

## «Favor migrantis» por vías torcidas».

[BIB 2006\536](#)

### José María Miranda Boto.

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

**Publicación:** Revista Doctrinal Aranzadi Social parafr.num.113/2006 parte Presentación

Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2006.

Para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que pueden resultar de ello, el [Reglamento 1408/71 \( LCEur 1997, 199\)](#) busca crear un sistema completo y uniforme de normas de conflictos de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad al régimen de seguridad social de un único Estado miembro. El Capítulo 6 del Título III regula específicamente la materia de desempleo, prestando una especial atención a los trabajadores desplazados. Es ya una constante jurisprudencial (desde la sentencia *Mouthaan* ) el afirmar que el objetivo del [artículo 71](#) es garantizar al trabajador desplazado la percepción de las prestaciones por desempleo en las condiciones más favorables mientras busca un nuevo trabajo. Como ha afirmado recientemente en la sentencia *Comisión contra Holanda* de 2003, en este artículo se plasma «la preocupación del legislador comunitario de conceder el mantenimiento del disfrute de las prestaciones de desempleo al trabajador sin empleo para facilitar la búsqueda de un empleo en los distintos Estados miembros». Ahora bien, hay que recordar que esta posibilidad es la excepción a la regla general recogida en el [artículo 67](#) del mismo Reglamento, que establece que para el abono de prestaciones de desempleo es necesario haber cubierto períodos de seguro o de empleo en último lugar en el Estado competente, acumulándose entonces los períodos de cotización llevados a cabo en otros Estados.

La reciente [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de diciembre de 2005 \( AS 2006, 373\)](#) intentó recoger esta firme posición comunitaria, si bien la articulación técnica con que se llevó a cabo no es del todo acertada. En ella se estudió el caso de un ciudadano holandés, contratado en Holanda por una empresa holandesa, que había llevado a cabo la mayor parte de su actividad laboral (durante 3 meses de forma intermitente y durante otros 10 de forma exclusiva), bajo ese contrato, en Barcelona. Extinguido el contrato, solicitó en España una prestación de desempleo, dándose de alta como demandante de empleo el mismo día. Le fue denegada, por no estar sujeto, según la entidad gestora, a la legislación española, al ser un trabajador destacado a un país distinto del de origen. El Juzgado de lo Social desestimó también esta pretensión.

El núcleo jurídico de la disputa en suplicación era la interpretación de los [artículos 13 y 14](#), y [71](#) del Reglamento 1408/71. Los dos primeros contienen las reglas aplicables para determinar a qué única legislación están sujetos los trabajadores: la regla general del art. 13.2.a es el sometimiento a la ley del Estado donde se ejerza la actividad, con independencia de la residencia propia o de la empresa a la que se pertenezca; la regla especial del art. 14.1.a afecta a los trabajadores destacados por su empresa a otro Estado miembro. En ese caso, se mantiene la competencia del Estado de origen, salvo si el desplazamiento dura más de 12 meses, en cuyo caso pasa la competencia al Estado donde se ha trabajado (encajando entonces en la regla general del art. 13), a menos que haya una declaración expresa en sentido contrario por parte de la Administración de este Estado.

La sentencia comentada aceptó sin lugar a dudas la condición de trabajador destacado del demandante, como también había hecho en su momento el INEM, aunque de la lectura de la sentencia pueda suscitarse alguna objeción. Para haber seguido cotizando en Holanda en esta condición, debería haber obtenido un formulario E-101, lo que no consta en los hechos probados, dejando abierta la duda sobre este punto. Si este formulario no existió, en función del [art. 13](#) del Reglamento debería haber cotizado en España y no en Holanda desde el inicio de su actividad en nuestro país. Admitiendo la existencia del formulario y por lo tanto la correcta cotización en Holanda durante el primer año de trabajo, para haber mantenido esta excepción una vez transcurrido ese año, habría necesitado la declaración expresa señalada, plasmada a su vez en un formulario E-102. Esta declaración no parece haber existido en el caso estudiado («no consta esta conformidad una vez transcurrido el primer año de prestación de servicios») por lo cual deberían haberse aplicado estrictamente las reglas del [art. 14.1.a](#). Habiendo permanecido el demandante más de un año en España, le habría sido de aplicación, en virtud de la regla del art. 13, la legislación española, como indica la sentencia, y por lo tanto debería haber cotizado en nuestro país, cosa que nunca hizo (a lo que el TSJ no otorga importancia alguna).

De forma confusa se invocó en la sentencia el [artículo 71.1.a.ii](#), dedicado a los trabajadores fronterizos, situación en la que no encajaba en modo alguno el trabajador [es muy probable que se trate de un error de transcripción, como se deduce del contenido expresado]. No acabó ahí la confusión, puesto que el demandante se había empadronado, muy poco antes de concluir su trabajo, en Barcelona, y los hechos probados (relación sentimental, afiliación a club deportivo...) parecían avalar su residencia, con vistas al futuro, en España («no constando... que tuviera su residencia o domicilio en Holanda»). La proximidad temporal, en todo caso, con la finalización del contrato, podría inducir a dudas, si bien para el Tribunal fueron suficientes los indicios aportados para romper la presunción de residencia en Holanda establecida por la Decisión núm. 160 de la Comisión Administrativa de los Trabajadores Migrantes, citada en

el texto. El razonamiento en la parte final de la sentencia es casi un aluvión, acumulando argumentos no siempre apropiados al caso. Si como ya se ha señalado España era el Estado competente (y todo apunta a ello), el artículo 71 sería inaplicable. Para que pudiera aplicarse la jurisprudencia invocada y el 71.1.b.ii, sería necesario que hubiera mantenido la residencia en Holanda mientras trabajaba en España, exactamente la situación refleja de la que se ha adoptado como cierta.

El fallo merece también un breve comentario. La absolución de la empresa, que debería haber cotizado en España y no en Holanda, parece completamente inapropiada, ya que es su error el que deja desprotegido al trabajador. El INEM, sin haber recibido una sola cotización y no hallándonos ante uno de los supuestos del [artículo 71](#) (como sí entiende la sentencia), se ve obligado a cargar con el pago de la prestación, por una defectuosa interpretación judicial del Reglamento 1408/71. Habría sido más apropiado una condena a la empresa, mediando un anticipo de prestaciones por parte del INEM (limitado, dada la elevada base reguladora del demandante). El objetivo de proteger al trabajador migrante a toda costa se ha cumplido en esta sentencia, con todos los reparos expresados.

Más allá del contencioso resuelto, la presente sentencia invita a reflexionar sobre aspectos muy variados: la articulación de responsabilidades transnacionales (¿Podría el TSJ condenar a la Administración holandesa?), los medios para coordinar efectivamente las administraciones de Seguridad Social (¿Qué sucede con las cotizaciones erróneamente llevadas a cabo en otro Estado?) o simplemente la influencia del Derecho comunitario en la actividad judicial española (¿Cabe recurso de casación por infracción del Derecho comunitario o de la jurisprudencia del TJCE?).