

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL  
Universidad de Málaga

**PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL  
(UNIVERSIDAD DE MÁLAGA)  
CIUDADANOS COMUNITARIOS Y SUBSIDIO POR  
DESEMPLEO PARA EXCARCELADOS  
STSJ de Andalucía, Sala de Granada, 230/99, de 26 de enero**

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS<sup>1</sup>

**SUPUESTO DE HECHO:** La sentencia que se comenta tiene su origen en un recurso de suplicación presentado por el INEM frente a una sentencia de un juez de lo social que concedía el derecho a disfrutar el subsidio por desempleo de un nacional francés que, tras su excarcelamiento, en situación de libertad condicional, solicitó el mismo y en vía administrativa le fue denegado previamente. El recurso de suplicación interpuesto por el INEM tenía como exclusivo fundamento la tesis de "que del subsidio para excarcelados sólo pueden ser beneficiarios los súbditos españoles".

El TSJ-Andalucía, sala de Granada, en la parte dispositiva de esta sentencia admite el recurso de suplicación interpuesto por el INEM, absolviendo al citado instituto del pago de la prestación solicitada.

A dicha solución se llega tras una elaborada fundamentación jurídica, en la que examina si el subsidio de desempleo para excarcelados es aplicable o no a los ciudadanos comunitarios de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento 1408/71.

Resulta curiosa tanto la denegación del subsidio en vía administrativa como el propio recurso de suplicación planteado por el INEM ya que se trata de una actuación contraria a una Circular interna<sup>2</sup> de la citada Gestora, la 22/86<sup>3</sup>, en la que se indica que los extranjeros nacionales de los Estados miem-

<sup>1</sup> Prof. TEU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

<sup>2</sup> Que se encontraba en vigor en el momento de solicitud del subsidio por desempleo para excarcelados por el ciudadano comunitario.

<sup>3</sup> De 22 de junio de 1986, de instrucciones provisionales sobre armonización de la normativa de protección por desempleo en España con lo dispuesto en los Reglamentos 1408/71 y 574/72 de las Comunidades Europeas. Aunque se indique que sea provisional no tenemos conocimiento de que haya sido sustituida hasta 1996 (que es la fecha de la solicitud).

bros de la Comunidad, que se encuentren legalmente en España, tendrán derecho al subsidio por desempleo si se encuentran en el supuesto a que se refiere el art. 13.1. d) de la Ley 31/84 de protección por desempleo, esto es, el subsidio para excarcelados. Claro es, que se trata de una norma que al no encontrarse publicada sólo puede vincular a la propia Administración, por eso parece extraño que la propia Dirección Provincial del INEM haya hecho caso omiso al principio de jerarquía (art. 103.1 CE y 3.1 de la Ley 30/92) y, por supuesto, haya incumplido el servicio objetivo de los intereses generales. De otro lado, es esa condición de no publicada la que permite la no aplicación de la misma por los Tribunales<sup>4</sup>, que es precisamente lo que se produce en el asunto que se analiza.

**RESUMEN:** A pesar de que la STSJ 230/99 excluye a los ciudadanos comunitarios de la percepción de los subsidios para excarcelados, sí reconoce, correctamente, que el Reglamento Comunitario 1408/71 ha de aplicarse a todas las legislaciones relativas a las ramas de Seguridad Social que se mencionan, entre las que se encuentra el desempleo, y ya se refieran a regímenes generales o especiales y contributivos o no contributivos. Además, recuerda con precisión que las limitaciones recogidas en el anexo correspondiente respecto de las prestaciones no contributivas, no son un obstáculo para que pueda considerarse que una prestación determinada de un sistema de Seguridad Social que no haya sido incluida pueda entenderse como fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (fj. 3º)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Recuérdese la STC 179/1989 en la que, respecto del principio de publicidad de las normas garantizado por el art. 9.3 CE, se indica que dicha garantía "aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad para conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento" (fj. 2º).

<sup>5</sup> Para ello cita la STJCE (Asunto Vigier). Ciertamente, esta no es la única sentencia que se pronuncia en tal sentido; además, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en idéntico sentido, por todas, en la sentencia de 23 de junio de 1993, referida específicamente a los subsidios por desempleo, prestaciones que son las analizadas en este momento. No obstante, debe de recordarse que se refería, en concreto, a subsidios por desempleo para mayores de 52 años. Sobre el tema puede verse, VAN RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo*, MTSS, Madrid, 1992, pág. 349. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la Comunidades Europeas*, IELSS, MTSS, Madrid, 1982, pág. 142-143.

## ÍNDICE

1. En general, el nivel asistencial de protección por desempleo en nuestro sistema de Seguridad Social
2. En especial, los subsidios por desempleo para excarcelados
3. Sobre los sujetos protegidos por el subsidio para excarcelados y el ámbito personal del Reglamento Comunitario: 4.1. Desde la perspectiva interna; 4.2. Desde la perspectiva comunitaria
4. Y, por último, la igualdad de trato

### 1. EN GENERAL, EL NIVEL ASISTENCIAL DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Se ha observado en derecho comparado dos perspectivas diametralmente opuestas de configurar los sistemas de protección de los riesgos sociales: contributiva o asistencial. Esas posturas han dado lugar, según la doctrina<sup>6</sup>, a dos funciones diferentes que, con frecuencia, se tienen en cuenta por los distintos sistemas de Seguridad Social para cubrir los riesgos sociales: la función de compensación (que corresponde al nivel asistencial) que consiste en otorgar unas rentas mínimas a quienes se encuentren en una situación de necesidad y carezcan de recursos, y la función de sustitución (que corresponde al nivel contributivo) que supone otorgar rentas que cubran la pérdida de ingresos profesionales, siempre que se haya producido una previa cotización al sistema.

Hoy en día parece difícil encontrar un sistema que sea un modelo puro, mezclándose en la mayoría de ellos elementos de contributivos y asistenciales. Más aún, en los sistemas de base contributiva como es el nuestro, se ha utilizado la función de compensación como complemento a la de la sustitución, ya que suponen una forma más barata de otorgar una prestación social.

