



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTADE DE DEREITO

**Área de Dereito do Traballo
e da Seguridade Social**

TESE DE DOUTORAMENTO

**A REGULACIÓN LABORAL E DE
SEGURIDADE SOCIAL DO
TRABALLO FRONTEIRIZO**

**Belisario Sixto San José
A Coruña, 2013**

A REGULACIÓN LABORAL E DE SEGURIDADE SOCIAL DO TRABALLO FRONTEIRIZO

Vº e Prace
Xosé Manuel Carril Vázquez
Director da tese

Memoria que para a colación do
Grao de Doutor en Dereito
presenta o Licenciado Belisario
Sixto San José, dirixida polo
Prof. Dr. Xosé Manuel Carril
Vázquez

ÁREA DE DEREITO DO TRABALLO E DA SEGURIDADE SOCIAL

FACULTADE DE DEREITO

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

2013

*Na memoria dos meus avós, Manola e Manolo,
quen me aprenderon a amar a lingua na que vivo
e a terra na que habito.*

*Aos meus pais, Meli e Beli, que me amosaron o valor do
esforzo e da responsabilidade, e me ensinaron a ser quen son.*

*Aos meus irmáns: Mela, Victor, Marta, Roi,
lévovos sempre comigo; tan distintos e somos un.*

*E especialmente a Carmen, compañeira,
e a Xoel e a Uxía, fillos do meu corazón
e a razón da miña vida.*

Voso era o tempo que adiquei a esta investigación.

A todos, quérovos.

ÍNDICE SUMARIO

RESUMO.....	1
ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5
I. O TRABALLO FRONTEIRIZO COMO REALIDADE SOCIAL.....	7
A) EN EUROPA.....	7
B) EN ESPAÑA.....	9
C) NA EURORREXIÓN GALIZA-NORTE DE PORTUGAL.....	13
II. O TRABALLO FRONTEIRIZO COMO REALIDADE XURÍDICA.....	16
A) NA REGULACIÓN PREVIA AO NACEMENTO DO DEREITO DO TRABALLO.....	16
B) NA REGULACIÓN PROPIA DO DEREITO DO TRABALLO E DA SEGURIDADE SOCIAL.....	22
C) NA XURISPRUDENCIA.....	31
III. O TRABALLO FRONTEIRIZO COMO OBXECTO DE INVESTIGACIÓN E METODOLOXÍA APLICÁBEL PARA A SÚA ANÁLISE.....	33
A) PARA A DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DA FIGURA DO TRABALLADOR FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO E DO TRABALLADOR TRANSFRONTEIRIZO.....	34
B) PARA ANALIZAR A FIGURA DO TRABALLADOR FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	34
C) PARA ANALIZAR A FIGURA DO TRABALLADOR TRANSFRONTEIRIZO.....	34
CAPÍTULO PRIMEIRO. FONTES REGULADORAS.....	37
I. PRECISIÓNS EN TORNO Á REGULACIÓN LEGAL DO TRABALLO FRONTEIRIZO EN ESPAÑA.....	39
A) PLURALIDADE NORMATIVA.....	39
B) EXISTENCIA DE DOUS TIPOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO.....	48
C) DISTINCIÓN DE FIGURAS AFÍNS.....	61
II. NO TRABALLO FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	67
A) FONTES NORMATIVAS.....	67
B) FONTES XURISPRUDENCIAIS.....	72
C) NORMAS SECTORIAIS.....	74
III. NO TRABALLO TRANSFRONTEIRIZO.....	75
A) FONTES NORMATIVAS.....	75
B) FONTES XURISPRUDENCIAIS.....	80
C) NORMAS SECTORIAIS.....	81

CAPÍTULO SEGUNDO. O TRABALLO FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	83
I. O ACCESO AO EMPREGO.....	85
A) LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES NO SEO DA UNIÓN EUROPEA.....	85
B) APLICABILIDADE AOS SUPOSTOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO.....	87
C) CUESTIONAMENTO EN SUPOSTOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO	89
II. O EMPREGO.....	95
A) ESTABELECIMENTO DO DEREITO Á IGUALDADE DE TRATO E Á NON DISCRIMINACIÓN.....	95
B) CONDICIÓN LABORAIS.....	100
C) ACCESO ÁS VANTAXES SOCIAIS.....	124
III. A SEGURIDADE SOCIAL.....	144
A) CONSIDERACIÓN PREVIAS.....	144
B) A DETERMINACIÓN DA LEXISLACIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL APLICÁBEL.....	151
C) ACCIÓN PROTECTORA.....	161
CAPÍTULO TERCEIRO. O TRABALLO TRANSFRONTEIRIZO	285
I. O ACCESO AO EMPREGO.....	287
A) LIMITACIÓN NO ACCESO.....	287
B) AUTORIZACIÓN DE TRABALLO POR CONTA PROPIA E ALLEA	290
C) OUTROS TIPOS DE AUTORIZACIÓN DE TRABALLO.....	301
II. O EMPREGO.....	309
A) IGUALDADE DE TRATO.....	309
B) NO GOCE DE DEREITOS E LIBERDADES RECOÑECIDOS NA NORMATIVA DE ESTRANXEIRÍA.....	310
C) NAS CONDICIÓN DE TRABALLO ESTABELECIDAS NA NORMATIVA LABORAL.....	312
III. A SEGURIDADE SOCIAL.....	322
A) PRECISIÓN EN TORNO Á APLICACIÓN DA NORMATIVA INTERNA DE ESTRANXEIRÍA.....	322
B) A IGUALDADE DE TRATO NO ACCESO Á SEGURIDADE SOCIAL.....	323
C) O ACCESO ÁS PRESTACIÓN NOS CONVENIOS BILATERAIS DE SEGURIDADE SOCIAL.....	327
CONCLUSIÓN.....	343
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	355
SITIOS DE INTERNET CITADOS.....	369

