



EL SUBSIDIO PARA EMIGRANTES RETORNADOS: CUESTIONES PARA UN DEBATE

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Becario del Plan Regional de Investigación del Principado de Asturias
Universidad de Oviedo

EXTRACTO

Si hasta la fecha podía afirmarse que la legislación española venía siendo exquisitamente respetuosa con los principios inspiradores del Derecho comunitario, con la nueva regulación del subsidio asistencial para emigrantes retornados se ha dado un vuelco sustancial. Y ello, en primer lugar, porque en un presunto intento por ahorrar costes sociales, el legislador español ha introducido el requisito de ostentar la nacionalidad española como exigencia para que los beneficiarios puedan lucrar este subsidio. Tal reforma obliga a plantearse la compatibilidad de semejante exigencia con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que se erige como uno de los pilares fundamentales del ordenamiento comunitario, expresamente consagrado en el Reglamento 1408/71 sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social.

En segundo lugar, al no poder ya lucrar esta prestación aquellos emigrantes que retornen de países en los que resulta aplicable el Derecho comunitario, se suscita la incógnita de si con tal restricción se infringe el derecho a la libre circulación de trabajadores consagrado en el artículo 39 del Tratado de la Unión y desarrollado por el Reglamento 1612/68.

ÍNDICE:

1. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSIDIO PARA EMIGRANTES RETORNADOS
2. EL POLISÉMICO CONCEPTO DE TRABAJADOR RETORNADO
3. EL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO
4. PAÍSES DE RETORNO Y EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN
5. DE LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMOTERCERA TRLGSS Y DEL TIEMPO TRABAJADO EN EL EXTRANJERO Y SU CÓMPUTO

1. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA JURÍDICA DEL SUBSIDIO PARA EMIGRANTES RETORNADOS

Aunque la vigente regulación del subsidio asistencial para emigrantes retornados se encuentra contenida en el artículo 215.1.c) TRLGSS, ha de tenerse presente que su actual redacción es fruto del Real Decreto-ley 5/2002, derogado y sustituido por la Ley 45/2002, que no introdujo modificación alguna en este punto. Tampoco las últimas reformas en el ámbito de la protección por desempleo han afectado al contenido del artículo 223 TRLGSS, precepto clave por lo que respecta a las vías de financiación tanto del nivel contributivo como asistencial de desempleo. La exégesis de dicho precepto obliga a concluir que tanto las prestaciones como subsidios por desempleo se financian a través de un sistema «mixto».

Con ello se quiere significar que no existe una única fuente de financiación para este tipo de subsidio (cotizaciones frente a impuestos), sino que la acción protectora se sufraga de manera indiferenciada a través de las cotizaciones por desempleo, así como con las aportaciones del Estado consignadas en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado¹. Puesto que son idénticas las vías de financiación del nivel contributivo de desempleo y del asistencial, no pudiéndose afirmar que el primero se financia exclusivamente con cotizaciones y el segundo mediante impuestos, se comprenderá la polémica suscitada en torno la naturaleza jurídica del subsidio asistencial por desempleo.

El propio adjetivo asistencial alentó la tesis de que se trataba de una prestación de Asistencia Social, y ello fue el motivo de que no fuera inicialmente incluido por el gobierno español en su declaración relativa a los regímenes de Seguridad Social coordinados por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, exclusión ésta última que hubo de ser corregida por el Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina y que se encuentra totalmente superada tras la rectificación al respecto efectuada por las autoridades españolas². Que

¹ A. BARRADA RODRÍGUEZ y B. GONZALO GONZÁLEZ: *La Financiación de la Protección Social en España. A propósito del Pacto de Toledo*. 2.ª edición. CES. Madrid. 1998; p. 207.

² Diario Oficial de la Comunidad Europea C 321 de 1993 de 27.11.1993.

tanto el nivel contributivo como el asistencial de desempleo se incluyen actualmente dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71 lo confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea³.

Despejadas las dudas en el plano comunitario, subsisten, sin embargo, las incógnitas a nivel de Derecho interno⁴, puesto que se da la paradójica situación de que el subsidio por desempleo es, simultáneamente, asistencial y contributivo (artículo 86.2 en conexión con el artículo 38, letra c, ambos del TRLGSS). Esta es la conclusión que se alcanza interpretando *contrario sensu* el artículo 86.2 TRLGSS, a tenor del cual hay que concluir que todas las prestaciones por desempleo —incluidas las del nivel asistencial— han de calificarse como contributivas, ya que no figuran expresamente mencionadas entre las de modalidad no contributiva. Y todo ello sin perjuicio de que la distinción entre prestaciones contributivas o no contributivas resulte ser artificiosa, ya que en última instancia la doctrina científica atribuye a la cotización naturaleza tributaria⁵.