Eso es precisamente lo que ha ocurrido en la regulación de la protección por desempleo; desde la Ley de Protección por Desempleo 31/84, se distinguieron en las prestaciones por desempleo dos niveles, contributivo y asistencial. Esta distinción, según se apuntó en su propia Exposición de Motivos, tenía como fin la búsqueda de mecanismos complementarios del nivel contributivo.

Pero pronto la doctrina comenzó a señalar que la distinción entre niveles operada por la Ley 31/84 no se correspondía con los criterios diferenciadores de una y otra<sup>7</sup>. De hecho, la distinción entre niveles que produce la Ley de Pro-

<sup>6</sup> PERRIN, G., en "Racionalización y humanización: dos objetivos prioritarios para una reforma de la Seguridad Social", Papeles de Economía Española nº 12/13, 1982.

<sup>7</sup> Para ALARCÓN CARACUEL, M.R., calificar a una prestación como contributiva o como asistencial supone "... en el primer caso, que la prestación se otorga en función de que el sujeto protegido ha contribuido previamente al sistema y, que si bien no de un modo estricto la prestación será proporcional a aquella contribución. Y, en el segundo caso, que la prestación se otorga independientemente de esa previa contribución del

tección por Desempleo no es otra cosa que “un cambio puramente nominal, ya que el nivel asistencial... no tiene realmente esta carácter... [porque]... no se da el requisito subjetivo de universalidad... [y en la mayoría de los supuestos protegidos]... el acceso al nivel asistencial se deriva de una previa conexión... con el nivel contributivo”<sup>8</sup>. En vista de todo ello parece muy adecuada la proposición de ALARCÓN CARACUEL de vedar la introducción de los términos contributivo y asistencial en los textos normativos, relegando el uso de los mismos a las convicciones doctrinales<sup>9</sup>.

Si analizamos las prestaciones asistenciales de nuestro sistema de protección, observamos que en la mayoría de las mismas se exige, por muy pequeña que sea, una contribución previa al sistema, o están conectadas directa o indirectamente con el nivel contributivo. Pero además, en cuanto a los subsidios que no exigen cotización previa (emigrantes retornados, reclusos liberados, y beneficiarios que han sido recalificados en su invalidez, dejando de ser inválidos<sup>10</sup>) tampoco puede decirse que sean prestaciones asistenciales puras, y ello por una cuestión de notable importancia: la duración del subsidio es temporal,

su sujeto, en atención única y exclusivamente a la situación de necesidad que padece. Sin embargo, el análisis de las que la LPD llama ‘prestaciones del nivel contributivo’ y ‘prestaciones del nivel asistencial’, revela que ni una ni otras se corresponden exactamente al criterio diferenciador expuesto”, en “El desempleo: niveles de protección y régimen de las prestaciones” en *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985.

<sup>8</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Crisis y protección por desempleo. La evolución del sistema español”, RL nº 12, 1985, págs. 375 y 376. En este sentido, indica GONZÁLEZ ORTEGA, S., que “Para configurar un auténtico nivel asistencial, la LPD debería... haber afirmado que toda persona que se encontrara en la situación descrita... [se refiere a la situación de necesidad y carencia de recursos económicos suficientes]... podría tener derecho al subsidio. De nuevo la LPD defrauda puesto que, al enumerar a los sujetos que pueden beneficiarse de tal subsidio y al concretar las situaciones en que, en cada caso, han de encontrarse, reintroduce criterios contributivos que limitan de modo notable el número de sujetos protegidos”, en “La Ley 31/84, de Protección por Desempleo: objeto de la protección y personas protegidas”, en *Comentarios a la Nueva Legislación Laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 243. Por su parte, VIQUEIRA PÉREZ, C.: *La prestación por desempleo*, Tirant Monografías, Valencia, 1990, pág. 54. “Si se parte de la base, (y se parte) de que la existencia de un nivel asistencial de cobertura implica la concesión de las prestaciones en función de un estado objetivo de necesidad (de la insuficiencia económica del beneficiario), ha de concluirse que no pueden aplicarse restricciones de acceso a dicho nivel de cobertura (como ocurre en la normativa vigente), ni en función de la previa contribución del beneficiario al sistema, ni en función de su inclusión en un determinado colectivo profesional”.

<sup>9</sup> “El desempleo...”, op. cit., pág. 250. Proposición muy acertada, si tenemos en cuenta la actuación posterior del legislador con respecto a las prestaciones no contributivas de la Ley 26/90, que si bien fueron calificadas correctamente como prestaciones no contributivas, fueron introducidas en la Ley General de Seguridad Social, como apéndices de las prestaciones contributivas de jubilación e invalidez del Régimen General.

<sup>10</sup> En este último caso, más que de cotización previa debería decirse cotización inmediatamente anterior a la apertura del derecho al subsidio.

lo que significa que el individuo dejará de ser protegido, cuando termine el plazo, aunque subsista la situación de necesidad.

En definitiva, la protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social, es netamente contributiva, y se dirige, sobre todo, a la protección de personas que han finalizado una actividad laboral. Lo que ha ocurrido es que, debido a la crisis económica y a las consecuencias que la misma ha conllevado sobre el empleo, el legislador ha creado un sistema contributivo de protección y, para controlar el elevado gasto que supone el mismo en épocas de alto índice de desempleo, ha adoptado decisiones restrictivas en lo que se refiere a la cuantía o duración de la prestación, (introduciendo contrapesos asistenciales o “cuñas asistenciales” que distorsionan ese esquema contributivo<sup>11</sup>). Junto a ello, ha establecido un “pseudonivel asistencial que tiene como misión prolongar la protección del nivel contributivo, otorgando prestaciones<sup>12</sup> en atención a la situación de necesidad pero estando limitadas, en la mayoría de los casos, a los sujetos que carezcan de unos ingresos mínimos<sup>13</sup>. En este sentido podría decirse que “ existe una interpenetración de rasgos contributivos y asistenciales simultáneamente presentes en los dos niveles... si bien como es lógico, los rasgos contributivos predominan en el nivel contributivo y los asistenciales en su nivel homónimo”<sup>14</sup>. En resumen, la protección por desempleo en el sistema español de Seguridad Social funciona como un sistema de protección contributiva integrada: “como un todo y... la distinción entre dos niveles es artificiosa y conduce a una regulación legal tortuosa y complicada”<sup>15</sup>.

