nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La coexistencia del régimen comunitario aplicable a los familiares de ciudadanos de la unión y el derecho a la capitalización de la prestación por desempleo en el marco del retorno voluntario al país de origen. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 442/2022 (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2022

The combination of the Community scheme applicable to family members of EU citizens and the right to unemployment benefit capitalisation in the context of voluntary return to the country of origin. Commentary on Supreme Court Ruling 442/2022 (Social Division) of 17 May 2022

Fran Morenilla Belizón *Letrado.*
Colegiado núm. 3.209 Ilustre Colegio de Abogados de Almería

Cita Sugerida: MORENILLA BENIZÓN, F.: «La coexistencia del régimen comunitario aplicable a los familiares de ciudadanos de la unión y el derecho a la capitalización de la prestación por desempleo en el marco del retorno voluntario al país de origen. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 442/2022 (Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2022», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 119-134

Resumen

En este estudio se analiza una decisión del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, a través de la cual se aborda la cuestión del acceso de los familiares de ciudadanos de la Unión, a los que les resulta de aplicación el régimen comunitario, al beneficio del pago único y anticipado de la prestación por desempleo para nacionales de terceros estados que se acogen a programas de retorno de voluntario al país de origen. Resulta especialmente interesante el estudio del Tribunal acerca del choque que se plantea entre los distintos bloques normativos referidos. Viene, por tanto, a resolver una situación en la práctica conflictiva en cuanto se refiere a la limitación al acceso al derecho a la capitalización de la prestación por desempleo de aquellas personas extranjeras que optan por el retorno voluntario a su país de origen.

Palabras clave

Capitalización; prestación por desempleo; retorno voluntario; régimen comunitario; libertad de circulación y residencia; renuncia

Abstract

This study analyses a decision of the Supreme Court, in a doctrine unification, which addresses the question of the access of family members of EU citizens, to whom the EU regime applies, to the benefit of the single and early payment of unemployment benefits for third-country nationals who benefit from voluntary return programmes to their country of origin. The Court's study of the conflict that arises between the different blocks of legislation referred to is particularly interesting. It therefore resolves a situation of conflict in terms of limiting access to the right to the unemployment benefit for those foreigners who opt for voluntary return to their country of origin.

Keywords

Capitalisation; unemployment benefit; voluntary return; community regime; freedom of movement and residence; renunciation

Fecha Recepción: 1/9/2022 - Fecha Revisión: 26/9/2022 - Fecha Aceptación: 27/9/2022
Pags. 119-134

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo número 442/2022, de 17 de mayo[1] aborda, en unificación de doctrina, la cuestión de la capitalización de la prestación por desempleo de una persona extranjera, nacional de Ecuador, que se encuentra en España en situación legal, como familiar de ciudadana de la Unión. Analiza, en contraste con la sentencia referencial[2], el posible choque entre el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen[3] (en adelante, RDL 4/2008) y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[4] (en adelante, RD 240/2007).

El asunto resulta especialmente interesante tras la lectura de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para resolver una problemática relacionada con la renuncia temporal al derecho a la libertad de circulación y residencia derivado de los tratados comunitarios, encuadrada en la regulación de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que retornan a su país de origen en el marco de programas de retorno voluntario. En este sentido, el asunto plantea una cuestión que no pareció haberse tenido en cuenta en la redacción del RDL 4/2008 (posterior al RD 240/2007) y que dejó fuera de su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros estados a los que les resulta de aplicación el régimen comunitario por ser familiares de ciudadanos de la Unión, pero que no ostentan la nacionalidad de ningún estado miembro.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA Y HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El caso se analiza a través de la jurisdicción social y se inicia mediante demanda tramitada por el Juzgado de los Social nº 3 de Murcia frente a resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE) que acordó desestimar la reclamación previa efectuada por el demandante contra la resolución de la misma administración que acordaba la revocación de prestaciones por desempleo reconocidas previamente por el propio SPEE.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, mediante sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, desestima la demanda formulada confirmando la resolución del SPEE. Seguidamente, se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia frente a la referida sentencia desestimatoria, dictándose nueva sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018 que desestimó el recurso interpuesto, confirmando el pronunciamiento de instancia.

Finalmente, frente a la sentencia dictada en suplicación, se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina en el que se alegó, como sentencia contradictoria con la recurrida, la dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 6 de mayo de 2015.

Respecto a lo fáctico, los hechos más relevantes del presente asunto se iniciaron con la solicitud de abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que retornan a su país de origen que el interesado efectuó en fecha 1 de octubre de 2013 ante el SPEE, la cual fue inicialmente concedida mediante resolución de 14 de octubre de 2013, abonándole el 40 % de la cuantía total de la prestación pendiente de percibir. En esta resolución el

[1] Véase sentencia del Tribunal Supremo número 442/2022, de 17 de mayo, recurso número 851/2019, Sala de lo Social, Sección 1ª.

[2] Véase sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, número 1049/2015, de 6 de mayo, recurso número 399/2015, Sala de lo Social, Sección 1ª.

[3] BOE núm. 228, de 20/09/2008.

[4] BOE núm. 51, de 28/02/2007.

SPEE indicaba que, para percibir el 60 % restante, el interesado debía comparecer personalmente en la Embajada Española en el país de origen para acreditar su retorno, entregando en ese momento su Tarjeta de Identidad de Extranjero (en adelante, TIE). Es de resaltar el hecho de que, en un primer momento, el SPEE no planteó ninguna objeción a que el interesado disfrutara de la capitalización de prestaciones que estaba solicitando como familiar de ciudadana de la Unión[5].

