

LA BÚSQUEDA DE EMPLEO POR LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SU PROTECCIÓN SOCIAL

(Premio Mejor Comunicación ex aequo)

Esther Guerrero Vizuite
*Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Rovira i Virgili

Sumario

1. Derecho a la libre circulación y trabajadores migrantes desempleados
 - 1.1. Contenido material del derecho de libre circulación.
 - 1.2. El concepto comunitario de trabajador
2. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social: un presupuesto necesario para la efectividad del derecho de libre circulación de trabajadores
 - 2.1. Alcance de la protección por desempleo de los trabajadores migrantes en búsqueda de empleo
 - 2.2. ¿Un seguro de desempleo **europeo**?

1. Derecho a la libre circulación y trabajadores migrantes desempleados

La movilidad de la mano de obra figura tradicionalmente entre los objetivos de las normas comunitarias en materia de empleo. Su presupuesto de partida es la canalización de los flujos migratorios con el fin de combatir la pobreza y la exclusión social, por cuanto éstos se erigen en obstáculos que impiden la consecución de un alto nivel de empleo. Reiteradamente, los preámbulos normativos han destacado la necesidad de luchar contra el desempleo favoreciendo un auténtico mercado laboral europeo. En su realización juega un papel imprescindible el derecho a la libre circulación de los trabajadores, cuya formulación a nivel normativo se consagra en primer término en el artículo 20 del TFUE, si bien con un carácter generalista al reconocer a todo ciudadano comunitario el derecho a circular y residir libremente por el territorio de los Estados miembros, para posteriormente, y con un alcance más restringido, quedar enmarcado en el artículo 45 del TFUE, centrandlo su contenido en la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las condiciones de trabajo. Posteriores disposiciones han venido a concretar su ámbito personal y material de aplicación⁴³⁸. El derecho a la libre circulación de personas así recogido no implicó tan solo la desaparición de las fronteras administrativas de la Unión Europea y la consecución de un mercado común interior de personas, mercancías y capitales. Más allá de su formulación programática, estamos ante un derecho que supuso una importante transformación en el ámbito del empleo, mutando “las antiguas migraciones internacionales europeas en migraciones internas o intra-UE”⁴³⁹. El tránsito de trabajador emigrante a trabajador comunitario en búsqueda de empleo requirió de la formulación de un conjunto de principios que ordenasen la situación de quienes hacían efectivo su ejercicio, tanto desde el punto de vista de la aplicación del derecho a la igualdad de trato como desde el ámbito de la protección social que debía dispensarse a estos trabajadores. Para ello, el presupuesto de partida debía ser la identificación de su ámbito subjetivo, siendo preciso delimitar cuestiones vinculadas tanto al contenido material del derecho reconocido como a la concreción del concepto de trabajador en sentido comunitario.

1.1. Contenido material del derecho de libre circulación

La efectividad material de la libre circulación trata de alcanzarse mediante el reconocimiento de una serie de derechos tanto sustantivos como instrumentales. Entre los primeros se alinean a) el derecho a beneficiarse de las mismas prioridades que los nacionales del Estado miembro en el acceso a los derechos disponibles, b) el derecho a ser tratados de la misma forma que los nacionales en el desarrollo de la

⁴³⁸ Directiva 2004/38 de 29 de abril, Directiva 2014/36 de 26 de febrero, Directiva 2014/54 de 16 de abril, Reglamento 492/2011 de 5 de abril entre otros.

⁴³⁹ CHUECA SANCHO, Ángel G.- AGUELO NAVARRO, Pascual: “La libertad de circulación de trabajadores en el Espacio Económico Europeo”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 35, 2014, p. 83

prestación laboral, c) derecho a la igualdad de trato en materia de afiliación sindical y ejercicio de los derechos sindicales y d) derecho a las mismas ventajas sociales y fiscales previstas para los nacionales del Estado miembro⁴⁴⁰. Entre los derechos de carácter instrumental se sitúa el derecho a desplazarse por el territorio de la Unión para buscar un empleo respondiendo a ofertas efectivas de trabajo (art. 45.3 TFUE). Un derecho éste último que requiere para su implementación de la previa existencia de una red supranacional que permita obtener información sobre los empleos disponibles adecuados a la cualificación profesional del demandante de empleo en los distintos Estados miembros. A esta necesidad de información responde la Red Europea de Servicios de Empleo (EURES), pieza clave en el ejercicio del derecho de libre circulación materializado en esa vertiente instrumental, facilitando a quien busca un empleo el conocimiento de las vacantes existentes en otros Estados miembros, favoreciendo así el desplazamiento para responder a las ofertas efectivas de trabajo. Una búsqueda que, sin embargo, puede realizarse también al margen de la red EURES. En este supuesto, el trabajador migrante puede desplazarse al territorio de otro Estado miembro y realizar *in situ* la búsqueda de empleo. Ante esta situación, tendrá derecho a recibir la misma asistencia que la que las oficinas de empleo de ese Estado conceden a los nacionales que se encuentren en la misma situación (art. 5, Reglamento 492/2011). La búsqueda de empleo trasciende así las fronteras de los Estados, ampliando las posibilidades del trabajador desempleado de subvertir su situación.