## 2. EN ESPECIAL, LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO PARA EXCARCELADOS

La protección por desempleo, en el nivel asistencial, viene recogida en el art. 215.1.1 de la LGSS que indica que serán beneficiarios del subsidio por desempleo, los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, forma-

<sup>11</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: “Dos sentencias constitucionales sobre el desempleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 31, 1987.

<sup>12</sup> Prestaciones que, para colmo de males, carecen de eficacia y operatividad por su excepcionalidad y su límite temporal de duración.

<sup>13</sup> Como señala VIQUEIRA PÉREZ, “La protección por desempleo se sigue estructurando conforme a la idea contributiva del seguro, pudiendo en determinadas situaciones de necesidad, ser prolongada esta protección mediante el acceso a las prestaciones de este falso nivel asistencial, en el que por lo demás, se opera también siguiendo el mecanismo contributivo”, en *La protección por desempleo*, op. cit., pág. 55.

<sup>14</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El desempleo: niveles de protección...” pág. 251 y 252.

<sup>15</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El desempleo...”, op. cit., pág. 252.

ción o reconversión profesionales, y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: [...] d) Haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses. Se entenderán comprendidos en dicha situación los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delitos, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de 16 años<sup>16</sup>.

Como es conocido, para conseguir prestaciones de Seguridad Social se suele exigir en los ordenamientos de base contributiva una "carrera de seguro" o período previo de cotización o de empleo, y en los ordenamientos de base asistencial períodos de residencia.

Efectivamente, para la consecución del principio fundamental de libertad de circulación de trabajadores, establecido en los artículos 39 a 42 del Tratado de Amsterdam, se dispone de distintos medios que procuren la conservación de los derechos y que, de paso, amortigüen los efectos del principio de territorialidad que ha presidido, desde sus orígenes, los diferentes sistemas de Seguridad Social y con el que se evite "que la Seguridad Social que funciona en un marco territorial cerrado, no suponga un freno o un obstáculo a la libre circulación"<sup>17</sup>.

La cuestión es determinar en qué medida puede verse afectada la regulación interna por la comunitaria, esto es, si los subsidios por desempleo para excarcelados están afectados por la regulación comunitaria, y por ello lo principal es determinar qué tipo de prestación de Seguridad Social es el citado subsidio ya que la calificación como contributiva o no contributiva podría llevarnos a consideraciones distintas.

<sup>16</sup> Por su parte, el art. 12 del RD 625/85, se refiere al derecho a la prestación y al subsidio por desempleo de los liberados de prisión: "1. Los trabajadores liberados de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional deberán acreditar la situación legal de desempleo mediante certificación del Director del Establecimiento penitenciario, en la que consten las fechas de ingreso en prisión o excarcelación así como el período de ocupación cotizada en su caso, durante la permanencia en la situación de privación de libertad. [...] los nº 2 y 3 se refieren a la prestación contributiva. [...] 4. Los trabajadores liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de condena superior a seis meses que no tengan derecho a la prestación por desempleo del nivel contributivo, podrán solicitar el subsidio de desempleo".

<sup>17</sup> LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A., op. cit., pág. 206. En palabras de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M: "Es decir, de admitirse la pérdida de derechos no sólo se desprotegería al propio trabajador migrante, sino que de facto se impediría la libre circulación de los trabajadores que es uno de los objetos propios de la CEE, por ello, desde el propio Tratado se trata de evitar ese riesgo... [con] el artículo 51, que es la base principal de los reglamentos comunitarios", en "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...", op. cit., pág. 180.

Y es que, a pesar de que la propia LGSS establece un nivel contributivo de Seguridad Social (en el que se conceden las "prestaciones de desempleo") y un nivel asistencial (en el que se conceden los "subsidios de desempleo"), la distinción no es tan clara al menos respecto de los llamados "subsidios".

Y ello porque, para la concesión de los subsidios por desempleo se exige, en la mayoría de los casos cotización previa<sup>18</sup>. En todas las situaciones cubiertas por la prestación asistencial de desempleo se exige que el beneficiario haya trabajado anteriormente<sup>19</sup>, salvo el subsidio para excarcelados, como bien dice la sentencia que se comenta.

Pero no es cierta la afirmación rotunda de que "el acceso al subsidio se condiciona a un período precedente de trabajo con cotización en España o en el extranjero"<sup>20</sup>. Tal afirmación ha de ser matizada, y ello por dos motivos: el primero, respecto de España es que el trabajador podrá tener derecho a subsidio por desempleo (también a prestación) aun en el caso de que el empresario haya incumplido su obligación de encuadramiento y cotización respecto del trabajador, ya que juega el principio de alta presunta (en aplicación del art. 125.3 LGSS) y, también, el de automaticidad de las prestaciones (art. 220 del mismo texto)<sup>21</sup>. El segundo, respecto de la cotización en el extranjero, es que para que un emigrante retornado tenga derecho al subsidio por desempleo con ocasión de su retorno, sólo tiene que justificar haber trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su salida de España, sin que sea necesario acreditar cotizaciones realizadas en el país de destino, entre otras cosas, porque podría resultar imposible el acceso a este tipo de prestaciones en los supuestos en los que los trabajadores nacionales emigraran a países donde no existen sistemas de Seguridad Social o a países cuyos sistemas de Seguridad Social son de corte asistencial en los que se

<sup>18</sup> Se exige cotización previa en los subsidios por desempleo para: a) trabajadores que han agotado una prestación contributiva de desempleo (variando incluso la duración según la edad y el período de disfrute de prestación agotada); b) trabajadores mayores de 45 años que hayan agotado una prestación de al menos 12 meses y no tengan responsabilidades familiares; c) trabajadores que, al producirse la situación legal de desempleo, no tenían período de carencia suficiente para obtener una prestación por desempleo (variando la duración en caso de responsabilidades familiares y período de ocupación cotizada previamente); d) trabajadores mayores de 52 años; e) trabajadores que se hayan recuperado de una incapacidad permanente contributiva; f) trabajadores mayores de 45 años que hayan agotado una prestación por desempleo de 24 meses (subsidio especial).