Sin embargo, ya desde el país de origen y habiendo comparecido ante la referida misión diplomática, el propio interesado informa al SPEE de las trabas y condiciones que se le plantean por parte de la Embajada para poder percibir el 60 % restante de la prestación por desempleo capitalizada. Concretamente, la Embajada exigía el desistimiento de la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por residencia, que se encontraba en trámite en ese momento; y, en cualquier caso, se le impedía la capitalización efectiva de la prestación por desempleo en el país de origen al considerar la Embajada que el interesado no estaba entre las personas beneficiarias de los programas de retorno voluntario, al serle aplicable el régimen comunitario como consecuencia directa del matrimonio con ciudadana de nacionalidad española, aun cuando no ostentaba la nacionalidad de ningún estado miembro.

Al escrito presentado por el interesado se le responde, en última instancia, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2014 que acuerda la revocación de la prestación por desempleo concedida, inicialmente, a través de resolución de 14 de octubre de 2013, dejando sin efecto los derechos que en ella se reconocían al ser titular el interesado, en el momento del hecho causante, de TIE de familiar de ciudadana de la Unión, por estar casado con ciudadana de nacionalidad española, no siendo por tanto aplicable en este caso el RDL 4/2008.[6]

Frente a la resolución de revocación el interesado planteó reclamación previa que fue desestimada por el SPEE mediante resolución de fecha 27 de junio de 2014 que confirmaba la anteriormente dictada y agotaba así la vía administrativa.

Ya en vía judicial, el Juzgado de lo Social nº 3 de Murcia, en su sentencia número 201/2017, de 2 de mayo 2017, desestimó la demanda formulada, concluyendo que al interesado le resultaban aplicables las normas reguladoras del régimen comunitario, en particular, el RD 240/2007; de modo que su derecho a la libre de circulación, derivado del matrimonio con ciudadana de nacionalidad española, colisiona con la obligación de entregar la TIE.

Y, por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia número 1090/2018, de 28, de noviembre de 2018 desestimó el recurso de suplicación interpuesto por el interesado, aunque reconocía que otros Tribunales Superiores habían llegado a conclusiones distintas. En su sentencia resaltaba la falta de entrega de la TIE, como requisito exigido por el artículo 4.2.b) del Real Decreto 1800/2008 de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen[7] (en adelante, RD 1800/2008). Y, así mismo, confirmaba la conclusión a la que había llegado la sentencia de instancia en cuanto a la aplicación del RD 240/2007, al alcanzar al interesado el ámbito subjetivo de aplicación de dicho texto normativo. Se confirmaba, por tanto, la colisión entre el RDL 4/2008 (norma con rango de Ley) y el RD 240/2007 (norma con rango de reglamento que vino a trasponer el contenido de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia,

[5] El interesado, nacional de Ecuador, había contraído matrimonio con ciudadana de nacionalidad española con anterioridad a la solicitud de la prestación por desempleo.

[6] Véase la sentencia del Tribunal Supremo número 1295/2017, de 18 de julio, recurso número 298/2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª. Sobre la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007 a los cónyuges de personas de nacionalidad española que no han ejercido nunca la libertad de circulación en el territorio de la Unión Europea.

[7] BOE núm. 272, de 11/11/2008.

y los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros[8]; en adelante, Directiva 2004/38/CE).

3. LA SENTENCIA REFERENCIAL Y LA CONTRADICCIÓN PARA UNIFICACIÓN

A efectos comparativos, el recurrente identificó la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de 06 de mayo de 2015. En este asunto el demandante, de nacionalidad argentina, estaba casado con persona con doble nacionalidad y el SPEE revocó la resolución inicial que le concedía la capitalización del desempleo con retorno a su país, invocando el mismo motivo que en el presente caso. Esta sentencia censura el criterio del SPEE pues se basa en una *"condición o circunstancia personal o social"* que no viene contemplada como excluyente de los requisitos exigidos para ostentar el derecho a la prestación. Eso llevaría a confirmar una discriminación para todas aquellas personas extranjeras no comunitarias que hayan contraído matrimonio con otra persona de nacionalidad española. Además, no existe entre las personas beneficiarias que deban ser excluidas de la medida contemplada en el RD 1800/2008, a los que hayan contraído matrimonio con ciudadano de la Unión Europea, o tenga determinados lazos familiares. Ello no impide el retorno del beneficiario a su país de origen, a fin de consolidar su carrera de seguro, e incluso cumplir con el compromiso asumido, cuestión distinta será el supuesto de que se infrinja, lo que lleva el objeto de la controversia a una situación posterior a la contemplada en las presentes actuaciones. En definitiva, el SPEE no habría acreditado la falta de cumplimiento de los requisitos expresados en el artículo 2 del RD 1800/2008, por lo que el demandante fue repuesto en sus derechos.

De esta manera, la contradicción concurrente radica en el criterio mantenido por los distintos Tribunales Superiores de Justicia acerca de la posibilidad de que los nacionales de terceros estados a los que les resulta aplicable el régimen comunitario previsto en el RD 240/2007 puedan disfrutar del abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo cuando retornen voluntariamente a su país de origen. Particularmente interesante resulta el debate respecto a la compatibilidad entre el compromiso de no regreso a España como condición indispensable que exige el RDL 4/2008 y el derecho a la libre circulación y residencia que garantiza el RD 240/2007 a los nacionales de los estados miembros y a sus familiares, como materialización de las previsiones de la Directiva de 2004/38/CE, así como del artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea[9] y del artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[10].

4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL Y EL FALLO DE LA SENTENCIA

En la comentada sentencia el Tribunal argumenta su posición para resolver la contradicción, principalmente, desde cuatro enfoques básicos: sobre el compromiso de no regresar a España, sobre la exclusión subjetiva del beneficio, sobre la finalidad de la capitalización y sobre la incompatibilidad normativa. Ello sin perjuicio de otras tantas consideraciones adicionales que conducen al Tribunal a la decisión final y a la unificación de doctrina.