ÍNDICE XERAL

RESUMO	1
ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	5
I. O TRABALLO FRONTEIRIZO COMO REALIDADE SOCIAL	7
A) EN EUROPA.....	7
B) EN ESPAÑA.....	9
C) NA EURORREXIÓN GALIZA-NORTE DE PORTUGAL.....	13
II. O TRABALLO FRONTEIRIZO COMO REALIDADE XURÍDICA	16
A) NA REGULACIÓN PREVIA AO NACEMENTO DO DEREITO DO TRABALLO.....	16
B) NA REGULACIÓN PROPIA DO DEREITO DO TRABALLO E DA SEGURIDADE SOCIAL.....	22
1. NORMAS DE ORIXE INTERNACIONAL PUBLICADAS NO <i>BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO</i>	22
2. NORMAS DE ORIXE INTERNA.....	27
3. NORMAS PROCEDENTES DA UNIÓN EUROPEA.....	29
C) NA XURISPRUDENCIA.....	31
III. O TRABALLO FRONTEIRIZO COMO OBXECTO DE INVESTIGACIÓN E METODOLOXÍA APLICÁBEL PARA A SÚA ANÁLISE	33
A) PARA A DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DA FIGURA DO TRABALLADOR FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO E DO TRABALLADOR TRANSFRONTEIRIZO.....	34
B) PARA ANALIZAR A FIGURA DO TRABALLADOR FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	34
C) PARA ANALIZAR A FIGURA DO TRABALLADOR TRANSFRONTEIRIZO.....	34
CAPÍTULO PRIMEIRO. FONTES REGULADORAS	37
I. PRECISIÓNS EN TORNO Á REGULACIÓN LEGAL DO TRABALLO FRONTEIRIZO EN ESPAÑA	39
A) PLURALIDADE NORMATIVA.....	39
1. DESCOÑECIMENTO EXPRESO DA FIGURA POLAS PRINCIPAIS NORMAS DE DEREITO INTERNO LABORAL E DE SEGURIDADE SOCIAL.....	39
2. AS REFERENCIAS NA NORMATIVA DE ORIXE INTERNACIONAL.....	39
3. O SEU CARÁCTER FRAGMENTARIO.....	43
A) NA NORMATIVA DE ORIXE INTERNA.....	43
B) NA NORMATIVA DA UNIÓN EUROPEA.....	44

C) NOUTRA NORMATIVA DE ORIXE INTERNACIONAL.....	46
B) EXISTENCIA DE DOUS TIPOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO.....	48
1. TRAZOS COMÚNS.....	48
2. ESPECIFICIDADES DO TRABALLO TRANSFRONTEIRIZO.....	50
3. ESPECIFICIDADES DO TRABALLO FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	54
C) DISTINCIÓN DE FIGURAS AFÍNS.....	61
1. TRABALLADORES DESPRAZADOS NO MARCO DUNHA PRESTACIÓN DE SERVIZO TRANSNACIONAL.....	61
2. TRABALLO DE TEMPORADA.....	64
3. OUTROS SUPOSTOS.....	66
II. NO TRABALLO FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	67
A) FONTES NORMATIVAS.....	67
1. DA UNIÓN EUROPEA.....	67
2. DE ORIXE INTERNA.....	72
B) FONTES XURISPRUDENCIAIS.....	72
C) NORMAS SECTORIAIS.....	74
III. NO TRABALLO TRANSFRONTEIRIZO.....	75
A) FONTES NORMATIVAS.....	75
1. DE ORIXE INTERNACIONAL.....	75
2. DE ORIXE INTERNA.....	77
B) FONTES XURISPRUDENCIAIS.....	80
C) NORMAS SECTORIAIS.....	81

CAPÍTULO SEGUNDO. O TRABALLO FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO.....	83
I. O ACCESO AO EMPREGO.....	85
A) LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES NO SEO DA UNIÓN EUROPEA.....	85
B) APLICABILIDADE AOS SUPOSTOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO.....	87
C) CUESTIONAMENTO EN SUPOSTOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO	89
II. O EMPREGO.....	95
A) ESTABELECIMENTO DO DEREITO Á IGUALDADE DE TRATO E Á NON DISCRIMINACIÓN.....	95
1. CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	95
2. ALCANCE TEMPORAL.....	97
3. TIPOS DE DESPRAZAMENTO FRONTEIRIZO A CONSIDERAR.....	98
B) CONDICIÓNS LABORAIS.....	100
1. EN MATERIA RETRIBUTIVA.....	100
2. NO GOCE DE DEREITOS ACCESORIOS Á ACTIVIDADE LABORAL.....	115
3. EN MATERIA DE DEREITO COLECTIVO DO TRABALLO.....	123
C) ACCESO ÁS VANTAXES SOCIAIS.....	124
1. EN MATERIA DE ALOXAMENTO E VIVENDA.....	126
2. EN MATERIA DE PRESTACIÓNS.....	128
3. EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓNS E AXUDAS POR EXTINCIÓN DE CONTRATO.....	136

III. A SEGURIDADE SOCIAL.....	144
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	144
B) A DETERMINACIÓN DA LEXISLACIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL APLICÁBEL.....	151
1. NORMA XERAL.....	152
2. EXCEPCIÓNS Á NORMA XERAL.....	155
3. IMPERATIVIDADE DA NORMATIVA SOBRE LEXISLACIÓN APLICÁBEL.....	157
C) ACCIÓN PROTECTORA.....	161
1. NO CASO DE PRESTACIÓNS DE ENFERMIDADE, DE MATERNIDADE E DE PATERNIDADE ASIMILADAS.....	162
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	162
B) AS PRESTACIÓNS EN ESPECIE.....	172
1. NO SUPOSTO DE TRABALLADORES FRONTEIRIZOS EN ACTIVO.....	173
2. NO SUPOSTO DE TRABALLADORES FRONTEIRIZOS XUBILADOS.....	179
3. UNHA MELLORA DOS NIVEIS DE PROTECCIÓN AO RESPECTO DA NORMATIVA ANTERIOR.....	181
C) AS PRESTACIÓNS EN METÁLICO.....	182
2. NO CASO DE PRESTACIÓNS DE ACCIDENTE DE TRABALLO E DE ENFERMIDADE PROFESIONAL.....	185
A) AS PRESTACIÓNS EN ESPECIE.....	186
B) AS PRESTACIÓNS EN METÁLICO.....	191
C) PARTICULARIDADES CANDO AS CONSECUCIÓNS DA CONTINXENCIA SE EVIDENCIEN NO ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA.....	194
3. NO CASO DE PRESTACIÓNS DE INVALIDEZ.....	196
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	196
B) REALIZACIÓN DE EXAMES MÉDICOS E CONTROIS ADMINISTRATIVOS.....	197
C) CÓMPUTO DOS PERÍODOS DE CARENCIA.....	202
4. NO CASO DE PENSÍONS DE VELLEZ E DE SUPERVIVENCIA... ..	204
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	204
B) DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	205
C) PROBLEMÁTICA NO SEU GOCE EN CASOS DE TRABALLO FRONTEIRIZO.....	207
1. EN RELACIÓN CO GOCE DUNHA PRESTACIÓN DE DESEMPREGO.....	207
2. EN RELACIÓN CO GOCE DE PRESTACIÓNS FAMILIARES.....	212
3. EN RELACIÓN CO GOCE DE PRESTACIÓNS DE ENFERMIDADE, MATERNIDADE E PATERNIDADE ASIMILADAS.....	215
5. NO CASO DE PRESTACIÓNS DE DESEMPREGO.....	216
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	218
1. PRECISIÓNS EN TORNO AO CONCEPTO DE PRESTACIÓNS DE DESEMPREGO.....	218
2. PRECISIÓNS EN TORNO Á APLICACIÓN DOS PRINCIPIOS DE TOTALIZACIÓN DE PERÍODOS NAS PRESTACIÓNS DE DESEMPREGO.....	223