<sup>19</sup> Aunque pueda ser de forma mínima en algún caso, piénsese en el trabajador que los primeros días de trabajo sufre un accidente que lo incapacita permanentemente en grado total, absoluta o gran invalidez. Si en algún momento se le revisa el grado a "plenamente capaz" o "incapacitado parcial" tendría derecho a este subsidio aunque sólo hubiera cotizado a la Seguridad Social un día y ello porque la contingencia que ha producido la incapacidad permanente no exige período de carencia previo.

<sup>20</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>21</sup> Cosa distinta es la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones.

generan prestaciones por la simple residencia<sup>22</sup> y se financian a través de impuestos.

### 3. SOBRE LOS SUJETOS PROTEGIDOS POR EL SUBSIDIO PARA EXCARCELADOS Y EL ÁMBITO PERSONAL DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

Pues bien, el principal problema interpretativo proviene de que, a pesar de lo dicho anteriormente sobre la inclusión de las prestaciones asistenciales o subsidios por desempleo dentro del catálogo de prestaciones del R.1408/71, la sentencia indica en su fundamentación jurídica que los nacionales comunitarios no pueden recibir o ser beneficiarios de tales prestaciones ya que dicha prestación no va dirigida a trabajadores. Así lo dice en sus ff.jj 4º, 6º, 7º y 8º.

En una interpretación sistemática de nuestro sistema de Seguridad Social, debe de recordarse que la protección configurada en el mismo, ex art. 41 CE y especialmente desde la Ley de Prestaciones no Contributivas 26/1990, se dirige no sólo a los trabajadores sino también a las personas que se encuentren dentro del campo de aplicación de ésta "por cumplir los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva" (art. 2 de la LGSS), teniendo el Estado que garantizar "la protección adecuada frente a las contingencias que se contemplan en esta Ley", entre las que se encuentra la protección asistencial por desempleo para excarcelados. Si decimos que a una prestación determinada de nuestro sistema no tienen derecho los ciudadanos comunitarios en virtud de que "no son trabajadores", estamos excluyendo, sin más, la posibilidad de coordinación de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social que van dirigida a cualquier ciudadano en caso de necesidad, en contra de lo establecido en la reglamentación comunitaria. Es por esto por lo que nos parece que al subsidio para excarcelados (lo mismo que para cualquier otra prestación no contributiva) se tendría derecho independientemente de la condición actual del solicitante como trabajador; el haber sido trabajador en un momento anterior a la solicitud de la prestación o el pretender acceder al mercado de trabajo debe ser suficiente para acceder al subsidio.

La STSJ que se comenta justifica que la prestación no va dirigida a trabajadores desde una doble perspectiva: interna y comunitaria, y de ambas de una forma discutible por lo que a continuación se dirá.

#### 3.1. Desde la perspectiva interna

3.1.1 Así, en el fj. 6º recuerda que el RD 625/85, que desarrolla la regulación de la protección por desempleo, no exige para los trabajadores liberados

<sup>22</sup> Coherentemente con ello, el art. 11.1 del RD 625/85 indica que será el Dirección General de Migraciones la que acreditará o certificará "el tiempo trabajado en el extranjero, el período de ocupación en el extranjero, *en su caso*", la cursiva es nuestra.

de prisión la acreditación de ningún período previo de trabajo "y si bien es cierto, que en este último se emplea la palabra 'trabajador', la misma no puede ser entendida como inclusión de tal cualidad como situación previa condicionante del reconocimiento del subsidio, sino como expresión que responde a la naturaleza misma de todas las prestaciones por desempleo, es decir, a la de ser una fórmula de cobertura social para quienes pueden y quieren trabajar y no pueden hacerlo por causas que les son ajenas".

Los trabajadores han de considerarse como tales cuando ofrecen su fuerza de trabajo al empresariado, independientemente de que sean o no contratados. Otra cosa distinta es que el objeto de la contingencia sea la protección del desempleo de quienes "queriendo y pudiendo trabajador pierdan su empleo o vean reducida su jornada de trabajo" ya que este concepto legal de desempleado protegido se conecta directamente con el nivel contributivo de la protección (art. 203 LGSS in fine que se remite al 208). Debe de tenerse en cuenta que el diseño de la protección por desempleo de un sistema de Seguridad Social es una opción de política legislativa y la apertura del derecho a la protección en el nivel asistencial, en un verdadero nivel asistencial, y no como el nuestro, debe de hacerse desde el momento en que el ofertante de su fuerza de trabajo se encuentra en situación de necesidad (y durante todo el tiempo que dure dicha situación) e independientemente de que haya o no realizado un trabajo anterior.

Al respecto el art. 204.3 LGSS es claro: el nivel asistencial "garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 215". Evidentemente, la propia LGSS califica de "trabajadores" a los liberados de prisión, siempre y cuando se den los requisitos específicos que anteriormente se apuntaron: que no tengan derecho a protección por desempleo y que la privación de libertad lo haya sido por un tiempo superior a seis meses. Junto a ello, y como se dijo anteriormente, debe de recordarse que el propio INEM en la Circular 22/86 entiende como sujetos protegidos de esta contingencia a los nacionales comunitarios (art. 2.2 b) de la citada Circular).