En primer lugar, respecto al compromiso de no regresar a España, el apartado cuarto del RDL 4/2008 dispone que *"para poder ser beneficiario del abono de la prestación por desempleo, en la modalidad señalada en el apartado uno* (modalidad de pago anticipado y acumulado)*, el trabajador extranjero deberá comprometerse a retornar a su país de origen, en el plazo de treinta días naturales y no retornar a España en el plazo de tres años."* En consecuencia, señala el Tribunal, no estamos ante una prohibición normativa de regresar a España, sino ante la voluntaria renuncia (temporal) a ejercer un derecho; de modo que si la persona interesada no opta por la capitalización del desempleo tampoco debe asumir este compromiso. El RDL 4/2008 no impone de manera automática y consecutiva este

[8] Diario Oficial de la Unión Europea, 30/04/2004, L 158/77.
[9] Diario Oficial de la Unión Europea, 30/03/2010, C 83/13.
[10] Diario Oficial de la Unión Europea, 30/03/2010, C 83/47.

compromiso, sino que lo establece como condición; por lo tanto, es la propia persona solicitante de la capitalización del desempleo la que acepta este gravamen. Para el Tribunal el término *"compromiso"*, en este contexto, es sinónimo de una manifestación de voluntad unilateral y recepticia en virtud de la cual la persona interesada se compromete a volver a su país de origen, desistiendo, a su vez, de la posibilidad de desarrollar actividades productivas en España. En definitiva, considera el Tribunal que el cumplimiento de este requisito no supone la renuncia definitiva al derecho a la libre circulación que se posee como cónyuge de una persona con nacionalidad española, ya que se trata de una situación temporal y reversible, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la exclusión subjetiva, el apartado tercero del RDL 4/2008 establece que *"quedan excluidos de la aplicación de este Real Decreto-Ley los trabajadores nacionales de países que formen parte de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza."* Advierte el Tribunal, con carácter previo, que estamos ante una excepción que es restrictiva del derecho contemplado en la norma, por lo que no cabe aplicación analógica alguna. En este sentido, la incorporación de nuevos colectivos de personas excluidas de la capitalización del desempleo debe proceder del propio legislador y no del intérprete. Insiste la resolución en que, si la norma que concede el beneficio no ha querido distinguir más allá de su contenido, tampoco resulta defendible que se haga a través de su interpretación. Por su parte, el apartado segundo del RDL 4/2008 define como beneficiarios de esta modalidad de capitalización a *"los trabajadores desempleados que se encuentren legalmente en España y sean nacionales de países que, en cada momento, tengan suscrito con España convenio bilateral en materia de Seguridad Social. No obstante, el Ministro de Trabajo e Inmigración podrá extender la modalidad de abono de la prestación por desempleo señalada a los trabajadores extranjeros nacionales de países con los que España no tenga suscrito convenio bilateral en materia de Seguridad Social, siempre que se considere que dichos países cuentan con mecanismos de protección social que garanticen la dispensa de una cobertura adecuada o en atención a otras circunstancias específicas que puedan concurrir en los países de origen o en los solicitantes"*. En conclusión, a la vista de la determinación negativa y positiva que efectúa el RDL 4/2008, no aparece exclusión alguna referida a la condición familiar de la persona interesada, por lo tanto, la interpretación literal de ambos preceptos sobre las personas beneficiarias de esta modalidad de capitalización de la prestación por desempleo, junto a la prohibición de interpretación analógica a la que, acertadamente, se refiere el Tribunal con expresa mención del artículo 3.1 CC[11], apoyan favorablemente la concesión de este beneficio a los familiares de personas de nacionalidad española a los que les resulta aplicable el régimen comunitario.

En tercer lugar, en relación a la finalidad de la capitalización pretendida, recalca el Tribunal que el RDL 4/2008 surge por el deseo de permitir el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago anticipado y acumulado cuando la actividad profesional a desarrollar por la persona desempleada no se realice en territorio español, sino en el país de origen. Llama la atención acerca de que la interpretación del SPEE deja sin solución a los supuestos como el presente en el que las expectativas de reinserción laboral o profesional del trabajador desempleado se plantean en el país de origen. Establece por tanto el Tribunal que la teleología de la norma invita a no cercenar su aplicación cuando concurre el supuesto de hecho por ella diseñado.

Y, en cuarto lugar, acerca de la incompatibilidad normativa el Tribunal concluye que no considera que los bloques normativos (RDL 4/2008 y RD 240/2007) deban relacionarse de manera excluyente, sino que se trata de previsiones complementarias y alternativas. Es decir, que el beneficiario de la prestación por desempleo sea extranjero y posea los beneficios propios de su matrimonio con persona de nacionalidad española le concede opciones o posibilidades adicionales, pero no le restringe las que le son inherentes a su condición de persona extranjera. Al recurrente se le denegó la capitalización porque poseía los beneficios propios del RD 240/2007, pero lo cierto es

[11] Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889. Precepto que regula, con carácter general, los métodos de interpretación de las normas.

que, como señala acertadamente el Tribunal, esa norma, pese a ser anterior, no aparece invocada por el RDL 4/2008, cuando podría haberlo hecho si el legislador lo hubiera tenido en cuenta. El ejercicio del derecho específico de esta modalidad de capitalización comporta una restricción del genérico a circular y desarrollar actividades en España y esta restricción forma parte de la propia institución regulada en el RDL 4/2008, es aceptada libremente y, además, puede revocarse afrontando las consecuencias de ello. El artículo 7.c) del RD 1800/2008 obliga al reintegro de los importes indebidamente percibidos *"cuando se hubieran incumplido los compromisos adquiridos y las condiciones señaladas en el artículo único del R.D. Ley 4 /2008 y en este R.D."*. Para el Tribunal, esta es, precisamente, la consecuencia lógica de la interacción de ambos bloques: si quien asume, voluntariamente, la obligación de permanecer tres años en su país de origen decide incumplirla podrá activar los derechos específicos de cónyuge de persona comunitaria, pero estará obligado a devolver la prestación capitalizada.