3. DELIMITACIÓN DAS FIGURAS DE DESEMPREGO PARCIAL OU INTERMITENTE E DESEMPREGO TOTAL.....	224
B) DESEMPREGO PARCIAL OU INTERMITENTE.....	225
C) DESEMPREGO TOTAL.....	226
1. POSTA A DISPOSICIÓN DOS SERVIZOS DE EMPREGO DO ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA.....	227
2. POSTA A DISPOSICIÓN DOS SERVIZOS DE EMPREGO DO ESTADO MEMBRO DE EMPREGO COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA.....	234
3. DESPRAZAMENTO TEMPORAL A OUTRO ESTADO MEMBRO NA PROCURA DE EMPREGO.....	234
4. DESPRAZAMENTO OU TRASLADO AO ESTADO MEMBRO DE EMPREGO.....	237
5. DESEMPREGO TOTAL DE TRABALLADORES FRONTEIRIZOS POR CONTA PROPIA NO CASO EN QUE O ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA CAREZA DUN SISTEMA DE PRESTACIÓNS DE DESEMPREGO PARA TRABALLADORES POR CONTA PROPIA.....	243
6. CONSECUCIÓNS DA PERCEPCIÓN DA PRESTACIÓN DE DESEMPREGO TOTAL PARA OS EFECTOS DOUTRAS PRESTACIÓNS.....	244
6. NO CASO DE PRESTACIÓNS FAMILIARES.....	249
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	249
B) NA NORMATIVA ANTERIOR.....	250
C) OS PRONUNCIAMENTOS XURISPRUDENCIAIS.....	253
1. RELATIVOS Á DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	253
2. NO SUPOSTO DE PLURIACTIVIDADE NO ESTADO MEMBRO DE EMPREGO E NO ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA.....	257
3. NO SUPOSTO DE REALIZACIÓN DE ACTIVIDADE NO ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA POR PARTE DOUTRO TRABALLADOR CON DEREITO A PRESTACIÓNS FAMILIARES SOBRE A MESMA PERSOA.....	259
4. NO SUPOSTO DE QUE EXISTA MÁIS DUN ESTADO MEMBRO DE EMPREGO E NINGÚN COINCIDA CO ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA	265
5. NO SUPOSTO DE QUE A LEXISLACIÓN INTERNA DO ESTADO MEMBRO DE RESIDENCIA OUTORGUE DEREITO ÁS PRESTACIÓNS FAMILIARES POR RAZÓN DE RESIDENCIA CANDO NON EXISTA DEREITO ÁS MESMAS NO ESTADO MEMBRO DE EMPREGO.....	267
D) NA NORMATIVA ACTUAL.....	269
7. NO CASO DE PRESTACIÓNS ESPECIAIS EN METÁLICO NON CONTRIBUTIVAS.....	273
A) CONSIDERACIÓNS PREVIAS.....	273
B) DELIMITACIÓN XURISPRUDENCIAL DA FIGURA	275
C) REGULACIÓN.....	281

CAPÍTULO TERCEIRO. O TRABALLO TRANSFRONTEIRIZO	285
I. O ACCESO AO EMPREGO	287
A) LIMITACIÓN NO ACCESO	287
B) AUTORIZACIÓN DE TRABALLO POR CONTA PROPIA E ALLEA	290
1. REQUISITOS COMÚNS NO TRABALLO POR CONTA PROPIA E POR CONTA ALLEA	291
2. REQUISITOS ESPECÍFICOS NO TRABALLO POR CONTA ALLEA	291
3. REQUISITOS ESPECÍFICOS NO TRABALLO POR CONTA PROPIA	295
4. CONSECUCIAS DA CONCESIÓN DA AUTORIZACIÓN DE TRABALLO	298
A) ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL E TARXETA DE IDENTIDADE DE ESTRANXEIRO	298
B) LÍMITES DA AUTORIZACIÓN	299
C) OUTROS TIPOS DE AUTORIZACIÓN DE TRABALLO	301
II. O EMPREGO	309
A) IGUALDADE DE TRATO	309
B) NO GOCE DE DEREITOS E LIBERDADES RECOÑECIDOS NA NORMATIVA DE ESTRANXEIRÍA	310
C) NAS CONDICIÓNS DE TRABALLO ESTABELECIDAS NA NORMATIVA LABORAL	312
III. A SEGURIDADE SOCIAL	322
A) PRECISIÓNS EN TORNO Á APLICACIÓN DA NORMATIVA INTERNA DE ESTRANXEIRÍA	322
B) A IGUALDADE DE TRATO NO ACCESO Á SEGURIDADE SOCIAL	323
C) O ACCESO ÁS PRESTACIÓNS NOS CONVENIOS BILATERAIS DE SEGURIDADE SOCIAL	327
1. INTRODUCCIÓN	327
2. NO CASO DE ANDORRA	328
A) ASISTENCIA SANITARIA POR MATERNIDADE, ENFERMIDADE E ACCIDENTE	329
B) PRESTACIÓNS ECONÓMICAS POR MATERNIDADE E INCAPACIDADE TEMPORAL DERIVADA DE ENFERMIDADE COMÚN E ACCIDENTE NON LABORAL	331
C) PRESTACIÓNS DE INCAPACIDADE PERMANENTE, XUBILACIÓN, E MORTE E SUPERVIVENCIA	331
D) PRESTACIÓNS DE ACCIDENTE DE TRABALLO E ENFERMIDADE PROFESIONAL	333
3. NO CASO DE MARROCOS	334
A) PRESTACIÓNS DE ENFERMIDADE E MATERNIDADE	335
B) PRESTACIÓNS DE VELLEZ, INVALIDEZ E SUPERVIVENCIA	338
C) SUBSIDIO POR DEFUNCIÓN	339
D) PRESTACIÓNS DE ACCIDENTE DE TRABALLO E ENFERMIDADE PROFESIONAL	339
E) PRESTACIÓNS FAMILIARES	341
CONCLUSIÓNS	343

BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	355
SITIOS DE INTERNET CITADOS.....	369

RESUMO. Analízase, sempre desde unha perspectiva iuslaboralista, a figura do traballo fronteirizo. O estudo das fontes permite constatar a existencia de dous tipos de traballo fronteirizo. Por unha banda están os traballadores fronteirizos en sentido estrito. Son aqueles aos que lles resulta de aplicación a normativa da Unión Europea sobre libre circulación, residen nun Estado membro e traballan noutro Estado membro, ao que regresan diariamente ou, cando menos, unha vez por semana. A normativa da Unión Europea garántelles a igualdade de trato da que gozan os restantes traballadores da Unión que fan uso da liberdade de circulación, tanto no acceso ao emprego, no emprego, coma en materia de Seguridade Social. Dentro deste último campo, a normativa mesmo chega a establecer regras específicas para estes traballadores no que atinxe a certas prestacións. Por outra banda están os traballadores transfronteirizos. Son cidadáns estranxeiros que non gozan da liberdade de circulación, residen en territorio limítrofe con España e son autorizados para traballar en España na zona fronteiriza limítrofe co seu Estado de residencia, ao que deben regresar diariamente. En contraste coa limitación para o acceso ao emprego, que implica a necesidade de autorización de traballo, unha vez obtida esta, garánteselles a igualdade ao respecto dos traballadores españois, tanto nas súas condicións de traballo como no acceso ás prestacións de Seguridade Social.

RESUMEN. Se analiza, siempre desde una perspectiva iuslaboralista, la figura del trabajo fronterizo. El estudio de las fuentes permite constatar la existencia de dos tipos de trabajo fronterizo. Por una parte están los trabajadores fronterizos en sentido estricto. Son aquellos a los que les resulta de aplicación la normativa de la Unión Europea sobre libre circulación, residen en un Estado miembro y trabajan en otro Estado miembro, al que regresan diariamente o, por lo menos, una vez por semana. La normativa de la Unión Europea les garantiza la igualdad de trato de la que disfrutaban los restantes trabajadores de la Unión que hacen uso de la libertad de circulación, tanto en el acceso al empleo, en el empleo, como en materia de Seguridad Social. Dentro de este último campo, la normativa llega incluso a establecer reglas específicas para estos trabajadores para ciertas prestaciones. Por otra parte están los trabajadores transfronterizos. Son ciudadanos extranjeros que no se benefician de la libertad de circulación, residen en territorio limítrofe con España y son autorizados para trabajar en España en la zona fronteriza limítrofe con su Estado de residencia, al que deben regresar diariamente. En contraste con la limitación para el acceso al empleo, que implica la necesidad de autorización de trabajo, una vez obtenida esta, se les garantiza la igualdad con respecto a los trabajadores españoles, tanto en sus condiciones de trabajo como en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

ABSTRACT. This research about the border work is carried out from a juridical-labour perspective. The analysis of the sources allows us to validate the existence of two types of border work. On the one hand, we have workers strictly speaking who are under the European Union laws on free movement. They live and work in two different countries belonging to the E.U. They return home daily or at least once a week. They are granted the same equal rights as the rest of the EU workers who take advantage of free movement laws regarding job applications, work and the National Health Service. These laws even have benefits these workers can apply for. The second group are the transborder workers, non EU workers who are foreigners who can benefit from circulation laws freely. They live in a country on the border of Spain and they are allowed to work in Spain on the border and have to return daily to their country. They need a work permit to be able to work and once they obtain it they have equal rights as the Spanish workers, in their work as well as Social National Security Benefits.

ABREVIATURAS

AAW	Lei xeral sobre a incapacidade laboral holandesa (<i>Algemene Arbeidsongeschiktheidswet</i>)
AOK	Seguro de enfermidade alemán (<i>Allgemeine Ortskrankenkasse</i>)
AOW	Lei holandesa sobre o réxime xeral do seguro de vellez (<i>Algemene Ouderdomswet</i>)
BBC	Corporación Británica de Radiodifusión (<i>British Broadcasting Corporation</i>)
BERzGG	Lei alemá relativa á concesión de prestacións e permisos de crianza (<i>Bundeserziehungsgeldgesetz</i>)
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
BPGG	Lei federal austríaca de asignacións de asistencia (<i>Bundespflegegeldgesetz</i>)
CE	Comunidade Europea
CEE	Comunidade Económica Europea
CENDOJ	Centro de Documentación Xudicial
CIUO	Clasificación Internacional Uniforme de Ocupacións
CNCP	Catálogo Nacional de Cualificacións Profesionais
CNO	Clasificación Nacional de Ocupacións
CRDS	Contribución para o reembolso da débeda social francesa
CSX	Contribución social xeneralizada francesa
DO	Diario Oficial
DO C	Diario Oficial, serie comunicacións e informacións
DO L	Diario Oficial, serie lexislación
EEE	Espazo Económico Europeo
EStG	Lei federal alemá sobre o imposto da renda (<i>Einkommensteuergesetz</i>)
EURATOM	Comunidade Europea da Enerxía Atómica
INASTI	Instituto nacional de Seguridade Social para traballadores autónomos (Bélxica) <i>Institut national d'assurances sociales</i>