La búsqueda de empleo, tanto si se lleva a cabo directamente en el propio territorio de un Estado miembro como si obedece a una previa selección de las ofertas de empleo existentes, implica un derecho a desplazarse y residir libremente en otro territorio. No obstante, no se trata de un derecho absoluto. La Directiva 2004/38 conecta el ejercicio del derecho de residencia de los nacionales comunitarios a unos plazos temporales, requiriendo en cada uno de ellos el cumplimiento de unos presupuestos para su correcta aplicación⁴⁴¹. Debe señalarse que, salvo motivos de seguridad, salud u orden públicos, no puede adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos comunitarios si tienen la consideración de trabajadores por cuenta propia o ajena o entraron en el territorio de un Estado miembro para buscar un empleo y puede demostrarse que siguen buscándolo activamente y tienen posibilidades reales de ser contratados. En consecuencia, el

⁴⁴⁰ Estos derechos se encuentran contenidos en el Reglamento 492/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión

⁴⁴¹ En este sentido, si la entrada en el Estado miembro no va a alcanzar una duración superior a los 3 meses, los ciudadanos comunitarios no están sometidos a formalidad alguna, bastando para ejercer su derecho de entrada y residencia la posesión de un documento nacional de identidad o pasaporte válidos. En el supuesto de que la residencia se prolongue durante más de 3 meses, la titularidad del derecho se conecta a la condición económicamente activa del ciudadano, de tal modo que si el sujeto no entra dentro de esta categoría, el derecho de residencia se hace depender de la posesión de recursos económicos suficientes así como de un seguro completo de enfermedad, evitando de esta forma que se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado de acogida. Por último, la residencia permanente se obtiene tras haber residido legalmente durante un periodo continuado de 5 años en el Estado de acogida, a partir de cuyo momento podrán permanecer en su territorio sin necesidad de cumplir ninguna condición, incluida la posesión de recursos suficientes o de un seguro de enfermedad.

ejercicio del derecho a desplazarse y residir en el territorio de un Estado miembro se conecta a la condición laboral del ciudadano que lo ejercita, al distinguir la norma comunitaria entre ciudadanos activos e inactivos económicamente. Como apunta PÉREZ CAMPOS, ante la falta de una regulación específica en lo que se refiere a la búsqueda de empleo, la tendencia actual impulsada por la situación de crisis económica, se orienta hacia un mayor control de los ciudadanos europeos en lo que respecta al ejercicio de su derecho de libre circulación, realizándose “propuestas de modificación destinadas a endurecer el acceso a las prestaciones sociales por parte de los ciudadanos que ejercen sus derechos de libre circulación y residencia para buscar empleo o como personas inactivas económicamente”⁴⁴². En este contexto debemos, pues, analizar, si todo sujeto que se desplaza para buscar empleo tiene la consideración de trabajador a efectos de la normativa comunitaria, y poder determinar posteriormente el alcance de su protección social.

1.2 El concepto comunitario de trabajador

Sobre la cuestión de quién debe ser considerado trabajador a efectos del ejercicio del derecho de libre circulación, la jurisprudencia comunitaria ha acogido un criterio amplio, en la medida en que define el ámbito de aplicación de una libertad fundamental prevista en el TFUE, quedando englobada no solo aquella persona que ejerza una actividad real y efectiva en favor de otra, durante un cierto tiempo y a cambio de una retribución⁴⁴³ sino también quienes se desplazan por el territorio de un Estado miembro para responder ofertas efectivas de trabajo⁴⁴⁴ e incluso quienes deseen ejercer una actividad económica, esto es, los demandantes de empleo⁴⁴⁵. El TJUE ha precisado que la condición de trabajador y los derechos que se derivan de la misma no dependen necesariamente de la existencia o permanencia efectiva de una relación laboral, de tal forma que determinados derechos vinculados a la condición de trabajador se garantizan a los trabajadores migrantes, aunque éstos ya no estén vinculados por un contrato de trabajo⁴⁴⁶. Por su parte, la Directiva 2004/38

⁴⁴² LIROLA DELGADO, Isabel: “La sentencia Dano: ¿El punto final de los “malabarismos” del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 36, 2015, p. 3-4.