En el siguiente epígrafe se plantearán algunos comentarios a estas cuatro principales conclusiones del Tribunal. No obstante, también relevantes son las tres cuestiones adicionales que resuelve la sentencia, la cual añade que las conclusiones alcanzadas no derivan solo de la interpretación literal y sistemática de las normas implicadas, sino que también cuenta con otros argumentos favorables, como es el hecho de que la solución alcanzada permite que la figura examinada cumpla con la finalidad prevista expresamente por el RDL 4/2008, según el cual: *"con el abono de esta modalidad de prestación se favorecerá la reinserción laboral y profesional en sus países de origen, se fortalecerá el desarrollo de estos países con el retorno de trabajadores con una cualificación y experiencia laboral enriquecida y formativa y permitirá reforzar la relación de nuestro país con los países de origen."*

Por lo que se refiere a la supuesta discriminación por razón de matrimonio a la que alude la sentencia referencial, el Tribunal no considera que en este caso la decisión del SPEE se base en la existencia de un vínculo matrimonial, sino en el disfrute de los beneficios derivados del propio matrimonio con persona de nacionalidad española. En el supuesto analizado lo relevante es la posesión de la ciudadanía de uno de los Estados miembros o de una posición similar como la de sus familiares. De este modo, la causa a través de la cual se accede a dicho estatuto resulta solo instrumental, puesto que el mismo trato que a las personas casadas con persona de ciudadanía comunitaria se aplica también a su pareja de hecho, descendientes o ascendientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del RD 240/2007[12].

Y, finalmente, hace referencia la sentencia a la cuestión de la tenencia o devolución de la TIE de la que era titular el interesado, la cual no puede erigirse en elemento definitorio del derecho sustantivo que refleja dicho documento o obstáculo para el disfrute de otros derechos asociados.

En conclusión, el Tribunal establece la siguiente doctrina unificada: La persona que ostenta una nacionalidad extranjera, aunque esté casada con otra de nacionalidad española y amparada por el RD 240/2007, tiene derecho a capitalizar la prestación por desempleo en las condiciones previstas por el RDL 4/2008. La interpretación de las normas en presencia así lo avala atendiendo a su literalidad, concordancia y finalidad.

5. LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN RELACIÓN A LA

[12] El Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2015) amplió significativamente el ámbito subjetivo de aplicación del RD 240/2007 introduciendo el artículo 2 bis que hace referencia a otros familiares a los que igualmente les resultaría de aplicación el régimen comunitario.

REVISIÓN DE OFICIO Y REVOCACIÓN DE LA CONCESIÓN INICIAL DEL BENEFICIO DE LA CAPITALIZACIÓN

Inicialmente, sobre los hechos relevantes de la sentencia comentada, llama la atención la revisión de oficio y revocación del acto administrativo por el cual, aún estando todavía en España y ostentando ya la misma situación legal derivada del matrimonio con persona de nacionalidad española, se le concede al interesado el beneficio de la capitalización de la prestación por desempleo en la modalidad de pago acumulado y anticipado. En realidad, la sentencia no especifica la fecha de celebración del matrimonio, que, como analizaremos más adelante, debe ser la fecha de referencia en cuanto al carácter constitutivo del régimen comunitario. Tampoco la sentencia detalla el tipo de régimen aplicable al interesado (comunitario o de extranjería, en general) en el momento de la solicitud de la prestación. Sin embargo, del propio acto administrativo de revocación debemos entender que la solicitud se presentó siendo ya de aplicación el régimen comunitario derivado del matrimonio con persona de nacionalidad española, pues en dicha resolución se confirman los impedimentos planteados desde la Embajada de España al detectar que al interesado no le eran aplicables las previsiones del régimen general de extranjería para nacionales de terceros estados.

En este sentido, se entiende que el interesado actuó de buena fe al formular su solicitud aportando junto con la solicitud de la prestación por desempleo toda la documentación requerida e incluso la propia TIE que acreditaba, ya desde ese momento, su condición de familiar de ciudadano de la Unión. Es decir, no puede afirmarse que la Administración fuera desconocedora de esa situación legal desde la personación del interesado en la Embajada, sino que ya la conocía desde el momento de la solicitud y, sin plantear ninguna objeción, ni habiendo incurrido el interesado en omisión de ningún tipo, acordó mediante resolución la concesión del beneficio en cuestión, condicionado al efectivo retorno y personación en la Embajada de España en el país de origen.

De este modo, debe tenerse presente que el interesado, como es lógico, no habría retornado a su país de origen, asumiendo un compromiso de no regreso durante los tres años siguientes, de no haberse concedido la capitalización solicitada; pues el efectivo retorno, no solo constituye uno de los requisitos para la completa capitalización, sino que se trata de una drástica decisión que se apoya exclusivamente en las oportunidades que brinda la percepción de prestaciones por desempleo por parte de personas extranjeras que se acogen a programas de retorno voluntario. Por lo tanto, el elemento esencial en el que se fundamenta la decisión de retornar (y de no regresar en el plazo indicado) era, precisamente, la certeza, construida a partir de resolución expresa de la Administración, de que, una vez retornado se percibirían el resto de la capitalización de la prestación por desempleo. Dicho de otro modo, es razonable afirmar, que el interesado jamás habría retornado, asumiendo el compromiso de no regreso, de haber sabido que la Administración pondría cualquier tipo de impedimento a la efectiva percepción de la prestación por desempleo en el país de origen.

