiración del período en el que tenga derecho a prestaciones [...] o antes de esa fecha”. Dicho de otra forma, si la persona beneficiaria de la exportación no regresara al Estado miembro competente en la fecha de expiración del período reconocido, o antes de la misma, perdería todo derecho a prestaciones conforme a la legislación de dicho Estado miembro, salvo que las disposiciones de esa legislación fueran más favorables.

Vistos los condicionantes señalados de la exportación de la prestación por desempleo, no cabe duda de que el aspecto más controvertido es lo limitado de su duración. Resulta sencillo ver la dificultad del desplazamiento a otro Estado miembro, con todas las implicaciones personales y burocráticas que esto supone, y realizar una plena búsqueda de empleo en un plazo máximo de tres meses, sin la garantía cierta de una hipotética prórroga hasta un máximo de seis meses.

Consciente de esta dificultad, la propuesta de modificación de los Reglamentos del año 2016 contempla un plazo de exportación de la prestación por un periodo inicial de seis meses, en lugar de los tres meses que contempla la regulación actual, prorrogables por los servicios o instituciones competentes hasta la duración máxima de prestación reconocida. Pese a dejar, nuevamente, en manos de cada uno de los Estados miembros la potestad para valorar y autorizar una prórroga de la exportación, la ampliación del período inicial de exportación a seis meses parece ajustarse mejor a las exigencias de una búsqueda activa de empleo con ciertas garantías de éxito en el Estado miembro de acogida.

Sobre este particular, tanto la propuesta del año 2019 como la del 2021 del Parlamento Europeo y del Consejo contemplan idéntica modificación que la planteada por la Comisión en el año 2016.

5. Particularidades en materia de desempleo del Reglamento (CE) nº 883/2004 aplicables a los trabajadores que residen en un Estado miembro distinto del competente y su propuesta de modificación

Pese a que tiende a pensarse que los Reglamentos de coordinación tutelan únicamente la protección de un desplazamiento “tipo” de trabajadores entre Estados miembros para desarrollar una actividad profesional, es decir, aquel que conlleva también un cambio de residencia, lo cierto es que la norma de coordinación resulta también de aplicación a aquellos trabajadores que se desplazan a otro Estado miembro para realizar una actividad laboral, al tiempo que mantienen su residencia en el Estado de origen²⁰. Esta presencia al mismo tiempo en dos Estados distintos, el de trabajo y el de residencia, hizo necesari-

²⁰ Aplicables tanto a quienes tienen la condición de fronterizos según lo dispuesto en el artículo 1, letra f), del Reglamento (CE) nº 883/2004, como a aquellos que no, a quienes resulta de aplicación la Decisión Nº U2, de 12 de junio de 2009, relativa al ámbito de aplicación del artículo 65, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere al derecho a las prestaciones de desempleo de las personas en situación de desempleo total, que no sean trabajadores fronterizos, residentes

ria la configuración de ciertas disposiciones particulares en materia de desempleo que garantizaran el derecho a la libre circulación en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores migrantes “tipo”, así como la percepción de la prestación por desempleo en las condiciones más favorables mientras buscan un nuevo empleo²¹.

En la ardua tarea de determinar la legislación que resulta aplicable, además de los dos elementos señalados, Estado de empleo y Estado de residencia, en el *status* jurídico de la persona desempleada que en el momento de su última actividad residía en un Estado miembro distinto del de empleo o actividad concurre un tercer elemento: el tipo de desempleo que le afecta. En función de su naturaleza parcial o total, entrará en juego la legislación del Estado de empleo o la legislación del Estado de residencia y, en consecuencia, el Estado competente en materia de prestaciones por desempleo²².

Teniendo esto en cuenta, el Reglamento (CE) n° 883/2004 regula en su artículo 65 las normas de determinación de la legislación aplicable a las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del competente. En su apartado primero establece que las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente, recibiendo prestaciones con arreglo a la legislación de dicho Estado y a su cargo, como si residieran en dicho Estado miembro.

Si no existe vínculo laboral alguno con el Estado miembro de empleo, debe entenderse que dicha situación es de paro total, estableciendo al respecto el artículo 65, en su apartado segundo, que las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él, se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, percibiendo a cargo de este último las prestaciones por desempleo.

Habilita, a continuación, el artículo 65, para este colectivo concreto, una doble posibilidad al permitir también su puesta a disposición ante los servicios de empleo del

en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado miembro competente durante su último período de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. DO N° C106/43, 24/04/2010.

²¹ Finalidad invocada de manera recurrente en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Por todas, STJUE de 15 de diciembre de 1976, (asunto 39/76, Mouthaan).