Pero es que, más aún, el TSJ Andalucía olvida algo fundamental y es que cuando en el fj. 5º recoge los requisitos generales para obtener subsidios por desempleo exige para acceder a los mismos figurar "inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causas justificadas en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales", denominando a esta compleja situación como "desempleo involuntario"<sup>23</sup>. Pero lo cierto es que, se denomine de una forma u otra, el beneficiario del subsidio por desempleo para excarcelados ha de ser un trabajador que ha comunicado a la Oficina de Empleo pública su deseo de ofertar su capacidad y aptitud laboral ya que si el excarcelado no tiene voluntad o intención de incorporarse al mercado de trabajo jamás

<sup>23</sup> No se dice nada al respecto en los hechos probados de la sentencia, pero parece que el trabajador nunca había ejercido su profesión en España.

podrá recibir el citado subsidio. Consecuentemente, es claro, que según la interpretación expuesta, el ciudadano comunitario liberado de prisión, por el simple hecho de demandar empleo, como exige la normativa de protección por desempleo, se convierte en trabajador con derecho a subsidio, claro está si cumple con el resto de los requisitos.

Y, en pura lógica, la rigidez de la interpretación del término "trabajador", o mejor dicho de quienes 'no están protegidos por no ser trabajadores', realizada por parte de TSJ supondría forzosamente la exclusión de todas las prestaciones no contributivas españolas a los ciudadanos comunitarios, ya que ninguna de ellas va dirigida específicamente a trabajadores. La tendencia actual hace abandonar esta terminología por la de beneficiario o sujeto protegido ya que el ámbito de cobertura de los sistemas de Seguridad Social mixtos, como el nuestro, se proyecta hacia la ciudadanía en general.

Por ello deben de matizarse y comentarse las argumentaciones de la sentencia que se analiza en las que se indica que el subsidio para liberados de prisión se establece "simplemente en favor de excarcelados y por el sólo hecho de la excarcelación" (fj. 7º). Eso no es totalmente cierto ya que de ser así el subsidio se le daría de forma automática e inmediata a cualquier persona que abandonara la prisión tras 6 meses de estancia en la misma. El subsidio lo es para excarcelados, con voluntad de encontrar trabajo (no habiéndolo encontrado en el plazo de un mes) y que se encuentren en situación de necesidad (esto es, que carezcan de rentas suficientes para subsistir). Y es precisamente este último elemento el más importante ya que los sistemas de Seguridad Social están creados para proteger situaciones o contingencias determinadas; y en sus niveles no contributivos o asistenciales, evidentemente, lo que se protege es la necesidad provocada por la carencia de rentas. Los liberados de prisión con rentas suficientes, por mucho tiempo que hayan permanecido recluidos, no tendrán derecho al meritado subsidio; en cambio sí podrían tener derecho a la prestación por desempleo. Además, sería posible que un liberado de prisión en situación de necesidad y cumpliendo los demás requisitos no acceda al subsidio para excarcelados; ello bien porque podría acceder a una prestación por desempleo no nacida o interrumpida por el ingreso en prisión (y posteriormente a subsidio por desempleo para trabajadores que han agotado una prestación contributiva); bien porque es posible que pueda acceder directamente, si cumple los requisitos, al subsidio establecido para mayores de 52 años que es de concesión preferente a cualquier otro. Lo que indica que, en cualquier caso, lo importante no es sólo la salida de prisión del sujeto sino la protección de la contingencia de desempleo o, en el caso asistencial, la cobertura de la necesidad.

3.1.2. La Sala, basándose en dos circunstancias, reafirma la conclusión de que el subsidio por desempleo para excarcelados 'no es para trabajadores' (fj. 7º); circunstancias que creemos que pueden desmontarse. Una, "que la primera referencia del mismo se hace en la Ley General Penitenciaria, no en leyes específicas de Seguridad Social". Cuestión que hace pensar en que la Sala ha olvidado que los beneficios de Seguridad Social de los presos se recogen en el art.

25 de la Constitución y que, por encontrarse en la sección primera del Capítulo II, donde se regulan los derechos fundamentales y libertades públicas, han de ser regulados por una Ley Orgánica, de conformidad con el art. 81.1 CE; aunque sólo sea el contenido esencial<sup>24</sup>, pudiendo regularse el resto por ley ordinaria e incluso por reglamento (que es precisamente lo que ocurrió con la Ley de Protección por Desempleo, y posteriormente el TR LGSS de 1994, y el RD 625/1985). Pero es que, además, es conocido por todos que el sistema de regulación de los derechos de Seguridad Social se ha hecho habitualmente a través de distintas normas que poco tenían que ver con la Seguridad Social (recuérdese por ejemplo la Ley del Deporte) pero que contenían verdaderas disposiciones de Seguridad Social. Siguiendo ese razonamiento, no podrían formar parte del sistema de Seguridad Social las sucesivas normas incorporadas en las Leyes de Presupuestos, primero y en las de acompañamiento posteriormente. La situación actualmente ha cambiado desde que en 1990 la LPNC dio autorización al Gobierno para crear un nuevo texto refundido en el que se regularan todas las cuestiones de Seguridad Social; a partir de que viera la luz el nuevo TR de la LGSS, el legislador ha procurado integrar las distintas reformas en el nuevo texto.

El otro motivo, por el que se reafirma la conclusión de que el subsidio por desempleo para excarcelados 'no es para trabajadores', es que en la Exposición de Motivos de la Ley 31/84, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, "en la que dicho subsidio se crea, se precisa, en clara distinción de situaciones, que la protección por desempleo se dispensa a los trabajadores por cuenta ajena, [...] y a otros colectivos entre los que se encuentran..." los penados que hubieran sido liberados en cumplimiento de lo establecido en el art. 35 de la Ley General Penitenciaria". Debe de recordarse al respecto un par de cuestiones: la primera es que la protección que otorga la Ley 31/1984 a los penados liberados lo es tanto contributiva como asistencial, por lo cual no puede decirse que la citada Exposición se refiera a los penados como otra cosa distinta que a trabajadores por cuenta ajena ya que, si se observa el articulado, también tendrán derecho a protección por desempleo los excarcelados que bien trabajaran y cotizaran antes de su ingreso en prisión o lo hicieran durante su estancia en la institución penitenciaria. Junto a ello, debe apuntarse que el TR de la LGSS ha recogido para sí la cobertura genérica de las prestaciones de Seguridad Social y que nuestro sistema de Seguridad Social, desde la Constitución, debe de otorgar prestaciones suficientes en caso de necesidad, instaurándose un nivel no contributivo que ha sido desarrollado no sólo por la LPNC 26/90 sino también por otras normas como por ejemplo el RD 1088/89, referente a la concesión de prestaciones de asistencia sanitaria a personas sin recursos económicos suficientes o, en cierto modo, el nivel asistencial de las prestaciones por desempleo establecido por la Ley 31/84 y por el RD 625/85. Se trata, en definitiva, de la