Pero, al margen de que resulte cuanto menos discutible la naturaleza contributiva de los subsidios asistenciales por desempleo, cabría quizás defender respecto al subsidio asistencial para emigrantes retornados su carácter de prestación no contributiva de Seguridad Social⁶, en base a los siguientes argumentos:

- 1) Se trata de una prestación de Seguridad Social, no de Asistencia Social, y en su consecuencia, es competencia exclusiva del Estado la legislación en esta materia (artículo 149.1.17 CE).
- 2) El desempleo es un típico riesgo de Seguridad Social, incluido en el Convenio 102 de la OIT, sobre Norma Mínima de Seguridad Social.
- 3) Para lucrar este subsidio no se requiere acreditar ningún período de carencia, ni siquiera haber trabajado en España.

³ Sentencias de 15.6.1995, asuntos acumulados 422, 423 y 424/93 (ZABALA ERASUN) Rec., p. I-1567; y de 20.2.1997, asuntos acumulados 88, 102 y 103/95 (MARTÍNEZ LOSADA) Rec.; p. I-869.

⁴ Por todos, J.R. MERCADER UGUINA: «Desempleo y Libre Circulación de Trabajadores». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario* núm. 7/1998; p. 4.

⁵ Por todos, cfr. E. BORRAJO DACRUZ: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*. Aguilar, Madrid, 1962; pp. 73-101.

Auto del TSJ de la Rioja de 11.9.2001 (AS.3607): «la tesis predominante en la actualidad califica a la cuota de Seguridad Social como exacción parafiscal con régimen jurídico propio y específico, distinto del común de tales exacciones, que no guarda relación con la capacidad contributiva de los sujetos a los que grava».

⁶ Y las mismas conclusiones son predicables respecto al subsidio por desempleo regulado en el artículo 215.1.d) TRLGSS.

- 4) Su reconocimiento está subordinado a la prueba de insuficiencia de recursos y a la existencia de cargas familiares.
- 5) Su cuantía es uniforme.
- 6) Se configura como un derecho subjetivo perfecto.

Todos estos rasgos son los propios de auténticas prestaciones no contributivas de Seguridad Social. Pero el legislador español no ha optado por calificar al subsidio asistencial como prestación no contributiva. Ello obedece, en opinión de algún autor⁷, a problemas vinculados a su posible inclusión en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71, puesto que tras la reforma introducida en éste último por el Reglamento 1249/92, España notificó en tal Anexo las prestaciones no contributivas de Seguridad Social instauradas por la Ley 26/1990 y que, con anterioridad a dicha reforma, eran exportables al amparo del Derecho comunitario⁸.

2. EL POLISÉMICO CONCEPTO DE TRABAJADOR RETORNADO

En Derecho español —al igual que ocurre en Derecho comunitario— el concepto de trabajador no es unívoco, puesto que es posible diferenciar entre un concepto a efectos laborales y otro —más amplio— a efectos de Seguridad Social⁹. La cuestión que se suscita es la de si, a efectos del artículo 215.1.c) TRLGSS, el concepto de trabajador retornado se identifica con la noción de trabajador por cuenta ajena a efectos del Estatuto de los Trabajadores o con la de sujeto protegido por el sistema de Seguridad Social, o si, por el contrario estaríamos ante un concepto sociológico en vez de jurídico.

Es preciso comenzar señalando que la legislación española en ningún momento exige del emigrante retornado que haya trabajado o cotizado en territorio nacional con carácter previo a su salida de España. Como tampoco que antes de abandonar el país hubiera estado protegido por alguno de los regímenes de la Seguridad Social española. Lo decisivo resulta haber

⁷ A. BARRADA RODRÍGUEZ y B. GONZALO GONZÁLEZ: «La Financiación de la Protección Social en España. A propósito del Pacto de Toledo». *Op. cit.*; p. 208.