⁴⁴³ El hecho de que los ingresos de una actividad por cuenta ajena sean inferiores al mínimo vital no impide considerar a la persona que la ejerza como trabajador, aunque la persona que la ejerza trate de completar la remuneración percibida con otros medios de vida, como una ayuda económica procedente de fondos públicos del estado de residencia. STJCE 2009/153 de 4 de junio

⁴⁴⁴ Se considera que una interpretación estricta del derecho de libre circulación comprometería las oportunidades reales de que el nacional de un Estado miembro que busca empleo lo encuentre en los demás Estados miembros. STJCE de 26 de febrero de 1991, Asunto Antonissen, C-292/89.

⁴⁴⁵ En el marginal 21 de la STJCE 15 de septiembre de 2005, Asunto Ioannidis, C-258/04, el Tribunal recuerda que los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro entran dentro del ámbito de aplicación del derecho de libre circulación.

⁴⁴⁶ STJUE 2014/217 de 19 de junio, Asunto Jessy Saint Prix, C-507/12. El Tribunal de Justicia resuelve que las limitaciones físicas relacionadas con el embarazo y el periodo inmediatamente posterior al parto que obliguen a una mujer a dejar de ejercer una actividad por cuenta ajena durante el periodo necesario para restablecerse no pueden privarla, en principio, de la condición de trabajadora en el sentido del artículo 45 TFUE. Una interpretación distinta podría disuadir a las ciudadanas de la Unión de ejercer su derecho a la libre circulación en el supuesto de que corrieran el riesgo perder la condición de trabajadoras en Estado de acogida cuando a causa del embarazo dejan, incluso durante un periodo breve, su trabajo en dicho Estado.

estableció un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador, (art. 7.3). De este modo se utiliza una doble noción de trabajador, estricta (referida a quienes ya trabajan en el Estado de acogida o habiendo trabajado, no están ya vinculados por un contrato laboral) y amplia (nacionales de un Estado miembro que todavía no han entablado una relación laboral en el Estado miembro de acogida en el que buscan empleo)⁴⁴⁷.

La importancia de atribuir la condición de trabajador a los ciudadanos de la Unión que no están activos laboralmente pero buscan un empleo en el territorio de otro Estado miembro reside en que ello implica su inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 45 TFUE y por consiguiente tienen derecho a la igualdad de trato. Un derecho del que se deriva a su vez el acceso a las prestaciones sociales destinadas a facilitar la incorporación al mercado de trabajo en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de acogida. Un asunto sobre el que existe disparidad de criterios dado el trasfondo económico que conlleva. Ante la cuestión de si una prestación financiera destinada a facilitar el acceso al empleo en el mercado laboral de un Estado miembro está incluida en el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato, el Tribunal de Justicia responde en sentido afirmativo, y por tanto, no puede establecerse una distinción por razón de nacionalidad en el percibo de la misma. No obstante, el Estado miembro sí está facultado a exigir un vínculo real entre el demandante de empleo y su mercado laboral, pudiéndose comprobar “mediante la constatación que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro afectado durante un periodo razonable”⁴⁴⁸, correspondiendo a las autoridades y tribunales nacionales no solo cotejar la existencia de ese vínculo real con el mercado de trabajo sino también analizar los elementos constitutivos de esa prestación, particularmente sus objetivos y requisitos de concesión⁴⁴⁹.

En este sentido, son numerosos los pronunciamientos en los que la jurisprudencia comunitaria incluye en el concepto de prestación de Seguridad Social las ayudas destinadas a favorecer la incorporación de trabajadores comunitarios al mercado de trabajo en el Estado de acogida, como es el caso del subsidio belga de espera en favor de los jóvenes que han finalizado sus estudios y estén buscando su primer empleo⁴⁵⁰. Sin embargo, estamos ante una cuestión no exenta de polémicas pues, ante el criterio amplio sostenido por el Tribunal de Justicia europeo en relación a las prestaciones a las que deben tener acceso los comunitarios que buscan empleo en otros Estados miembros, la reacción de los Estados ha sido intentar encuadrar esas prestaciones bajo el concepto de asistencia social.