<sup>24</sup> Por "contenido esencial" puede verse, por todas, el fj. 8º de la conocida STC 11/1981, de 8 de abril.

cobertura de otros sujetos que necesitan protección, que por el motivo que sea, especialmente su situación de necesidad, se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema.

Pero es que, además, el fj. 8º de la sentencia resulta a todas luces incongruente ya que indica que al subsidio para excarcelados "no le es de aplicación el Reglamento comunitario 1408/71, al quedar fuera del ámbito personal del mismo que se determina en el art. 2 de dicha normativa". Y es incongruente porque el subsidio podrá quedar dentro o fuera del ámbito material recogido en el art. 4 y en el anexo V, pero no del ámbito personal ya que respecto de ese ámbito lo único que puede determinarse si el ciudadano comunitario en cuestión puede acceder o no a una prestación concreta, en este caso al subsidio.

La mezcla de esos conceptos ha producido que la fundamentación jurídica de la sentencia se haya dedicado en su mayor parte a excluir una prestación del ámbito material en base a una justificación referida al ámbito personal. Lo más sencillo, probablemente, ya que ha dedicado algún fundamento jurídico a examinar el campo material, hubiera sido examinar la condición de "trabajador" del solicitante y, caso de comprobar de que el mismo no reúne las condiciones del art. 2.1 y del art. 1 a) del Reglamento, denegarle la prestación. Cosa que evidentemente seguimos sin compartir por todo lo que se ha dicho y se dirá más adelante.

Además, excluir una prestación en base a que no ha sido establecida por la legislación española "para los trabajadores por cuenta propia o ajena", supone, como se dijo más arriba, excluir todas las prestaciones del nivel no contributivo español del sistema de coordinación establecido en el Reglamento 1408/71 (las mismas se prevén para personas en situación de necesidad no para trabajadores), cosa que en el momento actual, ni creemos que lo hagan en el futuro, la doctrina ni la jurisprudencia no se ha planteado por la claridad con que se expresa el art. 4.2 del Reglamento.

Junto a ello, si el motivo de exclusión de la coordinación del Reglamento del subsidio por desempleo para excarcelados ha sido la aplicación del art. 2.1 del citado Reglamento (no ser trabajador por cuenta ajena). Habría otro motivo para que dicho subsidio le fuese otorgado: y es que en la medida en que fuera concedido este subsidio a un ciudadano español con la condición pasada o presente de trabajador, también tendría que concedérsele al solicitante comunitario ya que el Reglamento 1612/68 establece diversas cláusulas para evitar la discriminación entre trabajadores nacionales y comunitarios (como se dijo, es trabajador desde el momento en que inscribe su demanda de empleo), y esta situación que se analiza podría entenderse como una medida discriminatoria para encontrar empleo o, incluso, una "ventaja social" aplicable al trabajador nacional en detrimento del comunitario y por tanto prohibida por dicho Reglamento (arts. 5 y 7.2, respectivamente).

### 3.2. Desde la perspectiva comunitaria

3.2.1 Evidentemente, al tratarse de una prestación que no exige contribución previa, el art. 7.5 de la LGSS indica que respecto de los nacionales de paí-

ses distintos de los llamados "países de estirpe ibérica", se estará a lo dispuesto en las normas internacionales aplicables<sup>25</sup>.

Queda claro que la regulación del sistema de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social de la Comunidad Europea procede del art. 39 del Tratado de Amsterdam (antiguo 48) en el que se asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Por ello la libre circulación supone abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad.

Por supuesto, en los fj. 4º y 8º, la sentencia que se comenta conecta la protección para excarcelados con el art. 2.1 del Reglamento 1408/71 y como en mismo se especifica que la aplicación se extenderá a los trabajadores por cuenta ajena o propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados.

Y es que la interpretación de lo que deba entenderse por "trabajador" efecto de la aplicación de la reglamentación comunitaria ha de hacerse no como lo ha hecho el TSJ interpretando la norma interna, sino desde la perspectiva comunitaria. Acabamos de ver como la interpretación de "trabajador" desde perspectiva interna realizada por el Tribunal, en el estado actual de la cosa parece desacertada ya que los sistemas de Seguridad Social mixtos, a causa de la expansión del universo protegido, tienen que transformar dicho concepto en otro que abarque todo el ámbito subjetivo (por ejemplo, el de beneficiario sujeto protegido).

Algo parecido pasa a nivel comunitario. El apartado a) del art. 1 del Reglamento 1408/71 es el que define lo que ha de entenderse por "trabajador". Se dos los apartados que nos interesan: el primero, que indica que se entiende como trabajador a toda persona "cuando esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de Seguridad Social, que se aplique a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia". Como se ha dicho anteriormente, la configuración de la protección por desempleo en nuestro sistema es además de obligatoria, eminentemente contributiva, aún en su nivel asistencial. Con la protección establecida se trata de conceder rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir a los trabajadores que se encuentran en situación legal de desempleo o de conceder rentas de compensación para la cobertura de las situaciones de necesidad de trabajadores, que ponen su fuerza de trabajo a disposición de la entidad gestora para su integración en el mercado laboral. En cualquier caso, el solicitante de la protección por desempleo tiene que, forzadamente, querer reincorporarse al mercado de trabajo ya que de no ser así no tendría derecho a la protección.

