

Hacia una noción «comunitaria» de «paro parcial» en el trabajo
fronterizo a efectos de la determinación del Estado competente
para conceder prestaciones por desempleo
Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión
Europea (Sala Octava), de 5 de febrero de 2015, asunto
C-655/13

Towards a «community» notion of «partial unemployment» in
the frontier work for the purpose of determining the state
competent to grant unemployment benefits

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS
PROFESOR TITULAR (ACREDITADO A CATEDRÁTICO) DE UNIVERSIDAD
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Conforme a la doctrina del TJUE, el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro. Por consiguiente, el Estado competente para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo parcial (aún en el caso de un trabajador fronterizo) es aquel Estado en el que sigue el trabajador realizando su prestación parcial de servicios –e incluso contratado por otra empresa- y no el del territorio de su residencia.

Abstract

According with the doctrine of the TJUE, the art. 71, ap. 1, letter a), clause i), of the Regulation nº 1408/71, must be interpreted to the effect that it has the condition of frontier worker in partial unemployment, a frontier worker who, immediately after the end of a labor full-time relation with a employer in a Member state, is part-time contracted by another company in the same Member state. Consequently, the competent State for the recognition of the benefits for partial unemployment (still in case of a frontier worker) is that State in which the worker continues realizing his partial presentation of services -and even contracted by another company- and not that of the territory of his residence.

Palabras clave

trabajo fronterizo; paro parcial; prestaciones de desempleo; estado competente.

Keywords

frontier work; partial unemployment; unemployment benefits; competent state.

1. EL DERECHO DE COORDINACIÓN COMUNITARIO EN SEGURIDAD SOCIAL Y SU APLICACIÓN A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

El “Derecho de coordinación” en materia de Seguridad Social –en su vertiente *hard law*– surge como complemento necesario de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea (EU), con la finalidad de evitar que los regímenes de Seguridad Social no se conviertan en un obstáculo al ejercicio de dicha libertad. Actualmente, la base primaria de esta competencia se encuentra en el art. 48 TFUE, donde se contempla la instauración de un sistema que permita garantizar, a los trabajadores migrantes, en el marco de la libre

circulación de trabajadores: por un lado, la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; por otro, que permita el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. Este precepto del TFUE no tiene como finalidad crear un sistema comunitario único de Seguridad Social, sino que se limita a remover las trabas a la libre circulación de trabajadores y a coordinar los sistemas nacionales existentes, para que los trabajadores que se desplacen puedan conservar sus derechos adquiridos y/o en curso de adquisición, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de Seguridad Social¹.

La normativa de coordinación se caracteriza por ser “neutral” respecto del contenido material de las normas nacionales, de forma que no limita las competencias de los Estados miembros de ordenar sus sistemas de Seguridad Social, por lo tanto, cada Estado conserva su derecho a determinar los tipos de prestaciones y las condiciones para su concesión. Cada sistema nacional mantiene plena libertad para decidir si activa o no una determinada prestación, en relación a quién la activa y en qué condiciones. La UE interviene solamente para garantizar una coordinación eficaz de tales sistemas nacionales para evitar que la existencia de barreras en el acceso o en el curso de adquisición de los derechos se traduzca en un obstáculo a la libre circulación de las personas en la UE para buscar o desempeñar un trabajo². De todos modos, el legislador nacional no podrá aprobar ninguna disposición que obstaculice o disuada del ejercicio de la libre circulación, sin justificación objetiva, máxime cuando puedan ser calificables de discriminatorias por razón de la nacionalidad. La persona que ha ejercido su derecho de desplazarse y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro no debe encontrarse en una posición de desventaja en materia de Seguridad Social respecto a los que, en cambio, han residido y trabajado siempre en un único Estado miembro.