De este modo, y dado que las mismas están excluidas de la coordinación en materia de Seguridad Social como posteriormente se señalará, se lleva a cabo una aplicación unilateral de las restricciones contenidas en el artículo 24.2 de la

⁴⁴⁷ STJCE de 23 de marzo de 2004, Asunto Collins, C-138/02, marginales 30 y 32

⁴⁴⁸ STJCE de 23 de marzo de 2004, cit., marginales 70 y 72.

⁴⁴⁹ STJCE de 4 de junio de 2009, Asunto Vatsouras, acumulados C-22/08 y C-23/08, marginal 41

⁴⁵⁰ STJUE de 25 de octubre de 2012, Asunto Prete, C-367/11, marginal 26

Directiva 2004/38, en cuya virtud durante los tres primeros meses de residencia, o si procede, el periodo más largo establecido en el artículo 14.4.b de la misma norma, pueden ser denegadas prestaciones sociales a los comunitarios demandantes de empleo y sus familias⁴⁵¹. Un ejemplo de esta forma de proceder lo encontramos en la Sentencia GARCIA -NIETO⁴⁵², donde se ampara la invocación del art. 24.2 por parte del Estado de acogida evitando que personas cuyo derecho de residencia se justifica en la simple búsqueda de empleo puedan acceder, durante los tres primeros meses de residencia, a las prestaciones catalogadas como asistencia social y previstas en el Estado de acogida. En su trasfondo se encuentra el deseo de evitar el llamado turismo social con desplazamientos hacia aquellos Estados miembros que disponen de una Seguridad Social con un “clima más agradable”⁴⁵³, al tiempo que se preserva el equilibrio financiero del correspondiente sistema de Seguridad Social, señalando el Tribunal de Justicia que “dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal periodo”⁴⁵⁴.

En definitiva, el concepto comunitario de trabajador es interpretado con un contenido amplio, extendiéndose no sólo a los que están o han prestado servicios por cuenta ajena sino también a los que desean hacerlo y están buscando empleo. Empero, la realidad de las restricciones que se aplican junto a una protección social limitada, hacen de la búsqueda de empleo en otro Estado miembro una carrera de obstáculos, perpetuando la escasa movilidad laboral de los trabajadores comunitarios junto a una débil protección social.

2. La coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social: un presupuesto necesario para la efectividad del derecho de libre circulación de trabajadores

Incluido el trabajador desempleado en el concepto de trabajador en sentido comunitario, el efectivo ejercicio de la libre circulación requiere de un marco normativo que garantice su realización. A este fin responden las normas sobre

⁴⁵¹ PÉREZ CAMPOS, Ana I.: “Libre circulación de trabajadores y búsqueda de empleo: balance y perspectivas”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 37, 2014, p. 47-48

⁴⁵² STJUE de 25 de febrero de 2016, Asunto García-Nieto y otros, C-299/14. En esta sentencia se discute si es posible excluir de la percepción del seguro básico para demandantes de empleo a los nacionales de otros Estados Miembros que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia o conserven dicha condición durante los tres primeros meses de su residencia en el Estado de Acogida. El Tribunal de Justicia considera que en el caso planteado la prestación controvertida entra dentro del ámbito de las «prestaciones especiales en metálico no contributivas» del artículo 70.2 del Reglamento 883/2004, por lo que únicamente se facilitan, en virtud del apartado 4 de este mismo artículo, en el Estado miembro en el que las personas interesadas residen y de conformidad con la legislación de ese Estado.

⁴⁵³ Conclusiones del Abogado General Sr. L.L. Geelhoed en el asunto Trojani, STJCE de 7 de septiembre de 2004, C-456/02

⁴⁵⁴ STJUE 25 de febrero 2016, cit. marginal 45

coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁴⁵⁵ dirigidas a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de las personas, garantizando a quienes se desplacen dentro de la Unión el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo. La coordinación extiende su ámbito de aplicación a las personas referidas en su art. 2, respecto de toda la legislación relativa a las prestaciones que se enumeran (art. 3) entre las que se incluyen las prestaciones de desempleo, quedando todos ellos acogidos a los beneficios y sujetos a las obligaciones vigentes en el Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario en el propio reglamento (art. 4). Referido concretamente a los que se desplazan buscando empleo la normativa señala la necesidad de velar por una coordinación más estrecha y eficaz entre los regímenes de seguro de desempleo y los servicios de empleo de todos los Estados miembros.