⁸ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: *La Aplicación del Derecho Comunitario a las Prestaciones Especiales No Contributivas*. Comares. Granada. 1997; p. 131: la supresión de la cláusula de residencia, y la consiguiente exportación tanto de prestaciones contributivas como no contributivas tenía su fundamento legal en el artículo 10 del Reglamento 1408/71. Tras la introducción del artículo 10 bis, se suprimió la exportación de las prestaciones no contributivas, pero únicamente en el caso de que hubieran sido notificadas en el Anexo II bis.

⁹ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: «El Concepto de Trabajador por Cuenta Ajena en Derecho Español y Comunitario». *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 37/2002; pp. 37-59.

trabajado, pero no en España, sino en determinados países del extranjero. Esto conduce a plantearse diversas cuestiones:

- La prestación de servicios que el emigrante retornado haya desempeñado en el extranjero, ¿ha de ser necesariamente por cuenta ajena? ¿Podría también lucrar el subsidio quien hubiera desempeñado una actividad por cuenta propia en el extranjero? No es ocioso recordar que en Derecho español los trabajadores por cuenta propia han estado tradicionalmente excluidos de la protección por desempleo (si bien la Ley 45/2002 lo prevé para los autónomos agrarios).
- Quien haya desempeñado algún tipo de actividad profesional en el extranjero que no generase en el país de su realización la obligación de afiliación o alta, ¿tendría derecho al subsidio para emigrantes retornados? A estos efectos habría que tener presente el panorama legislativo de muchos países donde resulta imposible hablar con propiedad de un Derecho del Trabajo y mucho menos de un Derecho de la Seguridad Social.

¿El estatus de trabajador ha de ser determinado conforme a la legislación española o a la del país donde se haya realizado la actividad? Parece evidente que por aplicación del principio de territorialidad la legislación española no resultará aplicable a actividades concertadas en el extranjero. Como tampoco parece convincente pretender que la calificación jurídica que en un Estado extranjero se atribuya a la prestación de servicios resulte vinculante para la Administración española.

En cualquier caso, a estos efectos resulta muy significativo que para el reconocimiento del derecho al subsidio para emigrantes retornados, nuestra Administración exija del solicitante que acredite la fecha de la última salida y retorno a España, así como los períodos trabajados en el extranjero.

Y es que si lo decisivo son los períodos trabajados fuera de España, y no la calificación jurídica que a dicho trabajo se le atribuya en el país de su realización o en España, parece descartable que los únicos posibles beneficiarios hayan de ser personas que hubieran desempeñado una actividad que conforme al Derecho español pudiera calificarse de «por cuenta ajena». A mayor abundamiento, como ninguna trascendencia a los efectos del reconocimiento del subsidio tienen los períodos que hubieran podido cotizarse en el extranjero, es del todo indiferente que el trabajador migrante haya cotizado, o no, por el trabajo desarrollado fuera de España. Y, de haber cotizado, resulta igualmente intrascendente al régimen al que lo hubiera hecho.

Se ha de reconocer, sin embargo, que los pronunciamientos judiciales sobre estas cuestiones no son uniformes. Así, la STSJ de Andalucía —Málaga— de 18.5.2001 (AS.2561), con cita de la STSJ de Murcia de 14.10.1999 (AS.6393), reconoce el derecho al subsidio para emigrantes retornados a quienes ejercieron en el extranjero una actividad como becarios, aunque el trabajo desarrollado «no se corresponda con alguno de los que en España

dan lugar a la protección», con base en que el artículo 215.1.c) TRLGSS alude a «hubiera trabajado, expresión que en opinión de la Sala es proclive a acoger situaciones de desprotección con mayor amplitud e inherentes al ámbito asistencial en el que se mueve el subsidio solicitado». En contra de esta tesis se pronuncia la STSJ de Andalucía —Sevilla— de 9.11.2001 (Jur 2003\2522) que exige como presupuesto de acceso al derecho, «haber ostentado en el extranjero la condición de trabajador».

A mayor abundamiento, y ciñéndonos al articulado del TRLGSS, es preciso resaltar cómo es posible distinguir entre un concepto restringido de emigrante retornado —artículo 215.1.c) TRLGSS— frente a un concepto amplio, que es el contenido en la Disposición Adicional Primera, Uno, apartado 2, letra b) TRLGSS, como se verá después. Conforme a éste último precepto, pueden ser beneficiarios de la Renta Activa de Inserción los emigrantes que retornen de cualquier país extranjero y hayan trabajado 6 meses en los mismos. A tales efectos, por tanto, se reduce el período requerido en cuanto a la duración de la estancia en el extranjero mientras que, simultáneamente, se amplía el elenco de países donde se han podido prestar los servicios.