pour travailleurs indépendants

INE	Instituto Nacional de Estadística
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional da Seguridade Social
IOAW	Lei holandesa de previsión para desempregados de avanzada idade e parcialmente incapacitados para o traballo (<i>Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers</i>)
IVE	Imposto sobre o Valor Engadido
LISMI	Lei de Integración Social dos Minusválidos
LO	Lei orgánica
OCDE	Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico
OIT	Organización Internacional do Traballo
ONAF	Oficina Nacional de asignacións familiares para empregados de Bélxica (<i>Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés</i>)
SNCFP	Sistema Nacional das Cualificacións e Formación Profesional
SPGG	Lei do <i>Land</i> de Salzburgo sobre a asignación de asistencia (<i>Salzburger Pflegegeldgesetz</i>)
UE	Unión Europea
Wajong	Lei holandesa de asistencia á discapacidade en favor de mozos minusválidos (<i>Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten</i>)
WAO	Ley holandesa do seguro de incapacidade laboral (<i>Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering</i>)

INTRODUCCIÓN

1. Como se sabe, a necesidade de traballar para obter medios de subsistencia é unha das principais causas determinantes da existencia de moi diversos tipos de desprazamentos das persoas. Esta variedade de desprazamentos —que adoitan agruparse no que se dá en chamar mobilidade laboral (*labour mobility*)— é unha constante con trazos moi definidos no caso daqueles que teñen lugar especificamente nas zonas fronteirizas. En efecto, os desprazamentos entre ambos lados da fronteira dos habitantes das zonas fronteirizas, con carácter case cotián e con clara significación de traballo, constitúen unha realidade realmente singular, cuxa correcta comprensión esixe ter en conta, cando menos, as dimensións social, xurídica e investigadora que a dotan de sentido e das que seguidamente se dá conta.

I. O traballo fronteirizo como realidade social

A) En Europa

2. A inexistencia de datos estatísticos precisos non impide evidenciar a realidade social do traballo fronteirizo, nin tampouco realizar o achegamento á súa cuantificación, aínda que só sexa pola vía da aproximación¹. Neste sentido, a Dirección Xeral de Estudos da Comisión Europea estimou que un total de 380.000 traballadores se trasladaba desde o seu país de orixe ao seu país de emprego entre os anos 1990 e 1995 en Europa occidental, o que representaba un 0,26% do total da poboación activa da Unión Europea². A metade deses traballadores tiñan a Suíza como Estado de emprego³. Máis recentemente, para o ano 2005, a estimación aumentou até os 600.000 traballadores dentro da Europa dos quince⁴, o que

¹ O documento de traballo *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea* da Dirección Xeral de Estudos da Unión Europea, Serie Asuntos Sociais –W16A– no seu apartado 2.1, nota metodolóxica, indica que “a análise cuantitativa exacta do fenómeno transfronteirizo presenta importantes dificultades, dada a falta de elementos estatísticos confiábeis” xa que “non existen censos periódicos comparábeis nos distintos países”. Os datos utilizados nese estudo proceden principalmente da Seguridade Social, dos censos de poboación e da oficina Central de Etranxeiros de Berna. Os primeiros presentan a limitación de subestimar os datos estatísticos, pois en determinados países non están suxeitos ao seguro obrigatorio de enfermidade aqueles traballadores que gañan por riba ou por baixo dun determinado limiar. Estudo dispoñíbel en http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w16/summary_es.htm.

² Véxase *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, cit., apartado 2.2. Estima que a poboación activa na UE en 1995 estaba formada por 148 millóns de persoas.

³ *Ibidem*. Introducción.

⁴ Véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Los trabajadores fronteirizos en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71”, en ARETA MARTÍNEZ, M. e SEMPERE NAVARRO, V. (Directores), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Ediciones Laborum (Murcia, 2009), páx. 106, que cita como fonte o Memorando 05/229 da Comisión.

continuaría resultando unha porcentaxe certamente pouco significativa do total da poboación activa da UE⁵.

3. Dentro de Europa occidental, o principal país emisor de traballadores fronteirizos —sempre segundo os datos da Dirección Xeral de Estudos da Comisión Europea— é Francia, que conta con 179.000. A moita distancia séguenlle en importancia Alemaña (con 45.000), Italia (con 40.000) e Bélxica (con 33.500). Os principais países receptores de traballadores fronteirizos son Suíza (con 149.897), Alemaña (con 77.598), Luxemburgo (con 54.200), Mónaco (con 22.925), Bélxica (con 15.076), os Países Baixos (con 14.606) e Francia (con 10.031)⁶.

4. Malia a relativamente escasa importancia cuantitativa, o fenómeno dos desprazamentos laborais fronteirizos entre o Estado de residencia e o Estado de emprego considérase dunha importancia capital “para o desenvolvemento local de determinadas rexións situadas en Europa”⁷. Alén disto, cómpre salientar a importancia cualitativa do fenómeno do traballo fronteirizo dentro do proceso de construción da Unión Europea. A este respecto, a Comisión recoñeceu que “o aspecto cuantitativo dos fluxos transfronteirizos non pode xustificar a atención que se concede a este fenómeno, cuxa importancia reside máis ben no seu carácter revelador dos avances e límites da construción europea no marco da libre circulación das persoas”⁸.

⁵ A dificultade para a cuantificación do fenómeno do traballo fronteirizo non é allea ao feito de que un dos requisitos que se esixe para a inclusión dentro desta categoría de traballo sexa un requisito fáctico pouco controlábel polos Estados membros. Véxase CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los trabajadores fronterizos presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto 1408/71/CEE y Rgto 883/2004/CE)”, en CORREA CARRASCO, M. (Coordinador), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, páx. 419. Dispoñíbel en internet no sitio <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>.

⁶ Véxase *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, cit., Anexo 1.

⁷ En *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, cit., apartado 2.2, cítase como exemplo a grande depresión europea formada polo Sarre, Lorena, Luxemburgo, Tréveris, Palatinado ou a rexión Euregio do Mosa e o Rihn, situada entre Bélxica, Alemaña e os Países Baixos.