Entre los principios que rigen la normativa comunitaria de coordinación se encuentra el de exportación de prestaciones, en cuya virtud las prestaciones en metálico debidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la institución deudora (art. 7). De este modo, el beneficiario de una prestación de desempleo podrá desplazarse y residir en otro Estado miembro para responder ofertas efectivas de empleo o buscar empleo sin pérdida de la misma. El principal problema viene constituido por la necesaria delimitación, dentro del ámbito de la protección por desempleo, de qué prestaciones son identificables como de Seguridad social, y cuáles son catalogables como prestaciones especiales no contributivas⁴⁵⁶, ya que esta distinción tiene importancia a efectos de su exportabilidad o no. Respecto de las prestaciones por desempleo, contributivas o no contributivas, rige la exportabilidad al estar incluidas en el ámbito del reglamento de coordinación salvo excepción incluida en el Anexo XI del reglamento 883/2004 (art. 3.2). Sin embargo, en lo que se refiere a las prestaciones especiales no contributivas, podemos encontrar ámbitos de fricción. Pongamos como ejemplo la Renta Activa de Inserción española, respecto de la cual la doctrina más autorizada⁴⁵⁷ no tiene dudas sobre su carácter exportable al no cumplir uno de los requisitos que la configuran como prestación especial no contributiva, si bien “la posición de la Administración es la denegación, lo cual obligaría a iniciar un proceso judicial

⁴⁵⁵ La normativa actual se contiene en el Reglamento 883/2004 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DOUE de 30 de abril)

⁴⁵⁶ Conforme al art. 70 del reglamento 883/2004 las prestaciones especiales no contributivas son aquellas que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presentan características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el art. 3.1 como de asistencia social. A continuación delimita su contenido con carácter alternativo en atención a su objeto y a su forma de financiación debiendo figurar incluida, previa notificación, en el Anexo X. La concurrencia de estos requisitos convierte esa prestación en inexportable. *A sensu contrario*, la carencia de cualquiera de ellos, especialmente el de la notificación, la configura como una prestación exportable.

⁴⁵⁷ Véase el análisis que al respecto realiza SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina: “La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿ Buena práctica legislativa? en *Buenas prácticas jurídicas procesales para reducir el gasto social (III)*, Ramírez Bendala (Directora), Laborum, Murcia, 2015, p. 69 y ss.

con el posible planteamiento de una cuestión prejudicial⁴⁵⁸. Estamos ante una cuestión de indudable importancia, pues la mayor efectividad del ejercicio de libre circulación, pasa inevitablemente por considerar la conveniencia de no restringir la exportabilidad de aquellas prestaciones por desempleo involuntario que el comunitario tuviere reconocidas al conformarse éstas en su mejor baza para poder hacer efectivo su derecho de desplazamiento y residencia con el fin de buscar un empleo.

2.1. Alcance de la protección por desempleo de los trabajadores migrantes en búsqueda de empleo

A pesar de su importancia práctica, la exportación de las prestaciones de desempleo está sometida a limitaciones tanto de carácter formal como material. Respecto de las primeras, la persona desempleada debe registrarse como demandante de empleo y permanecer a disposición de los servicios de empleo durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo. La jurisprudencia comunitaria ha precisado que este periodo no tiene por qué ser continuado ni inmediatamente anterior a la salida del Estado de origen⁴⁵⁹, pudiendo ser autorizado el trabajador a salir antes de la conclusión del citado plazo. Una vez efectuada la entrada en el Estado de acogida queda de nuevo sometido a obligaciones formales entre la que figura la entrega a la institución competente de un documento expedido por su homóloga en origen en el que, entre otros datos, figurará el periodo máximo durante el cual puede conservar el derecho a la prestación de desempleo y los hechos que pueden modificar su derecho respecto a la misma. En referencia a su carácter material, la limitación más importante que actualmente existe en el ámbito que analizamos se refiere a su duración, pues el percibo de la citada prestación se restringe a un periodo de tres meses a partir de la fecha en que el interesado haya dejado de estar a disposición del servicio de empleo correspondiente al Estado de procedencia. Este plazo temporal puede ser prorrogado por la institución competente hasta un máximo de 6 meses. Sin embargo, ¿es posible considerar un periodo de tres meses como suficiente para encontrar un empleo en el Estado de acogida? Para la jurisprudencia comunitaria la respuesta tiene un sentido afirmativo. En numerosos pronunciamientos ha señalado que este límite temporal no menoscaba la eficacia de la libre circulación. No

⁴⁵⁸ “Legalmente, pues, es exportable; pragmáticamente, es inexportable”. MIRANDA BOTO, José M.: “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad” en *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro y Fernández Pol (Coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 135

⁴⁵⁹ Miranda Boto, en relación al artículo 69 del reglamento 1408/71 cuyo contenido se refleja en el actual artículo 64, señala que frente a la competencia nacional a la que corresponde definir qué se considera inscripción en la oficina de colocación y cómo se computa ese periodo, el mencionado artículo crea un régimen autónomo, a favor de los trabajadores que solicitan beneficiarse del mismo, que establece una excepción a las normas de Derecho interno... siendo competencia comunitaria la regulación de los elementos principales de ese régimen.