Por último, y al margen de lo prevenido en el TRLGSS, conviene señalar que la práctica administrativa viene reconociendo —sin cobertura legal suficiente— el derecho al subsidio para emigrantes retornados a quienes nunca anteriormente habían residido en España: este es el caso de los españoles hijos de emigrantes, que han nacido en el extranjero y retornan a España desde un país de los que permiten el acceso al subsidio. Ante este *sui generis* concepto de emigrante «no retornado» a España es preciso criticar la contradicción que supone, por un lado, el endurecimiento de los requisitos que se exigen a quienes previamente sí han residido en España, en contraste con la generosa posibilidad de lucrar el subsidio por quienes puede que nunca previamente hubieran pisado territorio nacional.

3. EL REQUISITO DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

Sin duda alguna, una de las novedades más destacadas de la reforma de la regulación del subsidio por desempleo para emigrantes retornados radica en que se exija expresamente a los beneficiarios ostentar la nacionalidad española. Justificaba algún autor esta modificación en la intención de remarcar el carácter «asistencial» del subsidio en cuestión¹⁰ y de concordar dicho precepto con el artículo 7 LGSS. Y se consideraba que se ponía así

¹⁰ P. GETE CASTRILLO, «El régimen jurídico de la prestación por desempleo: reformas», *Relaciones Laborales*, 4, 2003, p. 51.

fin a una interpretación judicial que en el pasado había permitido conceder este subsidio a ciudadanos comunitarios, en virtud del principio de igualdad de trato ¹¹.

Sin embargo, cabe defender —a efectos puramente polemizadores— que esta nueva regulación podría vulnerar el Derecho comunitario, por cuanto que cabría sostener que infringe el principio de igualdad de trato ¹². A mayor abundamiento, en virtud de la primacía y el efecto directo que se predica del Derecho comunitario, no podría en ningún caso denegarse el subsidio en cuestión a los ciudadanos de Estados en los que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable sólo por el hecho de no ostentar la nacionalidad española.

Como punto de partida, habría que comenzar planteándose la cuestión de si un trabajador comunitario puede emigrar desde España. Parece claro que la respuesta debe ser afirmativa, ya que de no ser posible, carecería de sentido la nueva redacción del artículo 215.1.c): puesto que todo emigrante

¹¹ A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «La reforma de la protección por desempleo en el Real Decreto-Ley 5/2002», en VV.AA. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, coord.), *Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 46. Los mismos autores, posteriormente, consideran que el subsidio sí podría concederse a ciudadanos de otros países que gozaran de igualdad de trato: «La reforma de la protección por desempleo en la Ley 45/2002», en VV.AA. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, coord.), *La Ley 45/2002 de reforma de la protección por desempleo*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 56.

¹² Artículo 12 TCE: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad». Esta discriminación prohibida puede ser directa o indirecta, equivaliendo la primera a aquellas situaciones en que un derecho se concede «ostensiblemente a los nacionales y se niega a los extranjeros, ciudadanos de otro Estado miembro». Esta regla no es absoluta, y el propio Tratado prevé la existencia de excepciones, fundamentadas principalmente en motivos de orden público, seguridad o salud pública (como es el caso de algunas de las libertades fundamentales). En cualquier caso, estas excepciones deben ser interpretadas, según el TJCE¹², de forma restrictiva, como precisamente por su carácter de quiebra de la norma general, y aún más desde la creación de la Ciudadanía de la Unión, que si bien no equivale a una «nacionalidad europea», representa un gran avance en la materia.

El Reglamento 1612/68 es el más conocido de los instrumentos mediante los cuales se desarrolló este principio en el campo de la libre circulación de trabajadores. Su artículo 7 establece que «en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional, o de nuevo empleo, si hubiera quedado en desempleo».

A su vez, el Reglamento 1408/71 contiene la regulación principal de esta regla en lo que se refiere a la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena que se desplazan en el interior de la Comunidad. El artículo 3 establece que «las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento».

debería ser obligatoriamente español no sería necesario añadir la restricción basada en la nacionalidad. Esta limitación nace del convencimiento por parte del legislador de la posibilidad de que un ciudadano no español emigre desde nuestro país y retorne.