⁸ Véxase *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, cit., apartado 2.2. Neste mesmo sentido véxase o informe do 6 de maio de 1998 sobre a situación dos traballadores fronteirizos na Unión Europea da Comisión de Emprego e Asuntos Sociais (relatora: Anne van Lancker), cando indica, ao respecto dos traballadores fronteirizos, que malia representar unha pequena porcentaxe da poboación traballadora na Unión “desempeñan unha función sumamente importante de sinal, tanto para a realización dos obxectivos da Unión Europea en xeral coma para o funcionamento dun mercado europeo en desenvolvemento” e que “as rexións fronteirizas e os problemas das persoas que viven e traballan nestas rexións constitúen un verdadeiro barómetro para a integración europea”, páx. 11. Publicación dispoñíbel en internet no sitio <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1998-0168+0+DOC+PDF+V0//ES>.

B) En España

5. Tamén para o caso de España, o achegamento á cuantificación do fenómeno fronteirizo debe facerse por estimación, dado que non se coñecen datos estatísticos oficiais sobre este fenómeno⁹. As estatísticas ofrecidas pola Secretaría Xeral de Inmigración e Emigración do Ministerio de Emprego e Seguridade Social unicamente fan referencia aos estranxeiros con certificado de rexistro ou tarxeta de residencia en vigor, excluindo expresamente aos traballadores fronteirizos da súa análise, precisamente polo feito de non residiren en España¹⁰. Pola súa banda, o Instituto Nacional de Estatística non ofrece información sobre este colectivo de traballadores nas súas estatísticas sobre migracións e tampouco aparecen datos sobre eles nas estatísticas sobre estranxeiría publicadas polo Ministerio do Interior.

6. No que atinxe ás Cidades Autónomas de Ceuta e Melilla, os datos que se manexan ao respecto do número total de traballadores transfronteirizos empregados nesas cidades varían enormemente. Algún autor chegou a afirmar que en cada unha delas traballaban aproximadamente trinta mil traballadores transfronteirizos¹¹, o que parece desproporcionado tendo en consideración que en Ceuta residen 82.376 persoas e en Melilla 78.476¹². Outras fontes afirman, ao respecto da cidade de Melilla, que o número de traballadores transfronteirizos é de aproximadamente 2.400, dos que a metade se adicarían ao traballo doméstico, unha quinta parte á construción e os restantes a actividades diversas¹³. En todo caso, os únicos datos

⁹ E aínda que existisen non resultarían, probabelmente, fiábeis dado que en moitas ocasións, tal e como se ten posto de manifesto, cando os traballadores fronteirizos van afiliarse á Seguridade Social, a Tesourería pídelles un domicilio en España. Esta petición, malia ter unicamente como finalidade realizar nel notificacións, oculta o feito de que o traballador en cuestión é verdadeiramente fronteirizo [véxase TREJO CHACÓN, M.F., “Prestaciones familiares: zonas grises”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012), páx. 12].

¹⁰ Véxase a publicación *Extranjeros residentes en España a 30 de junio de 2012*, dispoñíbel en http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/201206/Principales_resultados_30062012.pdf, no que se indica expresamente nas súas notas metodolóxicas que non se inclúen os traballadores transfronteirizos por non residir en España.

¹¹ Véxase IZQUIERDO CARBONERO, F.J., “La problemática de la prueba de la relación laboral de los trabajadores transfronterizos”, *Revista Baylio*, número 6, editada polo *Colegio de Abogados de Ceuta*, páx. 10. Dispoñíbel en <http://www.icace.org/pdf/b06articulo02.pdf>.

¹² Véxase o Real decreto 1782/2011, do 16 de decembro, polo que se declaran oficiais as cifras de poboación resultantes da revisión do padrón municipal referidas ao 1 de xaneiro de 2011 (BOE número 303, do 17 de decembro).

¹³ Véxase BURGOS GOYE, M.C., “La situación laboral del trabajador transfronterizo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. e KRESSOVA, N. (Coordinadores), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones (Granada, 2011), páx. 332, no que cita como fonte un artigo publicado o 8 de

estadísticos oficiais dos que se dispón son os referidos aos traballadores de nacionalidade marroquí dados de alta na Seguridade Social nestas cidades autónomas, que ascendían a 2.251 en Ceuta e 3.695 en Melilla no ano 2009¹⁴. Dentro destas cifras están incluídos tanto os traballadores transfronteirizos coma os cidadáns marroquí residentes nas citadas cidades autónomas. Segundo estimacións da *Consejería de Economía Empleo y Turismo* da Cidade Autónoma de Melilla, no ano 2008 contabilizábanse nesa cidade un total de 2.344 traballadores transfronteirizos¹⁵. Non están incluídos dentro desas cifras os traballadores transfronteirizos residentes en Tetuán e Nador que traballan en situación irregular nas citadas cidades¹⁶. Tendo en consideración o elevado fluxo diario de entradas e saídas de persoas residentes nos citados territorios marroquí, especialmente significativo en determinadas horas do día, pode pensarse que o número de traballadores transfronteirizos en situación irregular nesas cidades será elevado¹⁷. Téñase en conta que aos nacionais marroquí residentes nas provincias de Tetuán e Nador se lles permite entrar respectivamente en Ceuta e en Melilla sen necesidade da obtención de visado, exhibindo unicamente o seu documento de identidade marroquí —o que lles facilita enormemente a entrada e saída diaria das citadas cidades autónomas¹⁸—, e

xaneiro de 2011 no xornal “Diario Sur”. Dispoñíbel en internet, no sitio: http://migraciones.ugr.es/congreso2011/libroacta/Mesa4/004_Burgos.pdf.

¹⁴ Véxase o capítulo V do *Anuario Estadístico de Inmigración*, dispoñíbel en <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/observatoriopermanenteinmigracion/Anuarios/Anuario2009.html>.

¹⁵ Véxase o informe *Intercambios socioeconómicos entre la Ciudad Autónoma de Melilla y Marruecos*, *Fundación para el desarrollo socioeconómico Hispano-Marroquí*, dispoñíbel en http://www.fhimades.org/upload/pdf_documentos/65.pdf.