MIRANDA BOTO, José M.: “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”, en *Migrantes y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España*, Laborum, Murcia, 2006, p. 158

obstante, si tenemos en cuenta el tiempo medio de espera actualmente registrado para reincorporarse de nuevo al mercado de trabajo, el obstáculo que esta limitación temporal supone se hace aún más evidente. Los datos muestran que en nuestro país un trabajador con estudios superiores tarda de media 12,7 meses en encontrar trabajo⁴⁶⁰. Y las expectativas no son mejores en otros países de nuestro entorno. Tal es el caso de Francia, en el que el tiempo medio de espera es de poco menos de 12 meses. Evidentemente, y desde un punto de vista práctico, la limitación del percibo de la prestación de desempleo a 3 meses, o 6 en el mejor de los casos, constituye un importante obstáculo a la movilidad laboral que se pretende favorecer desde las instancias comunitarias. A ello debe añadirse el efecto persuasivo que se produce cuando el periodo de cobertura social a la que se tiene derecho es superior a los 90 días. En este supuesto, la norma de coordinación señala la pérdida de todo derecho a la prestación de desempleo que tuviera pendiente de percibir en el Estado de origen salvo que las disposiciones de su legislación sean más favorables (art. 64.2). La norma comunitaria se configura así como una norma de mínimos pudiendo ser mejorada por las normativas nacionales⁴⁶¹. Por tanto, la situación es evidentemente restrictiva: si se tiene derecho a una prestación de desempleo de duración superior a 3 meses, y se reside en búsqueda de empleo en otro Estado miembro, se debe encontrar en el referido plazo, salvo excepción prevista en su normativa, o regresar al Estado de origen para poder seguir disponiendo de ese sostén económico que constituye la prestación de desempleo. En otro caso, la opción de la que dispone es más dramática: permanecer en el territorio del Estado de acogida debiendo acreditar la tenencia de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para su asistencia social. La fragilidad de la protección social se pone de nuevo de manifiesto en el supuesto de que el trabajador migrante encuentre un empleo en el Estado de acogida y lo pierda dentro del referido plazo de 3 meses. El trabajador se encontraría en una doble situación de desamparo: en primer término, si continúa residiendo en el Estado de acogida tendría que batallar con la institución competente para que le reconozca la condición de trabajador y por tanto, pueda acceder a las prestaciones que le permitan subsistir en su territorio en cuanto demandante de empleo⁴⁶². Retomaríamos de nuevo la polémica sobre si este ciudadano se constituiría en una carga excesiva para su asistencia social y por tanto

⁴⁶⁰ El tiempo de espera de un trabajador mayor de 55 años se eleva a los 2 años mientras que los menores de 35 años tardan de media 9 meses. Datos contenidos en el Informe Avance del Mercado laboral, Boletín núm. 107, junio 2016 disponible en www.aseempleo.com

⁴⁶¹ Este es el caso de la española, que permite la suspensión del derecho a percibir la prestación de desempleo por quien traslade su residencia al extranjero para buscar empleo por un periodo continuado inferior a doce meses. Se supedita esta posibilidad a que la salida haya sido previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora. Posteriormente podrá reanudarse la prestación a petición del interesado acreditando la finalización de la causa de suspensión. Art. 271.1. f) y 271.4.b) Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

⁴⁶² En muchos asuntos lo que se discute es si la persona buscó crear una situación que permitiera invocar la condición de trabajadora con el objetivo de conseguir las ventajas vinculadas a dicha condición. Este es el caso de la STJUE de 6 de noviembre de 2003, Asunto Ninni-Orasche, en cuyo marginal 32 se señala que “Un empleo temporal de corta duración ejercido por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le puede conferir la condición de trabajador siempre que la actividad por cuenta ajena desempeñada no tenga un carácter meramente marginal y accesorio”

podría serle denegada la residencia en dicho territorio. La segunda opción es volver a tierra patria, en cuyo caso, si no hubiera agotado la prestación por desempleo que tuviera inicialmente reconocida, y aún retornando en plazo, aquella quedaría extinguida, puesto que el Estado de origen ya no es el competente a efectos de reconocimiento y pago de la prestación, condición que pasa a tener el Estado de acogida en el que se ha desempeñado el último empleo, aunque sea por breve espacio de tiempo. En esta situación se hace evidente la necesidad de proteger mejor a los trabajadores migrantes en búsqueda de empleo. No resulta convincente, tal y como señala CARRASCOSA BERMEJO, que la limitación temporal en la exportación de las prestaciones se fundamente en el control de la capacidad de trabajo del beneficiario, en el establecimiento a su favor de políticas activas de empleo o en sus mayores posibilidades de reincorporación en su propio mercado de trabajo que en el de otro Estado miembro⁴⁶³.