Conforme a la doctrina judicial¹³ fundamentada en la anterior redacción del artículo 215.1.c) TRLGSS, que omitía el calificativo «español», el subsidio había de ser otorgado a determinadas categorías de extranjeros (lo que viene a confirmar la posibilidad de emigrar desde un país del que no se es nacional). Sin embargo, según el texto actual y siguiendo las instrucciones dictadas por el INEM, se denegaría el subsidio cuando el trabajador no ostentase la nacionalidad española. Y como ya se ha defendido anteriormente, ello podría infringir el Derecho comunitario. Se expondrán ahora sintéticamente las razones.

En el hipotético caso de un trabajador comunitario que emigre desde España, es obvio que anteriormente había ejercitado su derecho a la libre circulación para llegar a España desde su país de origen. Al desplazarse, queda automáticamente incluido en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1408/71, puesto que su artículo 2 afirma que «el presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros». La utilización de las palabras «hayan estado» junto a «estén» indica claramente que la condición de trabajador sometido al Reglamento 1408/71 no se pierde, una vez que se ha tenido, puesto que basta con haber estado en el pasado incluido en el campo de aplicación para seguir estándolo.

Como argumento añadido, debe traerse a colación la doctrina sentada en 1964 por el TJCE en el caso Unger¹⁴, y que tanto contribuyó a ampliar el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación de los regímenes de Seguridad Social. El Tribunal afirmó en aquella ocasión que debía atenderse a un concepto de «trabajador asalariado que se desplaza en el interior de la Comunidad», categoría que es la recogida en el título del Reglamento 1408/71, y no la de «trabajador migrante». El trabajador europeo es beneficiario donde quiera que se encuentre de una protección social apropiada¹⁵.

¹³ STSJ Murcia, 26.03.93 (Ar. 1573). M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 14.ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 227, n. 170 califican esta sentencia de «fundamentadísima». A. ARUFE VARELA, «El nuevo compromiso de actividad, de situación legal de desempleo, y de beneficiarios del subsidio por desempleo», *Actualidad Laboral*, 33, 2002, p. 728, añade a esta sentencia, manejada por todos los autores, la STSJ Castilla la Mancha, 25.01.99 (Ar. 160).

¹⁴ Sentencia de 19.3.1964, asunto 75/63 (UNGER), Rec. p. 347.

¹⁵ G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, 7.ª ed., Dalloz, Paris, 1991, p. 215.



Estudiando la aplicación *ratione materiae*, la letra g) del punto 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71 indica que las prestaciones de desempleo están incluidas en su campo de aplicación. El punto 2 del mismo artículo añade además que se aplica tanto a regímenes contributivos como no contributivos, generales o especiales. Únicamente se especifica (punto 4 de este artículo) que no es materia objeto del Reglamento la asistencia social. Como ya se ha indicado anteriormente, el subsidio para emigrantes retornados es una prestación de Seguridad Social a los efectos del Reglamento.

Por otra parte, el artículo 10 bis del mismo Reglamento, que permite a los Estados excluir determinadas prestaciones no contributivas a los efectos de su exportación, no resulta de ningún modo aplicable en la presente situación, puesto que el subsidio de desempleo para emigrantes no está contenido en el correspondiente Anexo II bis (como sí lo están, entre otras, las prestaciones no contributivas de Seguridad Social instauradas por la Ley 26/1990). Con todo, si el subsidio apareciera en dicho Anexo, ello no impediría su concesión, sino únicamente permitiría añadir un requisito de residencia en España para su perceptor.

En cualquier caso, las reglas de igualdad de trato no suponen un obstáculo para que los Estados desarrollen su propia normativa de Seguridad Social. Un Estado miembro puede legalmente subordinar la concesión de un subsidio por desempleo al requisito de que los interesados hayan cubierto en último lugar períodos calificados como «períodos de seguro» o «períodos de empleo» en virtud de su propia legislación. También los requisitos de residencia se autorizan siempre que no sean contrarios a la regla de la igualdad de trato, que no sólo prohíbe las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas disimuladas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado ¹⁶. Pero ninguna de estas excepciones está presente en este caso, ni puede ser alegada para justificar la exclusión de los ciudadanos comunitarios del subsidio para emigrantes retornados.