¹⁶ Sobre a situación do traballo irregular en Melilla de traballadores transfronteirizos, véxase o estudo *La economía sumergida en la Ciudad Autónoma de Melilla* da *Consejería de Economía, Empleo y Turismo*. Dispoñíbel en internet no sitio http://www.melilla.es/melillaPortal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2627_1.pdf. E sobre a situación de traballo irregular na cidade de Ceuta véxase CASAS SÁNCHEZ, J., “La inmigración fronteriza en Ceuta”, *Revista de Estudios Fronterizos*, número 3 (2005), páx. 466.

¹⁷ Véxase BURGOS GOYE, M.C., *Las migraciones en las ciudades de Ceuta y Melilla*, Editorial Comares, (Granada, 2012), páx. 5. Neste mesmo sentido, MARTÍN SEGURA, J.A., “La problemática de los trabajadores transfronterizos”, *Comfia* (2007), dispoñíbel en <http://www.comfia.info/noticias/35998.html>.

¹⁸ Tal e como se ten indicado, “en virtud del Protocolo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen [...] en el Anexo III, sobre las ciudades de Ceuta y Melilla, en su apartado b) dispone lo siguiente: “Continuara igualmente aplicándose el régimen específico de exención de visado en materia de pequeño tráfico fronterizo entre Ceuta y Melilla y las provincias de Tetuán y Nador” (BURGOS GOYE, M.C., “La situación laboral del trabajador transfronterizo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla”, cit., páx. 332). De feito, non lles resulta de aplicación o Regulamento (CEE) número 1931/2006 do Parlamento Europeo e do Consello do 20 de decembro de 2006 polo que se establecen normas relativas ao tráfico fronteirizo menor nas fronteiras terrestres exteriores dos Estados membros e polo que se modifican as disposicións do Convenio de Schengen (DO L número 29, do 3 de febreiro de 2007), pois así o dispón o seu artigo 16. Sobre a situación das fronteiras das citadas cidades

tamén que as fronteiras de Ceuta e Melilla con Marrocos constitúen a fronteira na que existe maior diferencial de renda entre os países do mundo¹⁹. Esta situación fai especialmente atractivo o mercado de traballo ceutí e melillés para os traballadores marroquís residentes nas citadas provincias de Tetuán e Nador, que están interesados en traballar nesas cidades mesmo en situación irregular, o que provoca unha importante presión sobre o mercado de traballo de ditas cidades, chegando a crear situacións de verdadeiro *dumping* social²⁰.

7. No caso de Andorra, os datos que se manexan refírense a un total de traballadores fronteirizos que oscila entre os 2.000 e os 2.500. Serían traballadores residentes principalmente na comarca do Alt Urgell e, en menor medida, na de Cerdanya, que se desprazan diariamente a Andorra a traballar e regresan diariamente aos seus domicilios en Cataluña²¹. Non se coñecen datos de traballadores fronteirizos con residencia en Andorra e emprego en España, pero dada a baixa densidade de poboación do territorio catalán fronteirizo con Andorra é previsíbel que constitúan un fenómeno marxinal.

8. Dentro do que se coñece como fronteiras interiores, isto é, con Estados membros da Unión Europea, tampouco existen datos oficiais, pero si algunhas estimacións. Ao respecto de Francia, a Dirección Xeral de Estudos da Comisión Europea estimou que no ano 1990 había 2.000

autónomas véxase tamén FERRER GALLARDO, X., “Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano”, *Documents D'Anàlisi Geogràfica*, número 51, Universitat Autònoma de Barcelona (Barcelona, 2008), pàx. 136. Dispoñíbel en <http://ddd.uab.cat/pub/dag/02121573n51p129.pdf>.

¹⁹ Véxase MARTÍN SEGURA, J.A., “La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos”, *Revista de Derecho Social*, número 39 (2007), pàx. 189.

²⁰ Véxase MARTÍN SEGURA, J.A., “La problemática de los trabajadores transfronterizos”, cit. Para unha análise sobre a incidencia do diferencial de rendas entre os Estados en materia de emprego e protección social, véxase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “O impacto da diferenza entre países enriquecidos e países empobrecidos sobre o dereito do traballo e da seguridade social”, *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo da Universidade da Coruña*, número 2 (2011), páxs. 41 a 58.

²¹ O diario dixital catalán E-notícies, nunha noticia datada o 27 de marzo de 2009, afirma que “en estes momentos, entre 2000 y 2.500 personas, residentes principalmente en la comarca del Alt Urgell, y en menor número en la comarca de Cerdanya, van a trabajar diariamente en Andorra y vuelven a sus lugares de residencia en estas comarcas”. Esa mesma é a cifra de traballadores transfronteirizos residentes en Cataluña que traballan en Andorra que se manexa noutra información de prensa de setembro dese mesmo ano, esta vez do diario dixital Invertia, no que se analiza a situación deste colectivo de traballadores ao respecto da prestación de desemprego. Dispoñíbel en internet no sitio <http://www.comfia.info/noticias/35998.html>. Para unha análise da situación dos traballadores fronteirizos en Andorra, véxase VIÑAS FARRÉ, R., “El régimen de los trabajadores fronterizos en las relaciones de vecindad hispano-andorranas”, *Las relaciones de vecindad, IX Jornadas*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco (Bilbao, 1987).

cidadáns residentes en España que traballaban como traballadores fronteirizos en Francia e que tamén había, aproximadamente, 500 traballadores con residencia en Francia que tiñan o seu emprego en España como traballadores fronteirizos²². Sen embargo, a elevada permeabilidade da fronteira hispano-francesa e a elevada densidade de tránsito en determinadas zonas invitan a pensar que o seu número na actualidade debe ser certamente maior.

9. A Comisión Europea, sen embargo, non ofrece datos ao respecto das outras fronteiras interiores de España —con Xibraltar (Reino Unido) e con Portugal— e non explica a razón para tal exclusión. No citado documento de traballo *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, a Comisión límitase a colocar un interrogante nos epígrafes correspondentes aos fluxos España-Portugal e Portugal-España dentro do anexo en que desagrega por países os fluxos de traballadores fronteirizos dentro de Europa, e a situación entre España e Xibraltar nin sequera é contemplada. Esta ausencia de referencias ao traballo fronteirizo entre España e Portugal e entre España e Xibraltar dificulta, pero non impide, que se poidan ofrecer datos sobre o fenómeno neses territorios, aínda que procedan de fontes non oficiais.