Este Derecho de coordinación se destina primordialmente a la resolución de los conflictos de leyes relativos a la Seguridad Social, habida cuenta de la heterogeneidad de los ordenamientos nacionales en presencia, guiándose por la idea de proporcionar un régimen de garantías suficiente en materia de protección social a los trabajadores comunitarios migrantes, para que no se encuentren en una situación perjudicial por haber trabajado en más de un Estado miembro de la Unión Europea. En consecuencia, se trata de evitar que existan hipótesis de doble afiliación y cotización en caso de concurso en la aplicación de diferentes regímenes o bien la ausencia de cualquier cobertura de aseguramiento obligatorio en las hipótesis en que los ordenamientos en cuestión declinan ambos su propia aplicabilidad.

Las prestaciones por desempleo también se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación, de manera que es de aplicación la técnica de la totalización de los períodos de cotización y el resto de principios que inspiran la materia. Ahora bien, las nociones utilizadas no siempre son equivalentes y ello encuentra reflejo en la jurisprudencia comunitaria sobre la noción de “paro parcial”, con ocasión de la determinación del Estado competente para la protección del desempleado parcial en el caso

¹ NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., GÓMEZ MUÑOZ, J. M. (dirs.): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, p. 128.

² PIZZOFERRATO, A.: “La Sicurezza Sociale”, en AA.VV., *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, p. 344.

de trabajo transfronterizo en el marco de la libre circulación de trabajadores. La necesidad de una noción comunitaria de “paro parcial” –hasta ahora de construcción jurisprudencial– para no restringir el ámbito aplicativo de las normas relativas a la determinación que establecen la competencia del Estado miembro en que se presta servicios (el más adecuado para garantizar una tutela que pueda permitir al trabajador alcanzar un empleo a tiempo completo). En este caso, es la diferencia entre lo que se considera “paro *parcial*” y “paro *total*” lo que plantea el problema de la determinación de la competencia del Estado miembro competente para la concesión de las correspondientes prestaciones por desempleo. A tal efecto, la delimitación de estos conceptos por cada ordenamiento nacional se muestra insuficiente, debiendo existir una conceptualización europea a efectos de que no se distorsione la determinación del Estado competente de la protección en cada caso específico en función de las heterogéneas conformaciones nacionales de estos conceptos. Los elementos diferenciales pueden venir en la exigencia o no de que la empresa que mantiene parcialmente la contratación sea o no la misma que tenía contratado al trabajador a tiempo parcial, al carácter temporal o definitivo de la reducción de jornada, o bien en relación al número de horas de actividad que se mantienen para considerar si se da o no la situación de desempleo parcial.

La conformación de este tipo de protección por desempleo es poco homogénea en los diferentes Estados miembros de la UE, de manera que, mientras no se construya un verdadero sistema europeo común de protección por desempleo, las divergencias conceptuales van a seguir siendo un elemento de distorsión para la libre circulación de trabajadores y subsistirá la necesidad de “forjar” nociones comunitarias que deben imponerse a las conceptualizaciones de las legislaciones nacionales. Al respecto, es conveniente recordar que el “desempleo parcial” es una institución de Seguridad Social especialmente problemática, sobre su ordenación jurídica siempre ha sobrevolado la “sospecha de fraude” y la problemática para un control efectivo del tiempo efectivamente trabajado.

2. MARCO JURÍDICO EN EL QUE SE PLANTEA EL CASO CONCRETO

El Asunto C-655/13 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Centrale Raad van Beroep* (Países Bajos), mediante resolución de 9 de diciembre de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia (TJUE) el 12 de diciembre de 2013, en el procedimiento entre H. J. Mertens y *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 71 Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (en adelante, Reglamento n° 1408/71)³.

³ En su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, tal como fue modificado por el Reglamento (CE) n° 1606/98 del Consejo, de 29 de junio de 1998. Téngase en cuenta que el Reglamento 1408/71 ha sido sustituido por el Reglamento (CE) n° 883/2004, de 29 de abril, sobre Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, aunque la entrada en vigor de este nuevo Reglamento quedó pendiente de la aprobación de unas nuevas normas de aplicación, que se han recogido por el Reglamento (CE) n° 978/2009, de 16 de septiembre; esta nueva normativa está en vigor (...)