Por tanto y como consecuencia lógica de todo lo expuesto, España —como Estado miembro de la UE—, no puede reservar para sus propios ciudadanos exclusivamente una prestación coordinada por el Reglamento 1408/71, excluyendo a los ciudadanos de los Estados en el que el citado Reglamento resulta aplicable. Y estas conclusiones son igualmente aplicables a los ciudadanos de los Estados firmantes del Tratado del Espacio Económico Europeo ¹⁷ (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y a Suiza, por cuanto que respec-

¹⁶ Sentencia de 7.6.1988, asunto 20/85 (ROVIELLO), Rec. p. 2805.

¹⁷ El Acuerdo del Tratado del Espacio Económico Europeo entró en vigor el 1.1.1994.

to a este último país el 1 de junio de 2002¹⁸ entró en vigor el Convenio suscrito con la Unión Europea.

En definitiva, España —como país miembro de la Unión Europea— no puede denegar prestaciones de Seguridad Social a ciudadanos de Estados donde el Reglamento 1408/71 resulte aplicable o que tengan reconocido el derecho a la igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social en virtud de compromisos internacionales asumidos por la Unión Europea y Terceros Estados¹⁹. Por ello puede afirmarse que una prescripción como la del artículo 215.1.c) TRLGSS vulneraría el Derecho comunitario por cuanto que atenta directamente contra el principio de igualdad de trato²⁰. Ciertamente, los afectados por esta discriminación son muy pocos, si bien eso no es óbice para que el incumplimiento de las obligaciones de España sea flagrante. En el caso de que un asunto de estas características se planteara ante los Tribunales, en virtud de la primacía y efecto directo del Derecho comunitario, el juez nacional podría inaplicar la exigencia de la nacionalidad exigida por el TRLGSS y conceder el subsidio.

Existen otras alternativas que ya supondrían la intervención del TJCE: en primer lugar, la Comisión Europea²¹ puede iniciar un procedimiento por incumplimiento contra nuestro país, que conllevará la obligación de reformar el precepto en cuestión, dado que el TJCE no es muy propenso a imponer multas coercitivas en estos casos. La otra alternativa es la cuestión prejudicial, planteada en el curso de un proceso entablado por un trabajador que se encuentre en las circunstancias descritas y a quien la Entidad Gestora deniegue la prestación, siempre y cuando el juez no decida inaplicar por sí mismo el precepto en cuestión. Corresponderá nuevamente al TJCE declarar si el citado precepto es incompatible con el Derecho comunitario.

Estas situaciones pueden, naturalmente, evitarse, ahorrando así sentencias contrarias a España que siempre crean una cierta sensación de descrédito por el incumplimiento frente a los socios comunitarios. Sería necesario reformar el TRLGSS y eliminar el adjetivo discriminatorio, o aún con ma-

¹⁸ Diario Oficial de la Comunidad Europea L 114 de 30.4.2002.

¹⁹ Igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social tienen reconocidos los trabajadores de los países del Magreb y Turquía.

²⁰ Respecto a la igualdad de trato en el Derecho comunitario, cfr. J. CRUZ VILLALÓN, «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho comunitario», en VV.AA. (J. CRUZ VILLALÓN, coord.), *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 43 y ss.

²¹ La Comisión ha perseguido sistemáticamente las cláusulas como ésta, por muy limitado que fuera el número de destinatarios. En 2001, los colectivos defendidos fueron dentistas, guardias jurados y lectores de lengua extranjera. Cfr. A.R. ARGÜELLES BLANCO y J.M. MIRANDA BOTO, «Crónica de la Jurisprudencia del TJCE en materia laboral y de Seguridad Social en el año 2001», *Aranzadi Social*, 3, 2002, pp. 67 y 68.



por sencillez (si bien con una técnica jurídica deficiente), indicar en las Instrucciones correspondientes del INEM que el requisito de la nacionalidad española debe entenderse cumplido automáticamente por los nacionales de los Estados en los que el Reglamento 1408/71 resulte aplicable y aquellos Terceros Estados que hayan suscrito Tratados con la UE en los que expresamente se recoja el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social.

Por último, pero no por ello menos importante, vale la pena señalar que la exigencia de la nacionalidad española también podría vulnerar lo prevenido en la Ley 4/2000 —reformada—, que proclama en su artículo 14.1²² que «los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles»²³. Salvo que se considere que el citado artículo 14.1 ha sido derogado tácitamente, no parece que sea ajustado a Derecho que extranjeros que hayan residido legalmente en nuestro país sean privados —por el mero hecho de su nacionalidad— de la posibilidad de acceder al subsidio comentado.