²² La Decisión N° U3, de 12 de junio de 2009, relativa al ámbito de aplicación del concepto “desempleo parcial” aplicable a las personas desempleadas a que se refiere el artículo 65, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO N° C 106/45, 24/04/2010), recogiendo los criterios establecidos previamente en la STJUE de 15 de marzo de 2001, (asunto C-444/98, De Laet), estableció que la determinación de la naturaleza del desempleo, parcial o total, dependía de la existencia o del mantenimiento del vínculo laboral entre las partes. Es decir, cuando la actividad haya quedado en suspenso, aunque con la posibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo en cualquier momento, tal situación resulta asimilable a la de desempleo parcial, implicando que las prestaciones correspondientes han de ser abonadas y sufragadas por el Estado miembro de empleo. En caso contrario, esto es, personas sin vínculo laboral alguno con el Estado miembro de empleo, deben considerarse en situación de desempleo total, siendo reconocidas las prestaciones por desempleo por la institución del Estado de residencia y a su cargo.

Estado donde haya desarrollado su último empleo o actividad antes de la situación de desempleo. Así, dispone el apartado tercero que las personas desempleadas en situación de paro total deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, sometiéndose a sus procedimientos de control y debiendo cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Si, además, optan por registrarse como demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya desempeñado su último período de empleo o actividad, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro²³. Es decir, ofrece también la posibilidad de una puesta a disposición en el Estado de empleo.

Una cuestión importante en la que debe incidirse reside en que esta puesta a disposición, de manera complementaria, ante los servicios de empleo del Estado de último empleo o actividad, difiere en función de si se trata de un trabajador que ostenta la condición de fronterizo, o no. En el supuesto de trabajadores fronterizos²⁴, lo es únicamente a efectos de políticas activas de empleo, nunca a efectos de prestaciones por desempleo, que siguen siendo abonadas por el Estado de residencia. Por tanto, aún en los supuestos en los que la persona desempleada en situación de paro total, con la condición de fronteriza, opte por ponerse también a disposición de los servicios de empleo del Estado donde haya desarrollado su última actividad, las prestaciones seguirán corriendo a cargo del Estado de residencia.

En busca de cierto equilibrio económico entre los Estados intervinientes, los apartados 6, 7 y 8 del artículo 65 regulan un régimen de reembolsos de prestaciones por parte del Estado de última actividad al Estado de residencia. Un sistema de reembolsos que oscila entre los tres y cinco meses, en función de la duración de los períodos de actividad por cuenta ajena o propia cubiertos por la persona beneficiaria en el Estado de empleo o actividad, y cuya escasez y dificultad aplicativa ha querido corregirse en las propuestas de modificación de los Reglamentos mediante la alteración de las reglas para la determinación de la legislación aplicable que se expondrán a continuación.

Respecto de aquellos trabajadores que no ostentan la condición de fronterizos, el párrafo final del artículo 65.2 recoge una particularidad aplicable a las personas desempleadas no fronterizas en paro total que residen en un Estado miembro distinto del Estado competente. Para ellas, a diferencia de lo indicado *supra* respecto de las que tienen la condición de fronterizas, el artículo 65.2 *in fine* dispone que, de no regresar a su Estado miembro de residencia, deben ponerse a disposición de los servicios de empleo el Estado miembro de su último empleo, habilitando así ambas posibilidades.

Por tanto, a diferencia de lo que ocurre con las personas en desempleo total que ostenten la condición de fronterizas, este colectivo de personas desempleadas, de no

²³ El Reglamento (CE) n° 987/2009 contiene en su artículo 56 las disposiciones procedimentales de esta puesta a disposición ante los servicios de empleo del Estado de última actividad por parte de la persona desempleada en paro total.

²⁴ A quienes el artículo 1, letra 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.”

regresar a su Estado de residencia, deben ponerse necesariamente a disposición de los servicios de empleo del Estado de su última actividad, algo que, para los fronterizos, podía hacerse de manera complementaria o adicional y, además, a efectos únicamente de medidas activas de empleo, nunca con contenido prestacional. En este caso, el trabajador no fronterizo dispone de una doble posibilidad: volver a su Estado de residencia y ponerse a disposición de sus servicios de empleo, o permanecer en el Estado de su último empleo y ponerse a disposición de los servicios de empleo de este último. Esta puesta a disposición es, además, a todos los efectos, prestaciones y políticas activas de empleo, lo que constituye una situación más ventajosa para este colectivo.

Contiene también el artículo 65 *bis* del Reglamento (CE) nº 883/2004 unas disposiciones especiales relativas a los trabajadores fronterizos por cuenta propia en situación de desempleo total en aquellos supuestos en los que el Estado de residencia carezca de un sistema de prestaciones de desempleo para trabajadores por cuenta propia.