A este respecto, se relacionan en el presente asunto el artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social[13], por lo que se refiere a la revisión de actos declarativos de derechos y los principios de confianza legítima, buena fe y/o seguridad jurídica. Y en este sentido, es preciso recalcar la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo número 1503/2016, de 22 de junio 2016[14], según la cual:

"B) No resulta fácil distinguir el principio de confianza legítima de otros principios como el de buena fe o el de seguridad jurídica.

Es más que evidente que entre esos tres conceptos hay una estrecha relación. La buena fe, concepto quizá más fácil de sentir que de definir, en cuanto principio jurídico tiene muy distintas

[13] BOE núm. 245, de 11/10/2011.

[14] Véase sentencia del Tribunal Supremo número 2218/2016, de 22 de junio, recurso número 2218/2016, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª.

manifestaciones. En lo que ahora importa, implica una exigencia de coherencia con la confianza que en los demás ha podido razonablemente originar la conducta anterior de la Administración.

El alcance del principio de confianza legítima ha sido perfilado en la sentencia de esta Sala de 13 de mayo de2009 (cas. 2357/2007).

El artículo 3.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, de 13 de enero dispone que: "Igualmente (las Administraciones Públicas) deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima".

Pero aceptando que ese principio, junto con el de la buena fe, vinculan a las Administraciones Públicas en las relaciones que entablan con los ciudadanos y los administrados, no es posible concluir que ese principio deba en todo caso jugar a favor de estos y en perjuicio de las Administraciones, sino que en cada caso la obligación de respeto que del mismo se deduzca para el proceder de la Administración habrá de estar en relación con las circunstancias que concurran, sin que en él se puedan amparar creencias subjetivas de los administrados que se crean cubiertos por ese manto de confianza si la misma no viene respaldada por la obligación de la Administración de responder a esa confianza con una conducta que le venga impuesta por normas o principios de derecho que le obliguen a conducirse del modo que espera el demandante, confiado en esa pretendida confianza.

Así, en sentencia de 15 de abril de 2002, (rec. de casación núm. 77/1997), en esa línea, la Sala expresó que el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (Cfr. SSTS de 10 de mayo , 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001). Pero ello en el bien entendido de que, no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles.

[...]

Al respecto, resulta oportuno recordar la doctrina de nuestra jurisprudencia sobre los actos propios. «[...] En la STC. de 21 de abril de 1988, nº 73/1988, se afirma que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de "venire contra factum propium" surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos. El principio de protección de la confianza legítima ha sido acogido igualmente por la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 1de febrero de 1990 (fº.jº. 1 º y 2º), 13 de febrero de 1992 (fº.jº. 4 º), 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997. La Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, altera la redacción del artículo el 3º,cuyo nº 1, párrafo 2º, pasa a tener la siguiente redacción:

"Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima", expresándose en el Apartado II dela Exposición de Motivos de la citada Ley lo siguiente: "En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente».

Además, la doctrina de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 , 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que, normalmente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos."

Quizá esta cuestión no fue planteada por ninguna de las partes durante los procesos judiciales o quizá sí y fue resuelta sin complejidad, pero lo cierto es que la revisión y revocación de la resolución de concesión inicial de capitalización de la prestación por desempleo plantea muchas dudas a la vista de los hechos relevantes contenidos en la sentencia comentada.

6. LA EXIGENCIA DEL DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Otra cuestión llamativa y que se menciona de pasada entre los hechos relevantes es la exigencia de la Embajada española de que el interesado renunciara a la nacionalidad española *"que no tenía y que estaba en trámite"*[15]. De hecho, ello invita a reflexionar, en primer lugar, acerca de la respuesta que habría dado la Dirección General de Registros y del Notariado a dicha solicitud en el caso de que fuera conocedora de la suscripción del compromiso de no regreso España durante los tres años siguientes al retorno voluntario estando en trámite el expediente de nacionalidad, pues ello podría afectar a la acreditación del requisito de la suficiente integración en la sociedad española. Y, precisamente, esta casuística ya ha sido abordada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de abril de 2019[16], recurso número 455/2018, en la que se señala al respecto lo siguiente:

"En el presente caso, según se desprende del expediente, se deniega a la demandante la solicitud de la nacionalidad española por residencia, porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española. La recurrente, nacida en Colombia en el año 1960, residía legalmente en España desde 2005. Solicitó la nacionalidad española el 4 de abril de 2011.

[15] El artículo 22.2.d) del CC solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia al que, al tiempo de la solicitud, llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho.

[16] Véase la sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 de abril de 2019, recurso número 455/2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª.

Con fecha 15 de septiembre de 2012, estando en tramitación el expediente de nacionalidad y ya celebrada la audiencia ante el Encargado del Registro Civil de Vitoria, la interesada se acogió a un programa de retorno voluntario a su país, al amparo de lo previsto en el Real Decreto Ley 4/2008, de 10 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, abandonó el territorio español y regresó a Colombia.

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que, si bien el Ministerio Fiscal y el Encargado del Registro Civil de Vitoria informaron favorablemente a la concesión de la nacionalidad, ello se produjo con anterioridad a que la solicitante abandonara el territorio español en septiembre de 2012, y regresara a su país, pese a que estaba en tramitación el expediente de nacionalidad, permaneciendo en Colombia cuando se dicta la resolución denegatoria de la nacionalidad en septiembre de 2014.

Se dice en la exposición de motivos del citado Decreto Ley 4/2008, en la cual se concreta la finalidad de esta norma y se indica que «...Con el abono de esta modalidad de prestación se favorecerá la reinserción laboral y profesional en sus países de origen (...). La medida parece además más oportuna en la actual coyuntura económica de restricción de empleo, para ofrecer a los trabajadores extranjeros oportunidades y recursos para su inserción laboral y profesional en sus países de origen.»