El segundo indica que se entenderán como trabajadores las personas que estén aseguradas "con carácter obligatorio contra una o varias contingencias

<sup>25</sup> Si fuera una prestación contributiva regiría la igualdad de trato absoluta cuando encontrarán legalmente en España (art. 7.1 LGSS).

correspondientes a las ramas a las cuales se aplica el presente Reglamento, en el marco de un sistema de Seguridad Social que sea de aplicación a todos los residentes o al conjunto de la población activa cuando [nos interesa sólo el primer apartado] las formas de gestión o financiación de este régimen permiten identificarla como trabajador por cuenta ajena o propia". Siguiendo la tesis aplicada por el TSJ, aún considerando que el sujeto recibe la prestación por el "solo hecho de la excarcelación", también habrá de aplicársele el Reglamento Comunitario y ello porque se trata de una parte del sistema de Seguridad Social obligatorio "que se aplica a todos los residentes", referido a una de las ramas específicas (el desempleo) recogida en el art. 4 g) del Reglamento 1408/71; gestionado por una entidad directamente relacionada con la colocación de trabajadores y la protección por desempleo (el INEM)<sup>26</sup>; y, por supuesto, la financiación de la protección por desempleo (tanto contributiva como asistencial, y, dentro de esta última, por supuesto, del subsidio para excarcelados) se produce mediante la cotización de empresarios y trabajadores y la aportación del Estado (art. 223 LGSS). Conjunto de hechos que supone que, aún en la tesis de la sentencia comentada, también habría de entenderse como trabajadores a los excarcelados.

Por si parece insuficiente, el art. 39.3 d) del Tratado de Amsterdam (anteriormente 48.3 d) indica que la libre circulación de trabajadores implica el derecho "de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo"; lo que viene a confirmar de nuevo nuestra interpretación de que "trabajador" lo es el que pretende trabajar (tanto en el presente como en el futuro).

En todo caso, debe de recordarse que tanto en derecho comunitario como en derecho interno es imprescindible "la superación de un concepto de Seguridad Social vinculado al contrato de trabajo o al trabajo, en general, como referente único de la titularidad de los derechos sociales"<sup>27</sup>. Además, el TJCE ha sido lo suficientemente rotundo desde el principio: los conceptos y la interpretación de lo que debe de entenderse por Seguridad Social en el derecho comunitario sólo puede extraerse del propio derecho comunitario y no de lo que establezcan y prevean las respectivas leyes nacionales<sup>28</sup>. Esto es, lo que debe entenderse por "trabajador", a los efectos del art. 39 del Tratado de Amsterdam, es una noción comunitaria y no nacional. Por lo que la sentencia que se comenta debería de haber acudido en su fundamentación sobre la noción de trabajador a

<sup>26</sup> Recuérdese que el RD 1458/86, de 6 de junio, en su art. 2, establece como funciones del INEM: la organización de los servicios de empleo para procurar el mejor desarrollo y utilización de los recursos; ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a las Empresas a contratar a los trabajadores apropiados a sus necesidades; fomentar la formación del trabajador; gestionar y controlar las prestaciones por desempleo y ayudas y subvenciones para fomento y protección del empleo; etc.

<sup>27</sup> Como indica PALOMAR OLMEDA, A., en "Bases esenciales del derecho comunitario de la Seguridad Social", RTSS, octubre-diciembre de 1994, pág. 133

<sup>28</sup> Como recuerda FERRERAS ALONSO, F., en "Aspectos sociales de la libre circulación de los trabajadores en Europa", RTSS, octubre-diciembre, 1992, pág. 184.

la jurisprudencia del TJCE, como lo hizo respecto de ámbito material en el q recoge el asunto Vigier, más que a una Exposición de Motivos de una norma interna o a la Ley General Penitenciaria.

3.2.2. La noción de "trabajador" empezó a fraguarse con los primeros Reglamentos de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social (nº 3 y 4). Así, como puede recordarse en el asunto Unger 75/63<sup>29</sup> se indicó por el TJCE que trabajadores son "todos los que, como tales y cualquiera que sea el nombre que se les dé, se encuentran cubiertos por los diferentes regímenes nacionales de Seguridad Social"; la misma tendencia es seguida en el asunto Cicco 19/68<sup>30</sup>, en el que se indica que el Reglamento se basa en una concepción amplia del círculo de beneficiarios, por cuanto incluye a "todos los que estén asimilados a los trabajadores". En definitiva, como recuerda VAN RAPENBUSCH, el Tribunal no esta de acuerdo con limitar la noción de trabajador "tan solo a los migrantes stricto sensu, obligados a desplazarse para ejercer su empleo, sino que debía comprender también, de forma general, al que resida en el territorio de otro Estado miembro, cualquiera que sea el motivo de permanencia"<sup>31</sup>.

Evidentemente, esta doctrina fue trasladada al Reglamento 1408/71, por lo que la noción de "trabajador" tiene un alcance general y cubre a toda persona que, bien ejerza o no una actividad profesional, pero que tenga la calidad de asegurado de acuerdo con la legislación de Seguridad Social de uno o varios Estados miembros, como se recoge en el asunto Pierik 182/78<sup>32</sup>. Tampoco pueden su calidad de trabajadores las personas que en el momento que sobreviene el riesgo cubierto no pagaba cotizaciones o no estaba obligado a hacerlo, como se indica en el asunto Walsh 143/79<sup>33</sup> o que la definición de trabajador es completamente independiente del tiempo en que se presten los servicios<sup>34</sup>. Ello impide que en casos excepcionales puedan quedar excluidas las personas aseguradas mediante sistemas universales que no sean trabajadores<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Rec. 1964, pág. 349.

<sup>30</sup> Rec. 1968, pág. 690.

<sup>31</sup> Op. cit., pág. 379.

<sup>32</sup> Rec. 1979, pág. 1977.

<sup>33</sup> Rec. 1980, pág. 1639. Sobre la cuestión puede verse en profundidad, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...*, op. cit., págs. 7 y 99.

<sup>34</sup> Como indica PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 141, citando una sentencia de 3 de mayo de 1990.