En definitiva, si el principio de exportación de las prestaciones se configura como “una irradiación en el ámbito de la Seguridad social del derecho a la libre circulación de trabajadores”⁴⁶⁴, sería más conveniente hacerlo aún más efectivo ampliando la protección social de los trabajadores migrantes mediante el reconocimiento de un mayor grado de exportabilidad de sus prestaciones por desempleo. Una línea de signo continuista respecto de la regulación actual que recae sobre un derecho ya generado, y evita al propio tiempo los riesgos del turismo social tan temido por algunos Estados miembros y en cierta medida también por las Instituciones comunitarias. Esta ampliación del plazo previsto en el propio reglamento es también demandado por los ciudadanos europeos, señalándose su corta duración como uno de las desventajas de buscar trabajo en otro Estado miembro⁴⁶⁵.

2.2. ¿ Un seguro de desempleo europeo?

Otra opción posible para ampliar la protección social de los migrantes desempleados, de mayor calado pero más en línea con la construcción de una identidad europea, es la creación de un seguro de desempleo común. Una idea que nació en los años 50 y que ha vuelto a resurgir con fuerza a raíz de la grave situación de crisis económica padecida. Sus partidarios aluden a los efectos de redistribución y estabilización, sobre todo éste último, al compartir el riesgo macroeconómico puesto que en caso de crisis económica permitiría estabilizar país por país en lugar del conjunto de la zona euro⁴⁶⁶. En este sentido son diversos

⁴⁶³ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores: “La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71”, CES, Madrid, 2004, p.104

⁴⁶⁴ AYUSO MOZAS, Raúl: “La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 72, 2008, p. 172

⁴⁶⁵ El informe sobre ciudadanía de la Unión Europea (2013) señala que los ciudadanos europeos dudan de buscar trabajo en otro país de la Unión porque les preocupa su situación si no encuentran empleo rápidamente. P. 11. Disponible en www.ec.europa.eu

⁴⁶⁶ Informe registrado por la Comisión de Asuntos Europeos en la Asamblea Nacional Francesa el 19 de enero de 2016 y presentado por el diputado Jean-Patrick Gille. Disponible en www.assemblee-nationale.fr.

los estudios impulsados por la Comisión y el Parlamento europeos en los que se analiza la viabilidad de un régimen europeo de prestaciones de desempleo⁴⁶⁷. En líneas generales sus contenidos plantean dos posibilidades: un seguro de desempleo europeo equivalente (Equivalent EUBS) en el que las transferencias financieras procedentes de un fondo supranacional se producen desde y hacia los Estados Miembros y no directamente a las personas desempleadas, por lo que en principio no afectaría a los sistemas nacionales de protección por desempleo; y un seguro de desempleo europeo genuino (Genuine EUBS) en el que las transferencias financieras del fondo supranacional se dirigen directamente a los desempleados. A su vez, este sistema presenta dos formas: el seguro de desempleo básico (Basic Genuine EUBS) en el que el fondo supranacional paga las prestaciones de desempleo de acuerdo con la tasa de reposición predefinida a personas desempleadas y durante un determinado número de meses. Cada país es libre de aumentar su importe o duración a su exclusivo cargo.