En su apartado primero dispone que un trabajador fronterizo, en situación de desempleo total, que haya completado períodos de seguro o de actividad por cuenta propia, pero cuyo Estado de residencia haya notificado la imposibilidad de estar cubierta por un sistema de prestaciones de desempleo, deberá registrarse en los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad como trabajador por cuenta propia y ponerse a su disposición, cumpliendo en todo caso los requisitos que establezca la legislación de este último Estado miembro a efectos de prestaciones. Como medida complementaria, podrá ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia. En este caso, el abono de la prestación corresponderá al Estado donde la persona en desempleo total, previamente trabajador por cuenta propia, haya estado sujeto en último lugar.

Para este colectivo y situación concreta, regula también el artículo 65 *bis* una situación más favorable en relación con la exportación de la prestación por desempleo. En su apartado tercero se establece que la persona en situación de desempleo total que no desee estar o mantenerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad y desee buscar trabajo en el Estado miembro de residencia, podrá exportar su prestación a este Estado, pudiendo ampliar la institución competente el período de exportación reconocido hasta el final del período con derecho a prestaciones. Así, frente al período máximo de exportación de seis meses reconocido en el actual artículo 64 del Reglamento como criterio general, la posibilidad reconocida en el artículo 65 *bis* a este colectivo representa una condición más favorable y, a la vez, más compatible con el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación.

En lo que respecta a las reglas de totalización de períodos, no presenta especial complejidad su aplicación a este particular colectivo, siendo plenamente válidas las reglas generales expuestas en el punto 2 de este trabajo.

Sí presenta, sin embargo, cierta variación respecto al cálculo de las prestaciones por desempleo, fundamentalmente motivadas por el salario a tener en cuenta para dicho cálculo. Como se ha señalado, el Reglamento (CE) nº 883/2004 remite en su artículo 62, apartados primero y segundo, al salario percibido por el solicitante en el último

empleo o actividad bajo la legislación de la institución competente. En el supuesto de una persona desempleada en situación de paro total que en el momento de su última actividad residía en un Estado miembro distinto del de empleo, dicha institución es la del Estado de residencia quien, por aplicación directa del artículo 62, debería hacer el cálculo de la prestación sobre un salario ficticio, al no poder acreditar el solicitante un último período de empleo o actividad bajo su legislación. Esta situación se resuelve en el apartado tercero del propio artículo 62 donde, recogiendo el criterio establecido por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Fellinger*²⁵, se regula la obligación para la institución del lugar de residencia de tener 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 por cuenta propia.

Por lo que respecta a la posibilidad de exportación de la prestación por desempleo de este colectivo, el Reglamento habilita esta posibilidad, si bien el desplazamiento y la exportación debe hacerse a un tercer Estado distinto del de último empleo ya que, de producirse un desplazamiento al Estado de último empleo, se activaría nuevamente la competencia de este en materia de prestaciones y no estaríamos hablando de una prestación exportada en sentido propio²⁶.

La propuesta de la Comisión para la modificación del Reglamento (CE) nº 833/2004, del año 2016, contempla también la modificación de determinados aspectos de las disposiciones particulares en materia de desempleo aplicables a las personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, alterando parte de los criterios actualmente en vigor para la determinación del Estado de puesta a disposición y del abono de la prestación condicionados al cumplimiento de determinados periodos mínimos de seguro, empleo o actividad por cuenta propia.

Permanece inalterado en las propuestas de modificación de los Reglamentos de coordinación lo dispuesto para las personas en situación de desempleo parcial que durante su último período de actividad, por cuenta ajena o propia, hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, debiendo ponerse a disposición de su empleador o de los servicios de empleo del Estado miembro competente, percibiendo las prestaciones con arreglo a dicha legislación como si residieran en dicho Estado miembro.

La novedad de la propuesta del año 2016 radicó en la alteración de los criterios para la determinación de la institución competente para las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hubieran residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y no hubieran cumplido, como mínimo, doce meses de seguro de desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro competente. En estos supuestos, deberían ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, recibiendo las

²⁵ STJUE de 28 de febrero de 1980, (asunto 67/79, *Fellinger*).

²⁶ Tal y como interpretó el Tribunal de Justicia en la STJUE de 7 de marzo de 1985, (asunto 145/84, *Cochet*).

prestaciones con arreglo a la legislación de este Estado como si hubieran cumplido todos los períodos de seguro con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, y a su cargo. En caso contrario, es decir, habiendo cumplido doce meses de seguro de desempleo con arreglo a la legislación del Estado miembro competente podría optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo de ese Estado miembro y recibir prestaciones de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro como si residiera allí.