<sup>35</sup> Los dos asuntos más conocidos son Kuyken 66/77 (Rec. 1977, pág. 2311) y R. 84/77 (Rec. 1978, pág. 7), el primero es un estudiante y la segunda una "au pair" pero en ambos casos hay una nota común: son sujetos que solicitan prestaciones, tras su retorno de la migración, al sistema de Seguridad Social del Estado del que son nacionales. El asunto que se comenta es el de un excarcelado de nacionalidad francesa que solicita la prestación de Seguridad Social en España, por lo que no son asimilables.

Como puede verse, el subsidio por desempleo es un protección obligatoria concedida a los sujetos incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social español y para ello es necesario, además de haber sido liberado de prisión —aunque sea en libertad provisional—, encontrarse en situación de necesidad. Todos los que cumplan las condiciones exigidas generarán un derecho subjetivo a la protección, al aseguramiento, cuando hayan esperado un mes desde que solicitaron empleo en la oficina pública. Pero es que, a pesar de que en los hechos probados no se diga nada respecto de si el ciudadano comunitario en cuestión migró a España para trabajar o no, sí indica algo importante: el solicitante tiene la obligación de permanecer en España hasta la total extinción de la condena. Se declara probado que no tiene trabajo u ocupación alguna y se deduce que no tiene ingresos superiores al umbral de pobreza establecido para el subsidio por desempleo<sup>36</sup>. Con todos estos datos ha de concluirse que para que el excarcelado pueda subsistir en nuestro Estado, hasta que se le permita abandonarlo por extinción de la condena, tiene forzosamente que trabajar (y por ello solicitó su inclusión como demandante de empleo en la Oficina correspondiente<sup>37</sup>). No cabe duda, también desde esta perspectiva, de que se trata de un trabajador migrante. En definitiva, como ya se observó en el Asunto Murru 2/72<sup>38</sup>, el TJCE admite la asimilación de un período de desempleo a un período de trabajo, siempre que se refiera a la legislación bajo la cual este período haya sido cumplido<sup>39</sup>.

#### 4. Y, POR ÚLTIMO, LA IGUALDAD DE TRATO

Considerado al solicitante del subsidio por desempleo para excarcelados como trabajador, tanto de la perspectiva interna como comunitaria, y por tanto incluíble dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, debe recordarse que, en virtud del art. 39 del Tratado de Amsterdam, la libre circulación supone la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad

Consecuentemente con ello, el art. 3.1 del Reglamento 1408/71 configura el principio de igualdad de trato indicando que las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, y a las cuales sean aplicables las dis-

<sup>36</sup> Se deduce ya que el único elemento que se discute (fj. 1º) es si al subsidio para excarcelados también pueden acceder los ciudadanos comunitarios.

<sup>37</sup> Cosa que también se deduce de conformidad con lo dicho en la nota anterior.

<sup>38</sup> Rec. 1972, pág. 333.

<sup>39</sup> Sobre el tema puede verse la afirmación realizada por GARCÍA RODRÍGUEZ, I. y ZAMORA CABOT, J., "asimismo, y con fines de ampliar el concepto que tratamos, el Tribunal constata el hecho de que un trabajador en 'desempleo' puede, en virtud del Reglamento 1408/71, reclamar el beneficio del subsidio, resultando ser de esta forma un beneficiario más", en "La aplicación de las normas comunitarias en materia de Seguridad Social: un intento de síntesis", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense nº 66, 1982, pág. 101.

posiciones del presente Reglamento, "estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste". Y es que, como dijera RODRÍGUEZ-PIÑERO, para que la libertad de circulación de mano de obra pudiera ser efectiva "presupone una serie de medidas específicas para eliminar cualquier desigualdad en materia de empleo y condiciones de trabajo, incluida la Seguridad Social"<sup>40</sup>.

Es claro que las personas afectadas por el Reglamento no pueden ser discriminadas por razón de su nacionalidad en el sentido de que a iguales situaciones de hechos corresponden iguales efectos y derechos en tanto no quede suficiente y objetivamente justificada la discriminación. Y es que, en la medida en que se ha configurado una prestación de Seguridad Social obligatoria dirigida a determinados sujetos (asegurados o protegidos, teniendo en cuenta el sentido extenso de la noción de 'trabajador' del Reglamento 1408/71), no puede pretender excluirse a nacionales de otros Estados miembros porque en ningún caso sería admisible justificar el establecimiento una medida de protección en base únicamente a la nacionalidad del trabajador. O como se resumen en el Asunto Masgio, de 7-3-1991, los arts. 7, 48 a 51 TCEE y 3 del Reglamento 1408/71 "prohiben que un trabajador migrante sufra un trato menos favorable que un trabajador que, sin haber hecho uso del derecho a la libre circulación, se encuentre en el mismo caso"<sup>41</sup>.

En cambio, sí podría ser posible que los trabajadores migrantes estuvieran más favorecidos en relación con los trabajadores que sólo han trabajado en su país y ello porque, en palabras de FIDEL FERRERAS "se olvida con frecuencia que no son situaciones jurídicas comparables; las diferencias que favorecen a los trabajadores migrantes [...] no se producen como consecuencia de la interpretación del derecho comunitario de la Seguridad Social, sino porque con la simple coordinación actual no pueden conseguirse"<sup>42</sup>.

En definitiva, teniendo en cuenta que las prestaciones por desempleo (contributivas o no contributivas) son una de las ramas coordinadas por la reglamentación comunitaria y que el excarcelado de nacionalidad comunitaria solicita demanda de empleo en la oficina pública correspondiente, ha de aplicársele al mismo los beneficios del subsidio de desempleo para los liberados de prisión en las mismas condiciones que a cualquier ciudadano español.

<sup>40</sup> En *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes...* cit, pág. 164.

<sup>41</sup> Como apunta ORDEIG FOS, J.M., en "La Seguridad Social en la CEE", Tribuna Social nº 12, 1992, pág. 15.

<sup>42</sup> Op. cit., pág. 185.