La segunda forma viene constituida por el seguro de desempleo complementario (Ton-up Genuine EUBS). En él se garantiza al desempleado una prestación con una tasa de reposición y una duración determinadas. Si el sistema nacional de protección por desempleo es lo suficientemente generoso para cubrir su importe y duración, el fondo supranacional no contribuye; en caso contrario, si el sistema nacional no cumple con los requisitos mínimos establecidos, el fondo supranacional complementa los pagos hasta alcanzarlos. La peculiaridad de este modelo reside en que aquellos sistemas nacionales de protección por desempleo más generosos no reciben ningún beneficio, pero sí contribuyen al seguro de desempleo europeo. El seguro de desempleo genuino garantiza a los desempleados una prestación del 50% de su último salario bruto (con un límite respecto del salario nacional medio) durante un máximo de 12 meses, si bien los 3 primeros serían de cuenta del Estado respectivo. Si transcurridos los 12 meses, la persona continúa desempleada, la protección volvería a cargo del sistema nacional de protección de desempleo respectivo⁴⁶⁸. Cabe reseñar que el seguro de desempleo europeo aglutinaría a un amplio colectivo de trabajadores al centrarse en aquellos con un historial de empleo reciente aunque sea pequeño, lo cual beneficiaría especialmente a los jóvenes. Para ello el periodo anterior de empleo que se tomaría de referencia es de 3 meses dentro de los 12 anteriores, computándose únicamente el periodo real, sin periodos asimilados. Este plazo no necesariamente tiene que ser consecutivo si bien debe completarse por cada periodo de desempleo, ya que las interrupciones del mismo, aun cuando sean de corta duración, restablecen el computo desde su inicio. En los distintos informes elaborados para analizar la viabilidad de este seguro europeo no se observan especiales dificultades de compatibilidad tanto respecto de las

⁴⁶⁷ El punto de partida viene constituido por el proyecto de investigación comisionado por la Dirección General de Empleo de la Comisión Europea titulado "The Feasibility and Added Value of a European unemployment Benefits Scheme". En él se integran una serie de informe entre los que cabe destacar "An European Unemployment Benefits Scheme: the rationale and the challenges ahead" (2015)

⁴⁶⁸ "The legal and operational Feasibility of a european unemployment Benefits Scheme at the national level" realizado por Coucheir, M (dir.), Strban, G. y Hauben, H. CEPS Special Report, núm. 145, septiembre 2016, p. 5 y ss

legislaciones nacionales como de la propia Unión Europea, proponiéndose su reconocimiento como prestación exportable sin ninguna limitación, si bien reconoce su posible incidencia sobre el principio de exportabilidad de las prestaciones en el supuesto de que la prestación se configurase como un derecho combinado a cargo tanto del fondo supranacional como de los sistemas nacionales de protección por desempleo⁴⁶⁹.

Este instrumento se enmarcaría dentro del proyecto más amplio y ambicioso de conseguir una unión fiscal y política junto a la monetaria. Qué duda cabe, que apostar por esta senda permitirá configurar mejor la protección social de los ciudadanos comunitarios, permitiendo al tiempo corregir carencias y disfuncionalidades entre los Estados miembros. Solo así podremos avanzar hacia una Europa más cohesionada, pues como bien señala CORTI VARELA, en opinión que compartimos, el origen último del problema no está tanto en las divergencias de modelos sino en la ausencia de una verdadera identidad europea que haga posible la aplicación de esquemas de solidaridad⁴⁷⁰.

Bibliografía

- AYUSO MOZAS, RAÚL: “La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 72, 2008
- CARRASCOSA BERMEJO, DOLORES: “La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71”, CES, Madrid, 2004
- CHUECA SANCHO, ÁNGEL G.- AGUELO NAVARRO, PASCUAL: “La libertad de circulación de trabajadores en el Espacio Económico Europeo”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 35, 2014
- CORTI VARELA, JUSTO: “La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez Navarro y Garrido Pérez (Directoras), Laborum, Murcia, 2015
- LIROLA DELGADO, ISABEL: “La sentencia Dano: ¿El punto final de los “malabarismos” del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente”, Revista General de Derecho Europeo núm. 36, 2015
- MIRANDA BOTO, JOSÉ M.: “La jurisprudencia reciente (2000-2005) del TJCE sobre desempleo y su influencia en la jurisprudencia española”, en *Migrantes*

⁴⁶⁹ “The legal and operational feasibility of a european unemployment...”, ob. cit. p. 69

⁴⁷⁰ CORTI VARELA, Justo: “La propuesta de seguro de desempleo europeo. Estado de la cuestión”, en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez Navarro y Garrido Pérez (Directoras), Laborum, Murcia, 2015, p. 127

y Derecho: problemas actuales de la coordinación comunitaria de las prestaciones sociales en España, Laborum, Murcia, 2006

- MIRANDA BOTO, JOSÉ M. : “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad” en *Políticas de Empleo*, Cabeza Pereiro y Fernández Pol (Coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013
- PÉREZ CAMPOS, ANA I.: “Libre circulación de trabajadores y búsqueda de empleo: balance y perspectivas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 37, 2014
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA: “ La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿ Buena práctica legislativa? en *Buenas prácticas jurídicas procesales para reducir el gasto social (III)*, Ramírez Bendala (Directora), Laborum, Murcia, 2015