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Mertens y el *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekering* (Consejo de Administración del Organismo Gestor de la Seguridad social de los Trabajadores por Cuenta Ajena; en lo sucesivo, *Uwv*), en relación con una negativa de éste a conceder a la interesada determinadas prestaciones de desempleo.

El sistema de coordinación se asienta sobre el “principio de unicidad de la legislación aplicable”, conforme al cual se trata de garantizar la aplicación de un solo ordenamiento de Seguridad Social del migrante, evitando conflictos de leyes tanto positivos como negativos. Una vez identificada la legislación aplicable en materia de Seguridad Social será posible determinar también cuáles sean la “Autoridad Competente”, la “Institución Competente” y el “Estado Competente”. El art. 1 del Reglamento nº 1408/71, intitulado “Definiciones”, establece que, para los fines de aplicación de dicha norma [apartado o)] la expresión “*institución competente*” designa: i) la “institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones”; o ii) la “institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o los miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución”; o iii) la “institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate”; o iv) si se trata de un régimen relativo a las obligaciones del empresario en relación con las prestaciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, ya sea el empresario o el asegurador subrogado, ya sea, en su defecto, el organismo o la autoridad designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate. De otra parte [apartado q)] la expresión “*Estado competente*” designa el “Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la institución competente”.

Por su parte, el art. 13.1 del Reglamento nº 1408/71 dispone que, sin perjuicio de las disposiciones del art. 14 *quater* y 14 *septies*, las personas a las cuales sea aplicable el Reglamento “*sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro*” (“principio de unicidad de la legislación aplicable”) y esta legislación será determinada con arreglo a las disposiciones de la propia norma. En el ap. 2 del art. 13 de Reglamento nº 1408/71, sin perjuicio de las disposiciones de los arts. 14-17 de la norma, se establece que “*la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro o aunque la empresa o el empresario que la ocupa tenga su sede o su domicilio en el territorio de otro Estado miembro*” [letra a)]. Lo que erige el criterio de la *lex loci laboris* como regla general en la determinación de la legislación a la que se sujeta la persona asegurada.

La legislación nacional aplicable es, como regla general, aquélla donde el migrante estuvo empleado o cubrió períodos de seguro como trabajador en último lugar (con independencia de que se aplique también la técnica de la totalización de períodos de cotización). Para los trabajadores fronterizos existen reglas especiales en cuanto a la protección por desempleo. El art. 71.1 del Reglamento nº 1408/71 establece los criterios de selección de la legislación aplicable conforme al siguiente tenor, que diferencia entre las

desde el 1 de mayo de 2010, y desde ese momento las referencias a los Reglamentos 1408/71 y 574/72 habrán de entenderse hechas a los Reglamentos 883/2004 (como nuevo “Reglamento base”) y 987/2009 (como nuevo “Reglamento de aplicación”).

situaciones de paro parcial o total: El trabajador por cuenta ajena en situación de desempleo que residiera, mientras ocupaba su último empleo, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, disfrutará de las prestaciones conforme a las normas siguientes: a) i) el “*trabajador fronterizo que se halle en paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado competente como si residiese en el territorio del mismo*”; estas prestaciones serán abonadas por la institución competente; ii) el “*trabajador fronterizo que se halle en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sometido a dicha legislación mientras ocupaba su último empleo*”; estas prestaciones serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia.

Por lo tanto, el principio de territorialidad –aplicado a las prestaciones por desempleo– cede en los casos de “paro total”, la regla del Estado de residencia opera también para las prestaciones por desempleo de los “trabajadores fronterizos”, entendiéndose por tales las personas que desarrollan un trabajo por cuenta ajena o una actividad autónoma en un Estado miembro y que residen en un Estado diferente y al que retornan, como regla, diariamente o al menos una vez a la semana. El trabajador fronterizo en desempleo total deberá, por lo tanto, solicitar la prestación por desempleo a la entidad competente de su Estado de residencia, incluso aunque no haya realizado a la misma cotización alguna, y recibirá la prestación como si hubiera estado asegurado en la misma durante el transcurso del último periodo de ocupación. Pero la regla de territorialidad no cede en caso de que el paro sea “parcial”, y aquí es donde despliega su eficacia la noción jurisprudencial del TJUE.