Por lo que, los trabajadores extranjeros que voluntariamente decidan acogerse al programa de retorno voluntario, se benefician de una serie de derechos extraordinarios en cuanto al percibo de prestaciones contributivas por desempleo y, por otro lado, también voluntariamente, se obligan a asumir el cumplimiento de unos requisitos ineludibles, entre las que se encuentran abandonar voluntariamente España durante un periodo de tres años, no tener derecho a la residencia legal en nuestro país durante ese periodo y a que las ayudas recibidas se empleen en conseguir oportunidades y recursos para su inserción laboral y profesional en su país de origen.

Por tanto, la demandante, al acogerse a esta medida, adquirió de forma voluntaria unos derechos y obligaciones entre las que se encontraban abandonar España durante un periodo de tres años, no mantener el derecho a la residencia legal en nuestro país durante ese periodo, y a adquirir el compromiso por su parte de realizar una inserción laboral y profesional en su país de origen.

Por todo lo cual, durante los tres años que duró la medida, la actora se comprometió por su propio interés y de forma voluntaria a mantener, tanto su residencia habitual, como su centro de intereses personales, familiares y, sobre todo, laborales, en su país de origen y no en España y todo ello a cambio de beneficiarse de los derechos establecidos en el citado texto legal. Por otro lado, la ausencia de España de esta durante la tramitación de su expediente no se debió a un hecho de índole familiar la interesada abandonó España acogiéndose a los derechos y obligaciones establecidos en el Real Decreto Ley 4/2008 y, una de estas obligaciones es la de comprometerse a realizar una inserción laboral y profesional en su país de origen, por más que la interesada aprovechara los derechos obtenidos por acogerse al citado texto para realizar otro tipo actividades en su país de origen no establecidas en dicha norma, como puede ser en este caso el cuidado de sus familiares.

Así las cosas, no puede considerarse integrado en la sociedad española a quien, sin haber concluido el expediente de nacionalidad y estando todavía en tramitación, opta voluntariamente por abandonar su residencia en España y regresar a su país de origen, lo que demuestra la ausencia de voluntad de residir en España con vocación de continuidad. A la misma conclusión llegamos en nuestra Sentencia de 10 de abril de 2018 –recuso nº 1.487/2015–, en un supuesto semejante al que nos ocupa."

Y, en segundo lugar, esa restricción *ex novo* (la exclusión de entre los beneficiarios de la capitalización a quienes tengan en trámite expedientes de adquisición de la nacionalidad española) que delimita en mayor medida el concepto de beneficiario de la capitalización de la prestación por

desempleo en su modalidad de pago acumulado y anticipado, nos lleva de nuevo al argumento utilizado por el propio Tribunal en relación al hecho de que nos encontramos antes una excepción que es restrictiva del derecho contemplado en la norma, por lo que no cabe aplicación analógica alguna; de manera que la incorporación de nuevos colectivos de personas excluidas de la capitalización del desempleo debe proceder del propio legislador y no del intérprete.

7. MODULACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Se comparte el criterio del Tribunal en cuanto a la inexistencia de un choque entre los bloques normativos derivados del RDL 4/2008 y el RD 240/2007. El punto de partida de esta cuestión es el análisis del derecho a la libertad de circulación y residencia y la sentencia entra, no en demasiada profundidad, a efectuar su argumentación desde el enfoque de la titularidad de este derecho como efecto de la aplicación del marco jurídico comunitario en España. En este sentido, expone el Tribunal que no considera que ambos bloques sean excluyentes en la medida en que estamos ante una mera renuncia voluntaria temporal o, dicho de otro modo, ante una manifestación de voluntad unilateral y recepticia, de la que no se puede concluir que exista, por tanto, una renuncia definitiva al derecho a la libre circulación que se posee al ser de aplicación el régimen comunitario, como consecuencia del matrimonio con persona de nacionalidad española. Y ello, en la medida de que se trata de una situación temporal y, en todo caso, reversible, sin perjuicio de las consecuencias aparejadas al incumplimiento del compromiso de no regreso asumido por la persona interesada.

El derecho a la libre circulación y residencia al que se refiere el Tribunal se desprende, con carácter general, de las previsiones de los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea, 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[17]. En particular, por otra parte, el derecho a la libre circulación y residencia se consagra, a su vez, en la Directiva 2004/38/CE. De esta Directiva, destaca el contenido de algunos de sus Considerandos, conforme a los cuales la ciudadanía de la Unión confiere a todo ciudadano de la Unión un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado y en las disposiciones adaptadas para su aplicación. La libre circulación de personas constituye una de las libertades fundamentales del mercado interior, que implica un espacio sin fronteras interiores en el que esta libertad estará garantizada con arreglo a las disposiciones del Tratado. El derecho de todo ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad, debe serle reconocido también a los miembros de su familia, cualquier que sea su nacionalidad. El derecho fundamental y personal de residencia en otro Estado miembro ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión por el Tratado, y no depende de haber completado los procedimientos administrativos.

La anterior Directiva fue traspuesta al ordenamiento jurídico nacional, casi literalmente, a través del RD 240/2007, del que ahora destacamos su artículo 3, conforme al cual:

"1. Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo.

2. Asimismo, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente real decreto, tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En caso de finalización de la situación de familiar a cargo y eventual cesación en la condición de familiar de ciudadano de la Unión, será aplicable el artículo 96.5(*) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000.

[17] Diario Oficial de Unión Europea, 18/12/2000, C 364/1.

3. Los titulares de los derechos a que se refieren los apartados anteriores que pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según el procedimiento establecido en la presente norma.