4. PAÍSES DE RETORNO Y EL DERECHO DE LIBRE CIRCULACIÓN

Con anterioridad a la reforma, para lucrar este subsidio era suficiente acreditar el retorno a España tras haber trabajado en cualquier país extranjero. Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002, y sin que la situación haya sido alterada por la Ley 45/2002, se aplica un criterio negativo o por exclusión: se exige que el retorno se produzca desde países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo o de países con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo.

Por aplicación de esta regla, tras la reforma y contrarreforma en materia de desempleo, no pueden ser beneficiarios de este subsidio los trabajadores que hayan prestado servicios en los Estados de la Unión Europea, en

²² J. GORELLI HERNÁNDEZ y M. VÍLCHEZ PORRAS: «La Protección de Seguridad Social a los Alógenos» en: VV.AA.; *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Laborum. Murcia. 2001; pp. 95-137.

²³ T. GÓMEZ ÁLVAREZ y D. GARCÍA SAN JOSÉ: «Los Derechos Sociales y Sindicales en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Internacionales Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un Análisis Crítico». *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 228/2002, p. 77: «la distinción que el legislador español ha introducido, respecto de los extranjeros en situación regular o irregular... con relación al disfrute de algunos de los derechos y libertades fundamentales no es compatible con las obligaciones internacionales asumidas por España como parte en el Convenio».

Islandia, Noruega y Liechtenstein. Tampoco los que retornen de Suiza, desde la entrada en vigor el 1 de junio de 2002 del Convenio suscrito en entre este último Estado y la Unión Europea (o los que vuelvan desde Australia, con el que existe convenio bilateral que incluye la contingencia por desempleo²⁴). Llegados a este punto resulta casi obligado analizar la cuestión de si las reformas en el ámbito de la protección por desempleo vulnerarían, o no, el derecho a la libre circulación de los trabajadores.

Antes de pronunciarse en uno u otro sentido, es preciso traer a colación que uno de los objetivos perseguidos por el Tratado de Roma fue el de contribuir a la extensión de la libre circulación de los trabajadores migrantes en el seno de los Estados en los que resulte de aplicación el Derecho comunitario. Este fin no sería posible, o se vería severamente restringido si, como consecuencia del ejercicio de tal libertad, los migrantes nacionales de dichos Estados vieran mermados sus derechos en materia de Seguridad Social por el hecho de haber estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de uno o más países.

El derecho a la libre circulación de los trabajadores se encuentra actualmente consagrado en el artículo 39 del Tratado de Amsterdam, al que la jurisprudencia comunitaria ha reconocido, reiteradamente, efecto directo²⁵. En desarrollo del actual artículo 39 se promulgó el Reglamento 1612/68, en cuyos considerandos se nos indica que la libre circulación constituye un derecho fundamental «para los trabajadores y su familia», cuya realización exige la eliminación de los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores²⁶. A estos efectos, el TJCE ha establecido que resultan indiferentes, tanto los motivos que impulsaron al trabajador de un Estado Miembro a buscar trabajo en otro país²⁷, como la naturaleza jurídica del vínculo entre empresario y trabajador²⁸.

A mayor abundamiento, el derecho a la libre circulación se reconoce a las personas que «desean ejercer una actividad económica», esto es, los que buscan trabajo²⁹. A la vista de lo expuesto, cabría sostener que privar a los trabajadores que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación de la posibilidad de lucrar el subsidio para emigrantes retornados constituye un

²⁴ El Convenio entre España y Australia de 1990 fue publicado en el BOE 11.6.1991.

²⁵ Entre otras muchas, Sentencias de 13.2.1985, asunto 267/83, (DIATT) Rec., p. 567; y de 18.5.1989, asunto 249/86, (Comisión/Alemania) Rec., p. 1263.

²⁶ Sentencia de 7.5.1986, asunto 131/85, (GÜL) Rec., p. 1573.

²⁷ Sentencia de 23.3.1982, asunto 58/82, (LEVIN) Rec., p. 1035.

²⁸ Sentencias de 12.2.1974, asunto 152/73, (SOTGIU) Rec., p. 153; de 23.3.1982, asunto 53/81, (LEVIN) Rec., p. 1035; de 3.7.1986, asunto 66/85, (LAWRIE-BLUM) Rec. p. 2121; y de 26.2.1992, asunto 357/89, (RAULIN) Rec., p. 1054.