3. SUPUESTO DE HECHO DEL LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

En el caso concreto, desde el 1 de enero de 2003 al 28 de febrero de 2009, la Sra. Mertens estuvo contratada a tiempo completo por la empresa *Saueressig GmbH* en Vreden (Alemania); a partir del 1 de marzo de 2009, la Sra. Mertens estuvo contratada a tiempo parcial, a saber, diez horas a la semana, por *ATG Service GmbH* en Ahaus (Alemania). Durante el período comprendido entre el año 2003 y el año 2009, la Sra. Mertens residía en Enschede (Países Bajos).

La Sra. Mertens solicitó al *Uwv* la concesión de prestaciones al amparo de la Ley neerlandesa de desempleo (*Werkloosheidswet*). El *Uwv* desestimó esta solicitud al estimar que, en virtud del Reglamento n° 1408/71, la Sra. Mertens debía ser calificada de trabajador fronterizo y que, como se hallaba en situación de paro parcial, debía presentar una solicitud para obtener las prestaciones de desempleo en el Estado miembro de su lugar de trabajo, que en su caso se trataba de Alemania. El órgano jurisdiccional neerlandés que conoció del litigio en primera instancia consideró igualmente que la Sra. Mertens estaba sometida a la normativa alemana.

Mediante resolución de 29 de abril de 2009, la *Bundesagentur für Arbeit* (Agencia Federal de Empleo Alemana) desestimó la solicitud de la Sra. Mertens para la obtención de las prestaciones de desempleo en Alemania. Esta Agencia estimó, de conformidad con el Código Social alemán (*Sozialgesetzbuch*), que la Sra. Mertens tenía la condición de

trabajador fronterizo en situación de paro total, dado que la continuación de su relación laboral a tiempo parcial se había producido con otro empresario.

La Sra. Mertens recurrió esta resolución ante el *Sozialgericht Münster* (Juzgado de lo Social de Münster, Alemania). Mediante sentencia de 18 de octubre de 2013, que ha adquirido firmeza, el *Sozialgericht Münster* desestimó el recurso interpuesto por la Sra. Mertens contra esa resolución de la *Bundesagentur für Arbeit*.

El *Centrale Raad van Beroep* (Tribunal contencioso-administrativo central, Países Bajos), ante el que la Sra. Mertens recurrió la resolución dictada por el órgano jurisdiccional neerlandés de primera instancia, considera que mientras estuvo contratada por las empresas *Saueressig* y posteriormente por *ATG*, la Sra. Mertens estaba sometida a la normativa alemana. Este Tribunal fundamenta su decisión en que el art. 71.1, letra a), inciso i) del Reglamento nº 1408/71 se refiere al trabajador fronterizo “*que se halle en paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación*”, así como que el art. 71.1, letra a), inciso ii), de dicho Reglamento se refiere al “*trabajador fronterizo que se halle en paro total*”. Según dicho Tribunal, el tenor de estas disposiciones no permite saber en qué Estado miembro recae la carga de las prestaciones de desempleo en la situación de un trabajador fronterizo en paro parcial que es contratado directamente por otro empresario en el mismo Estado miembro.