4. Todos los ciudadanos de la Unión que residan en España conforme a lo dispuesto en el presente real decreto gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este derecho extenderá sus efectos a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente."

Ahora bien, donde no incide el Tribunal es en lo referente a la consideración de la libertad de circulación y residencia como derecho fundamental conforme a la Constitución Española[18] (en adelante, CE). En este sentido, el artículo 19 de la CE, establece que: *"Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos."* La doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara respecto a la interpretación que debe hacerse de este derecho fundamental en relación con las personas extranjeras. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional número 94/1993, de 22 de marzo[19], cuyo criterio se ha ido manteniendo y desarrollando en sentencias posteriores, dispuso que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE, y STC 107/1984[20], fundamento jurídico 3º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella.

Así pues, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el artículo 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el artículo 13.1 CE.

En definitiva, el derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia, al no estar vinculado directamente con la dignidad humana, en atención a la distinción que efectúa el Tribunal Constitucional en su consolidada jurisprudencia, queda sujeto a su modulación en los términos que se establezcan en las leyes y en los tratados. De este modo, lo que el Tribunal Supremo considera en la sentencia comentada como la coexistencia de dos bloques normativos compatibles entre sí, podría haber sido analizado también desde la perspectiva de la válida modulación del derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia, de manera que el ejercicio y disfrute de este derecho pudiera verse afectado por la exigencia legal de la adquisición del compromiso de no regreso al territorio español en el marco de los distintos programas de retorno voluntario.

Cuestión distinta es lo referente a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación que se consagra en el artículo 14 de la CE. A este respecto el Tribunal resuelve sólidamente la alegada discriminación por razón del matrimonio resaltando que el hecho relevante que determina la exclusión del beneficio del RDL 4/2008 en la interpretación efectuada por el SPEE no es el matrimonio en sí, si no la condición de familiar de ciudadano de la Unión. Compartiendo esta reflexión del Tribunal, no se alcanza a entender por qué se queda ahí en su

[18] BOE núm. 311, de 29/12/1978.
[19] BOE núm. 100, de 27/04/1993.
[20] BOE núm. 305, de 21/12/1984.

análisis y no profundiza en el trato discriminatorio entre los nacionales de terceros estados familiares de ciudadanos de la Unión a los que se les aplica el régimen comunitario y los nacionales de terceros estados a los que se les aplica el régimen general de Extranjería[21]. De hecho, el propio RD 240/2007 da pie a solucionar ese trato discriminatorio mediante la aplicación del régimen general de extranjería a los familiares de ciudadanos de la Unión en aquellos aspectos que les pudieran ser más favorables, como así se establece en el apartado segundo de su Disposición Final Cuarta, según la cual:

"Las normas de carácter general contenidas en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto, con carácter supletorio y en la medida en que pudieran ser más favorables y no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el Derecho derivado de los mismos."

8. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LOS DERECHOS PREEXISTENTES A LA TENENCIA DE LA TIE DE FAMILIAR DE CIUDADANO DE LA UNIÓN

Otro aspecto significativo del asunto comentado es lo concerniente a la relevancia que se le otorga a la tenencia de la Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE). El derecho y el deber de documentación está recogido expresamente y con carácter general en el artículo 4 de la LO 4/2000, cuyo apartado primero dispone que los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, así como la que acredite su situación en España. Específicamente, en lo que respecta a la documentación de las personas que se encuentran en España en condición de familiares de ciudadanos de la Unión el artículo 8.1 del RD 240/2007 señala la obligación de los familiares de los ciudadanos de la Unión de solicitar y obtener la TIE correspondiente a su situación legal.

Ahora bien, lo que no se menciona en la sentencia comentada, es que la mera tenencia de la TIE no es el hecho de carácter constitutivo del que se desprende la situación legal del interesado. Dicho de otro modo, no por contar con una TIE de régimen comunitario se ostenta la condición de familiar de ciudadano de la Unión, sino que es el propio vínculo entre una persona nacional de un tercer estado y otra persona de nacionalidad de un Estado miembro lo que constituye el régimen comunitario aplicable a un familiar de ciudadano de la Unión, que lo es ya con carácter previo a la solicitud y expedición de la TIE correspondiente.

En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el caso I.D. contra el Estado belga, asunto C-246/17[22], según la cual:

"48 Pues bien, como se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la entrega de un permiso de residencia, como el previsto en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2004/38, a un nacional de un Estado tercero, no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de un nacional de un Estado tercero en relación con las disposiciones del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de julio de 2011, Días, C-325/09, apartado 48, y de 12 de marzo de 2014, O. y B., C-456/12, apartado 60).

49 El carácter declarativo de las tarjetas de residencia implica que estas reconocen un derecho de residencia preexistente del interesado (sentencias de 25 de julio de 2008, M. y otros,

[21] A los que les resulta de aplicación la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12/01/2000), en adelante, LO 4/2000; así como el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30/04/2011), en adelante RD 557/2011.

[22] Diario Oficial de la Unión Europea, 20/08/2018, C 294/10.

C-127/08, EU:C:2008:449, apartado 52, y de 21 de julio de 2011, Días, C-325/09, EU:C:2011:498, apartado 54).”

Así las cosas, centrado el debate en la situación legal de los familiares de ciudadanos de la Unión a los que les resulta de aplicación el régimen comunitario y su coexistencia con las previsiones del RDL 4/2008, la mera entrega de una TIE ante la Embajada como condición para la efectiva aplicación del beneficio solicitado, en modo alguno supone, una renuncia a la condición de familiar de ciudadano de la Unión, ni tampoco supondría para el interesado quedar fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva de 2004/38/CE ni, en consecuencia, del RD 240/2007. Cosa distinta sería que la finalidad de esa condición no fuera la renuncia a esa concreta situación legal, sino más bien, dificultar el cruce de las fronteras exteriores del espacio Schengen al no contar con una TIE.