²⁹ Sentencia de 31.5.1989, asunto 344/87, (BETTRAY) Rec., p. 1621.



obstáculo a la libre circulación. Cuestión ésta última que, en última instancia, habría de ser resuelta por el propio TJCE, caso de que se planteara a su consideración una cuestión prejudicial al respecto.

5. DE LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMOTERCERA TRLGSS Y DEL TIEMPO TRABAJADO EN EL EXTRANJERO Y SU CÓMPUTO

La Ley 45/2002 ha dejado inalterada la redacción de la Disposición Adicional Trigésima Tercera del Texto Refundido, que fue incorporada al TRLGSS por el Real Decreto-ley 5/2002. En términos generales, y salvo mejor opinión, esta Disposición Adicional Trigésimotercera podría calificarse de superflua. Y ello, en primer lugar, por cuanto que resulta evidente que los Convenios Internacionales válidamente celebrados y una vez publicados en España forman parte del ordenamiento nacional (artículo 96.1 CE). A mayor abundamiento, el artículo 7.5 TRLGSS dispone que «con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos, o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto...».

En segundo lugar, y por lo que al Derecho comunitario se refiere, del mismo se predica su primacía y efecto directo sobre los ordenamientos nacionales. Por tanto, es obvio que las disposiciones contenidas en los Reglamentos 1408/71 y 574/72 en materia de protección por desempleo resultan aplicables en España aunque estén en contradicción con la normativa nacional. Y ello, tanto si se trata de prestaciones contributivas como de subsidios asistenciales por desempleo.

En la actualidad, los trabajadores retornados de países donde el Derecho comunitario resulte aplicable³⁰, o con los que exista Convenio de Seguridad Social que incluya la contingencia de desempleo, podrán encontrarse en varias situaciones. Dichos trabajadores, en función de las cotizaciones que hubieran podido realizar antes de abandonar España podrán lucrar, según los casos, bien la prestación por desempleo de nivel contributivo, o el subsidio previsto en el artículo 215.1.2 TRLGSS.

Por lo que se refiere concretamente al subsidio para mayores de 52 años del artículo 215.1.3 TRLGSS, sólo podrán ser beneficiarios del mismo si previamente se les reconocen alguna de las modalidades o supuestos de subsidio distintos al de emigrante retornado, ya que el acceso a ésta última mo-

³⁰ Los Estados miembros de la Unión Europea, los países del Espacio Económico Europeo y Suiza.

dalidad les queda vedada conforme a la vigente redacción del artículo 215.1.c) TRLGSS. En todo caso, ello sin perjuicio de que pudieran tener derecho a prestaciones o subsidios por desempleo por aplicación del Reglamento 1408/71. Conforme al Derecho comunitario, las prestaciones y subsidios coordinados por el Reglamento 1408/71 son exportables a otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo durante un período de tres meses.

Una última novedad en la regulación del subsidio para emigrantes retornados es la ampliación del período que se exige haber trabajado fuera de España para generar el derecho. Mientras que con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002 eran 6 meses, actualmente ese período se ha incrementado a 12 meses. Dado que los períodos cotizados en el extranjero, tanto a los efectos del reconocimiento de este subsidio como de su cuantía, no tienen ninguna trascendencia, a primera vista no es fácil intuir cuál haya podido ser el motivo que subyace a la reforma de este requisito.

A este respecto, se ha señalado³¹ que puesto que los permisos de residencia se extinguen «por la permanencia fuera de España de forma continuada durante más de seis meses en un período de un año, sólo con la elevación a doce meses de período de trabajo en el extranjero ya se obtenía el resultado pretendido: esto es, reservar el subsidio sólo a los nacionales españoles».

En cuanto al cómputo de los 12 meses trabajados fuera de España, el *dies a quo* para su cómputo es el de la última salida de España. Cuando los migrantes retornados no satisfagan el período mínimo de 12 meses trabajados en los países correspondientes, pero cumplan las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Primera, Uno, apartado 2, letra b) TRLGSS, entre ellos ser mayor de 45 años, podrán ser admitidos al Programa de Renta Activa de Inserción. Esta previsión se ha mantenido en el Real Decreto 945/2003, de 18 de julio, por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

³¹ J. LUJÁN ALCARAZ: «El Subsidio por Desempleo» en: VV.AA.: *La Reforma del Despido y del Desempleo. Análisis del Real Decreto-Ley 5/2002*. Laborum. Murcia. 2002; p. 178.