Según el Tribunal remitente de la cuestión, el TJUE declaró en su sentencia *de Laat* (C-444/98, EU:C:2001:165), en relación con un trabajador fronterizo que ha dejado de tener cualquier vínculo con el Estado miembro en el que había trabajado y que se halla, por tanto, en paro total, en el sentido del art. 71, apartado 1, letra a), inciso ii), del Reglamento nº 1408/71, que el Estado miembro del lugar de residencia es competente en materia de prestaciones de desempleo. El *Centrale Raad van Beroep* se refiere también a la Decisión nº 205, de la Comisión administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, de 17 de octubre de 2005, relativa al alcance del concepto de “*desempleo parcial*” respecto de los trabajadores fronterizos, en la que, según afirma, esta Comisión administrativa consideró que el desempleo parcial está ligado a la existencia o inexistencia de vínculo contractual entre empleado y empleador. Por este motivo, el tribunal remitente estima que de la sentencia *de Laat* (EU:C:2001:165) y de dicha Decisión parece desprenderse que, para poder considerar que la Sra. Mertens tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, debería haber existido una relación laboral continuada o nueva, incluso a tiempo parcial, pero consecutiva a la que vincula a la interesada con *Saueressig*, con ese mismo empresario. Según ese Tribunal, el trabajador sólo debe dirigirse a la institución de su lugar de residencia para ser asistido en la búsqueda de un empleo cuando ya no tenga ningún vínculo con el Estado miembro competente en el que trabajó y se encuentre en situación de paro total. Dicho tribunal deduce de ello que la carga de las prestaciones de desempleo recae en el Estado miembro que ofrece al interesado mayores posibilidades de encontrar un trabajo complementario. En el caso de autos, a este Tribunal le parece evidente que tal carga recae en la República Federal de Alemania.

No obstante, el Tribunal remitente alberga dudas al respecto, en particular, a la vista de la postura en sentido contrario adoptada por la *Bundesagentur für Arbeit*. Por tanto, ese Tribunal no excluye que quepa considerar a la Sra. Mertens en situación de paro total.

Dadas estas circunstancias, el *Centrale Raad van Beroep* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: “¿Procede interpretar el art. 71, apartado 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 en el sentido de que se opone a que se califique como trabajador fronterizo en paro parcial a un trabajador fronterizo que, inmediatamente después de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado por menos horas por otro empresario en el mismo Estado miembro?”.

4. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TJUE PARA RESOLVER LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Mediante su cuestión prejudicial, el Tribunal remitente pregunta si el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, en el sentido de dicha disposición, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro que no es el de su residencia, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro.

Hay que partir de la base de que el art. 71 Reglamento nº 1408/71 contiene disposiciones especiales aplicables a los desempleados que hayan residido, durante su último período de empleo, en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente. El TJUE ya había declarado que “las disposiciones de este precepto tratan de garantizar al trabajador migrante que se beneficie de las prestaciones de desempleo en las condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo” [vid. la Sentencia *Miethe*, 1/85, EU:C:1986:243, ap. 16 y jurisprudencia citada]. Esas disposiciones se distinguen de la norma general fijada en el art. 13.2 del Reglamento, que establece que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de ese Estado [vid. Sentencia *Jeltes y otros*, C-443/11, EU:C:2013:224, ap. 20].

El criterio clave para interpretar la norma en cuestión se asienta sobre la identificación del Estado miembro en el que se dan las condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo, o un empleo que complemente la jornada a tiempo parcial que siga desarrollando la trabajadora, en este caso.

Así, en virtud del art. 71, ap. 1, letra a), inciso ii), del Reglamento nº 1408/71, los trabajadores fronterizos que se hallen en “paro total” están sometidos a la normativa del Estado miembro en cuyo territorio residen. El TJUE ha considerado que dicha disposición “presume implícitamente que un trabajador en esas circunstancias disfruta en ese Estado miembro de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo” [vid. en este sentido, las Sentencias *Miethe*, EU:C:1986:243, apartado 17, y *Jeltes y otros*, EU:C:2013:224, ap. 21].

De ello se desprende que el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71, que dispone que el trabajador fronterizo que se halle en paro parcial o accidental en la empresa que le da ocupación está sometido a la legislación del Estado miembro competente, “debe interpretarse en el sentido de que presume también implícitamente que es en ese Estado miembro donde un trabajador en esas circunstancias disfruta de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo”.