En el caso de que la persona en situación de desempleo total no deseara estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente, optando por buscar trabajo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro en el que haya ejercido su último período de actividad, le serían de aplicación las disposiciones relativas a la exportación de prestaciones del artículo 64. En estos supuestos, la modificación propuesta de modificación del año 2016 exime del requisito de haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo para poder exportar su prestación, tal y como contempla este artículo para los supuestos ordinarios de exportación de prestaciones. Además, a su favor, la propuesta contempla la posibilidad de que la institución competente pueda ampliar el período de prestación exportada hasta el final del período de derecho prestaciones reconocido.

En la propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo del año 2019, este período mínimo de trabajo por cuenta ajena o propia con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, necesario para la determinación de una u otra legislación aplicable, se reduce a seis meses ininterrumpidos. Acorde con la propuesta de modificación, de no acreditarse este período mínimo, la persona desempleada debería ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia, recibiendo prestaciones con arreglo a la legislación dicho Estado como si hubiera completado en él todos los períodos de seguro, empleo o trabajo por cuenta, y a su cargo.

Por su parte, la propuesta de modificación del año 2021 contempla, a la hora de determinar la legislación aplicable a estos supuestos, un doble y alternativo período de referencia. El cumplimiento de un período ininterrumpido de tres meses de seguro, empleo o trabajo por cuenta propia, o bien un período interrumpido de seis meses de seguro, empleo o trabajo por cuenta propia durante un período de 24 meses exclusivamente bajo la legislación de la Estado miembro competente. Como en las propuestas anteriores, el cumplimiento o no de dichos periodos implicaría la sujeción a una u otra legislación, Estado de empleo o Estado de residencia.

6. Conclusiones

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, las disposiciones aplicables a la prestación por desempleo contenidas en el actual Reglamento (CE) n° 883/2004, de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) n° 987/2009, de

aplicación, contemplan aún ciertas particularidades que presentan un difícil encaje con la libre circulación de trabajadores.

Frente a la libertad de circulación de la que disfrutaban las personas beneficiarias de otro tipo de prestaciones, por ejemplo, de jubilación, los Estados miembros han querido mantener para la prestación por desempleo ciertas limitaciones causales y/o territoriales, por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de su exportación, bajo la justificación de que son personas que pueden reincorporarse nuevamente a su mercado de trabajo. No obstante, bajo este mantra se esconde la renuencia de los Estados miembros a que las prestaciones por desempleo que conceden puedan redundar en otro Estado o, lo que sería peor, tener que asumir el coste de unas prestaciones por desempleo de personas desempleadas de las que no han recibido apenas aportación económica previa vía cotizaciones sociales.

Prueba de esto es el hecho de que las principales novedades que introducen las propuestas de modificación de los Reglamentos de coordinación de los años 2016, 2019 y 2021 están dirigidas a corregir los desequilibrios económicos que puedan darse entre Estados miembros por aplicación de dicha regulación. Bien modificando las reglas de totalización con la exigencia de un período mínimo de empleo o actividad bajo la legislación de la institución competente para el reconocimiento y pago de la prestación, bien alterando los criterios para la determinación de la legislación aplicable e institución competente en supuestos de personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del competente.

Sin embargo, otros aspectos que han sido señalados y que ofrecerían una mayor seguridad jurídica a la persona desempleada beneficiaria de prestaciones por desempleo, y una mayor garantía para su libertad de circulación como, por ejemplo, el establecimiento expreso de las situaciones y condiciones habilitantes de la prórroga de la prestación exportada, parecen no ser del todo prioritarias para los Estados miembros.

Finalmente, cabe señalar que la demora en la modificación de los Reglamentos de coordinación no parece jugar tampoco a favor de las garantías para la plena libertad de circulación de las personas desempleadas receptoras de prestaciones por desempleo. Así, las propuestas de modificación presentadas por la Comisión en diciembre de 2016 no coinciden ya plenamente con las contenidas en las también fallidas propuestas del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea para la modificación de las normas en materia de coordinación de la Seguridad Social de los años 2019 y 2021.

7. Bibliografía

ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier, La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea, En: ARRIETA IDIÁKEZ, Francisco Javier (Coord.), *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2014.

MIRANDA BOTO, José María, El estadio previo: Algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria, En: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cris-

- tina (Coord.), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008.
- MIRANDA BOTO, José María, El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión europea, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, Número 102, 2013.
- NOVALES BILBAO, Alfredo, 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*, Número 142, 2019.
- PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, 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, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, Volumen 5, Número 1, 2020.
- PAZÓ ARGIBAY, José Manuel, *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia*, Madrid, Ediciones Cinca, 2021.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable, En: ROALES PANIAGUA, Esperanza (Dir.), *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)*, Murcia, Ediciones Laborum, 2014.
- SERRANO GARCÍA, Juana María, *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, Albacete, Altabán Ediciones, 2005.