9. CONCLUSIONES

La principal conclusión que se extrae de este asunto, asumiendo el fallo de la sentencia, es que los bloques normativos referidos al RDL 4/2008 y el RD 240/2007 no son excluyentes entre sí. Pueden coexistir en la medida en que la persona interesada asuma el compromiso de no regresar a España en el plazo de tiempo correspondiente, entendiéndose dicho compromiso no como una prohibición de entrada en territorio español o una renuncia definitiva al derecho a la libertad de circulación, sino como una manifestación de voluntad que conlleva la renuncia temporal y reversible a dicho derecho fundamental.

Muy determinante resultan las reglas de interpretación de las normas que utiliza el Tribunal para la unificación de doctrina, pues concluye la sentencia que el criterio mantenido por el SPEE y confirmado en las anteriores instancias iban más allá, no solo de literalidad de la norma, sino de su propio espíritu y del propio objetivo del RDL 4/2008. En este sentido descarta cualquier tipo de aplicación analógica que restrinja el ámbito subjetivo de aplicación de la norma y de las personas excluidas del beneficio que regula.

Tratándose de la jurisdiccional social desde la que se analiza el caso en cuestión puede entenderse que el Tribunal no haya entrado a valorar algunas cuestiones que afectan más a lo contencioso administrativo, pero que resultan muy susceptibles de debate (como el carácter constitutivo de los derechos preexistentes a la tenencia de la TIE de familiar de ciudadano de la Unión). Así sucede, por ejemplo, con todo lo relacionado a la modulación del derecho fundamental a la libertad de circulación y residencia, como derecho no vinculado a la dignidad humana y susceptible de limitaciones establecidas en las leyes y en los tratados. Se echa en falta, como decíamos, un análisis mucho más detallado acerca de la legalidad de la modulación de este derecho fundamental, pues las limitaciones a su ejercicio que se derivan del compromiso de no retorno, impiden en la práctica su disfrute real durante un periodo prolongado de tiempo y es esta imposibilidad (aunque se trate de una decisión temporal y provisional del propio interesado) la que el Tribunal debe analizar en relación al efectivo disfrute del derecho fundamental a la libertad de circulación.

Así mismo, al lector de la sentencia comentada puede que le resulte llamativo que el Tribunal determine la ausencia de discriminación por razón del matrimonio en el criterio del SPEE al considerar que, en todo caso, el matrimonio sería una vía para llegar a la condición de familiar de ciudadana de la Unión en la que se produce la exclusión del derecho a la capitalización de la prestación por desempleo y, sin embargo, no profundice en la existencia de una situación de discriminación de estos, respecto a los nacionales de terceros a los que se les aplica el régimen general de extranjería y, se les reconoce expresamente el derecho al beneficio del pago acumulado y anticipado de la prestación por desempleo. En otras palabras, resuelta la falta de trato discriminatorio por razón del matrimonio, lo que le queda al Tribunal encima de la mesa es una norma que, según el criterio del SPEE, impide el disfrute del privilegio de la capitalización de la prestación por desempleo por el mero hecho de tener la condición de familiar de ciudadana de la Unión Europea. Si bien es cierto que resuelve el

asunto acertadamente desde el enfoque de la interpretación de las normas, quizá hubiera resultado más consistente la respuesta si hubiera entrado a analizar este trato distinto y menos favorable para el régimen comunitario, pues ya de inicio se observa que el propio RD 240/2007, en su Disposición Adicional Cuarta, podría haber sustentado un análisis encaminado a la misma solución, cubriendo todas las aristas que el asunto plantea.

10. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R.: "El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº63, 2006.

Aja, E.: "Capítulo 1. La evolución normativa sobre la inmigración", en VV.AA., Aja, E y Arango, J. (Coords), Veinte *años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2005)*., Madrid, Anuario de Inmigración en España, 2005.

Álvarez Cortés, J.C. y Plaza Angulo, J.J.: "El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores", *Temas Laborales*, nº 95, 2008.

Cabeza Pereiro, J.: "El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: Primeras notas", *Actualidad Laboral*, nº 21, 2008.

Charro Baena, P.: "Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2009.

Fernández Collados, M.B.: "Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo", *Aranzadi Socia*l, nº10, 2003.

López Insua, B.M.: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

Maldonado Molina, J.A.: "Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿Fomento de empleo o del retorno?, en VV.AA., Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs); Ortega Pérez, N., Guillén López, E., Durán Ruíz, F.J. y Triguero Martínez, L.A. (Coord), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: "Capítulo V. El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G. y Sánchez-Rodas Navarro, C. (Coord)., *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015.

Monereo Pérez, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (Dirs), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma", en VV.AA, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

Monereo Pérez, J.L.: "Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Desempleo y políticas de activación e inserción", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L.; Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á. (Dirs) y López Insua, B.M. (Coord), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Montoya Melgar, A.: "El empleo ilegal de inmigrantes", *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº17, 2009.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J.Mª.: "La ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico", *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, nº7, 2000.

Sánchez Jiménez, Mª.A.: "La articulación del derecho de extranjería", en VV.AA., Sánchez Jiménez, Mª.A (Coord), *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, DM, 2005.

Saragossà I Saragossà, J.V.: "La coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo", en VV.AA, Valdés Dal-Ré, F. y Sobrino González, G.: *Comentarios a la Ley de Empleo*, Madrid, La Ley, 2012.

Sempere Navarro, A.V.: "El trabajo de los extranjeros en la jurisprudencia", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº17, 2014.

Taribini-Castellani Aznar, M.: "Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº63, 2006.

Valdés Dal-Ré, F.: "Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del TEDH", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº4 de abril, 2018.