El TJUE aboga por una noción “comunitaria” de paro total o parcial específica a estos efectos. A este respecto, sostiene con claridad que los criterios que sirven para determinar si debe considerarse que un trabajador fronterizo por cuenta ajena se halla en paro parcial o en paro total, en el sentido del art. 71, ap. 1, letra a), del Reglamento nº 1408/71, “deben ser uniformes y venir fijados por el Derecho de la Unión”. El TJUE ha declarado así que “dicha apreciación no puede basarse en los criterios establecidos por el Derecho nacional” [vid. la sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 18]. Del mismo modo, el TJUE ha declarado también que el “objetivo de protección del trabajador”, perseguido en el art. 71 del Reglamento nº 1408/71, “no se alcanzaría si, cuando el trabajador afectado siguiera empleado por la misma empresa, pero a tiempo parcial, en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio reside, aunque con la perspectiva de obtener un trabajo a tiempo completo, debiera dirigirse a una institución del Estado miembro de su lugar de residencia para que le asistiera en la búsqueda de un puesto de trabajo destinado a completar el que ya ocupa”. Y lo que más importa a efectos del caso concreto que nos ocupa, el TJUE considera que: “Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el trabajo a tiempo completo se haya convertido en un trabajo a tiempo parcial en virtud de la celebración de un nuevo contrato” [vid., en este sentido, la Sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 34].

Conforme al criterio del TJUE, esta conclusión se deriva del hecho de que la institución del Estado miembro del lugar de residencia del trabajador afectado se encontraría en “mucho peor situación que la del Estado miembro competente para ayudarle a encontrar un trabajo complementario cuyas condiciones fueran compatibles con el trabajo que ya ejerce a tiempo parcial, es decir, muy probablemente, un trabajo complementario que debería ejercer en el territorio del Estado miembro competente” [vid., en este sentido, la Sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 35].

Por este motivo, el TJUE establece que el trabajador “sólo debe dirigirse a la institución del Estado miembro de su lugar de residencia para ser asistido en la búsqueda de un empleo cuando ya no tiene ningún vínculo con el Estado miembro competente y se encuentra en paro total” [vid., en este sentido, la Sentencia *de Laat*, EU:C:2001:165, ap. 36]. De ello se desprende que –en contra de lo que sostiene el Gobierno alemán– una situación de *paro total* “implica necesariamente que el trabajador afectado ha dejado de trabajar por completo”. Por tanto, en el litigio principal, el TJUE considera que es “irrelevante la circunstancia de que la empresa que empleaba a la Sra. Mertens con un contrato de trabajo a tiempo completo no sea la misma que la que la empleó después con un contrato de trabajo a tiempo parcial”. Y para llegar a este razonamiento utiliza el argumento de la posible lesión “efecto útil” –reduciendo el ámbito de aplicación– de la propia norma si se utilizara una noción restrictiva de la misma, que se generaría con una interpretación del art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 que supeditase la aplicación de esta disposición al requisito de que la empresa en la que el trabajador fronterizo trabaja a tiempo parcial fuera la misma en la que antes trabajaba a tiempo completo.

Del mismo modo, también el TJUE considera que es irrelevante el hecho de que el contrato de trabajo controvertido en el litigio principal fije la duración del trabajo semanal en diez horas, puesto que el TJUE ya había declarado que no hay nada en los términos de la letra a) del art. 1 o del ap. 1 del art. 2 del Reglamento nº 1408/71 que permita excluir del ámbito de aplicación del Reglamento determinadas categorías de personas en razón del tiempo que consagran al ejercicio de su actividad [vid., por analogía, la Sentencia *Kits van*

Heijningen, C-2/89, EU:C:1990:183, ap. 10]. Esta interpretación del art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 es, según el TJUE, la “única que puede garantizar que los trabajadores fronterizos se considerarán en situación de paro parcial en el Estado miembro en el que disfruten de condiciones más favorables para encontrar un nuevo empleo a tiempo completo”. Por lo tanto, el número de horas contratadas en el empleo a tiempo parcial que se mantiene, es un criterio irrelevante a efectos de la aplicación de la norma.

En consecuencia, el TJUE concluye que el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71 “no puede interpretarse en el sentido de que excluye de su ámbito de aplicación al trabajador fronterizo que sigue manteniendo una relación laboral en el Estado miembro competente, aunque sea a tiempo parcial”; a lo que habría que añadir, incluso aunque sea con una empresa diferente a la que lo tenía contratado a tiempo completo. Repárese que no es inusual que, en el marco de reestructuraciones de plantilla, las empresas acuerden con sus trabajadores excedentes la recolocación –incluso a tiempo parcial– en otras empresas del mismo grupo empresarial o que mantienen con la empresa de origen algún tipo de vínculo financiero, productivo, comercial, etc.

Habida cuenta de todas las consideraciones sentadas por el TJUE, procede responder a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el art. 71, ap. 1, letra a), inciso i), del Reglamento nº 1408/71, debe interpretarse en el sentido de que *“tiene la condición de trabajador fronterizo en paro parcial, en el sentido de dicha disposición, un trabajador fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro”*. Por lo tanto, el Estado competente para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo parcial –aún en el caso de un trabajador fronterizo– es aquel Estado en el que sigue el trabajador realizando su prestación parcial de servicios –incluso contratado por otra empresa– y no el del territorio de su residencia (como sería en el caso de desempleo parcial).

5. DIVERGENCIAS CONCEPTUALES ENTRE LA NOCIÓN COMUNITARIA DE “PARO PARCIAL” Y NUESTRA NOCIÓN DE DERECHO INTERNO DE “DESEMPLEO PARCIAL”

Una vez sentada esta noción “comunitarizada” de “paro parcial” –de construcción jurisprudencial– a efectos de la determinación del Estado competente para las prestaciones por desempleo de los trabajadores fronterizos, conviene hacer algunas consideraciones sobre las divergencias de dicha noción con la que manejamos a nivel interno (el denominado “desempleo parcial”).

Básicamente, las diferencias son de un triple orden: a) situación de base, esto es, la jornada que se conserva ha de mantenerse con la misma empresa (no se contemplan la hipótesis de inmediata contratación a tiempo parcial por una nueva empresa tras cesar totalmente en la anterior); b) la situación se configura con carácter temporal y no permanente; y, por último, c) el número mínimo de horas contratadas que dejan de realizarse es un elemento que también condiciona la situación de desempleo parcial. Estos tres elementos son irrelevantes para la noción comunitaria de “paro parcial”.

En el ordenamiento español de Seguridad Social, el “desempleo total” se entiende como el cese del trabajador, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario. A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 trLET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (art. 262.2 trLGSS). El “desempleo parcial” se define como aquel en el que la jornada de un trabajador es objeto de una “reducción temporal” de su jornada ordinaria entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 trLET o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo [art. 262.3 y 267.1 c) trLGSS]. Por lo tanto, sólo están amparadas las situaciones por desempleo que se mueven dentro de la horquilla de reducción de jornada ordinaria que fija la norma.

Es de destacar que la noción de la Seguridad Social española de desempleo parcial conforma una situación que no comprende las reducciones de jornada “definitivas” ni las que afecten a todo el período de vigencia del contrato de trabajo. Esta noción restrictiva de desempleo parcial ha sido calificada, con acierto, de “poco comprensible, cuando no discriminatoria”, dado que dentro de la misma empresa somete a situaciones bien diversas a los afectados, atendiendo tan solo a la naturaleza que posea su vínculo y/o a su mayor duración⁴. La diferencia en realidad proviene del *modus* jurídico o vía que la empresa para reducir la jornada y la duración –temporal o permanente– de la misma, de manera que solamente se protegen situaciones temporales y no definitivas de “parcialidad sobrevenida” en la jornada efectiva que se realiza. Por lo tanto, no cabe confundir esta situación de desempleo parcial con una reducción de jornada definitiva, adoptada en el marco de una modificación de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 trLET, que habilita al trabajador a rescindir su contrato de trabajo con una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, sin esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada por la empresa sea la correcta, con derecho a percibir, en su caso, la prestación por desempleo, al tratarse de una situación expresamente reconocida en el art. 267.1 c) trLGSS.

Por último, en nuestra noción nacional no se contempla al posibilidad de considerar desempleado parcial al trabajador que, despedido de una empresa, pasa sin solución de continuidad a ser contratado a tiempo parcial por otra diferente.

Así pues, la situación fáctica contemplada por la sentencia en análisis no encajaría –en ninguno de los caracteres reseñados– en nuestra noción de “desempleo parcial”; y ello conviene tenerlo en cuenta porque, a pesar de ello, en situaciones similares el Estado español –cuando sea el del lugar donde el trabajador fronterizo desarrolla su prestación de servicios– sería el competente para el reconocimiento de dichas prestaciones (a la

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 438.

búsqueda del empleo “complementario” del que se mantiene), conforme a la legislación española. La consecuencia es que la situación no generaría derechos económicos prestacionales en España, pero entendemos que sí todas las prestaciones de servicios derivadas de las políticas activas de empleo para garantizar –o procurar– una integración plena –y no parcial– del trabajador fronterizo en nuestro mercado de trabajo (y hacer así más efectiva la libre circulación de trabajadores).

De todos modos, al no encontrarse en la noción de “situación legal de desempleo” como requisito para el acceso a la protección por desempleo la cuestión se antoja algo compleja desde un punto de vista jurídico. Por ello, considero más adecuado que se pudiera establecer como criterio el de *norma nacional más favorable para el trabajador*, dejando al trabajador la opción por beneficiarse de la protección nacional (respetando el principio de unicidad en la legislación aplicable) que considere más favorable para su situación, evitando así los casos en los que la protección del Estado competente –en situaciones de desempleo parcial de trabajadores fronterizos– sea inexistente o insuficiente y cuando el Estado de residencia del trabajador ofrezca una cierta tutela (o una más adecuada).

6. ¿HACIA UN SISTEMA EUROPEO COMÚN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO?

El surgimiento de este tipo de problemas aplicativos, para lograr que la libre circulación de trabajadores sea una realidad efectiva en la UE, y que las diferencias en los regímenes de protección por desempleo nacionales no sean un inconveniente funcional grave, sirve también para llamar la atención sobre la “aspiración” a vertebrar un verdadero *sistema común europeo de protección por desempleo*. Un sistema único que incremente la solidaridad entre los Estados (como herramienta también de estabilización económica), especialmente para afrontar –de manera más redistributiva y solidaria entre los Estados– los “efectos sociales asimétricos” de los *shocks* económicos en el seno de la UE⁵. Sería el correlato de las crecientes exigencias de mayor coordinación en materia de política y objetivos de empleo que se integra en los nuevos métodos de gobernanza económica a escala europea.

Este sería un debate mucho más amplio, y conllevaría una profunda reforma del propio Derecho originario de la UE (como ha tenido ocasión de reconocer la propia Comisión Europea)⁶ pero supondría elevar al plano de la UE –como verdadera política de la misma– una problemática que afecta muy gravemente a un cierto grupo de países socios, entre los que se encuentra muy significativamente España. En todo caso, conviene recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE reconoce tanto el derecho de los ciudadanos a la protección en caso de pérdida del empleo (art. 38.1) como el derecho a una ayuda social para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes (art. 38.3) y que es obligación de los Estados miembros y de las instituciones de la UE garantizar su efectividad.

⁵ Sobre sus posibles modalidades de implementación, *vid.* los trabajos de DULLIEN, S.: *A euro-area wide unemployment insurance as an automatic stabilizer: Who benefits and who pays?*, Comisión Europea, diciembre 2013; “An unemployment insurance scheme for the euro area”, *Trésor-Economics*, núm. 132, junio 2014.

⁶ COMISIÓN EUROPEA: Strengthening the social dimension of the Economic and Monetary Union: frequently asked questions, Bruselas, 2 de octubre de 2013.