10. Ao respecto de Xibraltar, documéntanse aproximadamente uns 4.500 traballadores fronteirizos con residencia en España e emprego en Xibraltar, aos que habería que sumar outros 7.000 traballadores máis en situación irregular, o que faría un total de aproximadamente 12.000 traballadores²³. O fenómeno inverso, isto é, traballadores con residencia en Xibraltar e emprego en España, parece resultar unha realidade marxinal que se podería constatar polo case inexistente tránsito que se rexistra polas mañás desde Xibraltar con dirección a La Línea de la Concepción, que contrasta co elevado fluxo que se aprecia a esas mesmas horas en sentido contrario²⁴.

²² Véxase o documento “Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea”, cit.

²³ Segundo indica o diario dixital La Línea digital.es, nun artigo do 9 de febreiro de 2012, este sería o número de traballadores fronteirizos españois en Xibraltar. Artigo dispoñíbel en <http://www.lalineadigital.es/2012/02/segun-confirma-ascteg-%E2%80%99Cen-gibraltar-trabajan-en-la-actualidad-4-300-espanoles-con-contrato-y-asegurados%E2%80%99D/>. Esta cifra é coincidente coa ofrecida polo diario dixital da BBC nun artigo titulado “La frontera que miles de españoles cruzan cada día para trabajar”, publicado o 8 de maio de 2012, que cita como fonte a *Asociación de Trabajadores Españoles de Gibraltar*. Dispoñíbel en http://www.bbc.co.uk/mundo/movil/noticias/2012/05/120501_gibraltar_espana_reino_unido_economia_pea.shtml.

²⁴ Segundo indica o diario dixital da BBC no artigo citado, “cada mañana, el tráfico de la carretera entre La Línea de la Concepción —la ciudad española más cercana— y Gibraltar circula casi en una única dirección”.

11. Ao respecto de Portugal, conséntase desde hai varias décadas a existencia de traballadores fronteirizos procedentes de Portugal nas zonas mineiras de León, ou nas concas do Guadiana e do Tietar²⁵. Tamén se atopan traballadores residentes en Portugal empregados en diferentes oficios do sector da construción en distintas partes do territorio español, así como de profesionais sanitarios residentes en España con emprego en Portugal²⁶. Tamén se pode afirmar que o número de traballadores fronteirizos entre España e Portugal debeu dar un salto importante a partires do ano 1993 cando desapareceron os controis fronteirizos, facilitando deste xeito o fluxo de viaxeiros, circunstancia que lamentablemente nos privou de datos estatísticos fiábeis sobre os citados fluxos²⁷.

C) Na Eurorexión Galiza-Norte de Portugal

12. A proximidade física e histórica de Galiza e Portugal, así como a potencialidade e importancia estratéxica que ten para os dous territorios a Eurorexión Galiza-Norte de Portugal, xustifican un tratamento específico do fenómeno do traballo fronteirizo dentro destes territorios²⁸. Esta zona fronteiriza está considerada como unha das máis importantes na Península Ibérica “no sólo por los elevados flujos [...] que lo atraviesan diariamente, sino porque Galicia y el Norte de Portugal comparten importantes rasgos históricos, culturales y lingüísticos comunes”²⁹. Téñase en conta, tamén, que é a zona fronteiriza máis poboada entre España e Portugal, que por ela circula case a metade do tráfico por estrada existente entre ambos Estados e

²⁵ Sobre a regulación deste sector de actividade, véxase BARREIRO GONZÁLEZ, G., RODRÍGUEZ QUIRÓS, J., CABEZAS ESTEBAN, J.L. e FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Régimen laboral y de la seguridad social de la minería del carbón*, Imprenta Moderna (León, 1991).

²⁶ Véxase MEDINA GARCÍA, E., “Trabajadores fronterizos y transfronterizos en España y Portugal a lo largo de la historia”, *Revista de estudios extremeños*, volume 64, número 1 (2008), páx. 83.

²⁷ Véxase BAIGORRI AGOIZ, A e FERNÁNDEZ DÍAZ, R. (Investigadores principais), “Estudio sobre la movilidad transfronteriza Extremadura-Alentejo en agroindustria, comercio, educación, hostelería, sanidad y transporte”, Grupo de investigación en estudios sociales y territoriales, Universidad de Extremadura (Badajoz, 2007), páxs. 17 e 18. Dispoñíbel en <http://es.scribd.com/doc/75014474/Lectura-3c-Estudio-Trabajadores-Transfronterizos>.

²⁸ Véxase a este respecto PALMEIRO PIÑEIRO, J.L. e PAZOS OTÓN, M., “La Euroregión Galicia-norte de Portugal: una aproximación a la movilidad en el contexto ibérico”, *Estudios Geográficos*, LXIX, 264 (xaneiro-xuño 2008), páxs. 215 a 245. Véxase tamén —para xustificar un tratamento específico na análise das autorizacións de traballo transfronteirizo, pola importancia das relacións fronteirizas entre Galiza e Portugal— GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), CEINOS SUÁREZ, A., MANEIRO VÁZQUEZ, Y. e MIRANDA BOTO, J.M., *Estudio sobre inmigración e mercado laboral*, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2009), páx.106.

²⁹ Véxase PALMEIRO PIÑEIRO, J.L. e PAZOS OTÓN, M., “La Euroregión Galicia-norte de Portugal: una aproximación a la movilidad en el contexto ibérico”, cit., páx. 216.

que, ademais, foi a primeira en contar cunha conexión por autoestrada, no ano 1998³⁰.

13. Non se coñecen datos fiables sobre a poboación de traballadores fronteirizos nesta Eurorexión³¹, malia o feito de que este mercado fronteirizo fose obxecto de diversas investigacións desde distintos ámbitos³². O estudo que serviu de base para a creación da oficina do Eures-Transfronteirizo de Valença do Minho estimounos en 4.500³³, outros estudos, máis recentes, cifráronos en máis de 7.000³⁴, mentres que outros reduciron a cifra, para o ano 2011, a menos de 1500³⁵. Estas cifras probabelmente resulten moi inferiores ás reais, dada a importancia do

³⁰ *Ibidem.* páx. 222. Sobre a importancia desta eurorexión, véxase tamén *Mobilidade transfronteiriça Galiza-norte de Portugal análise da viabilidade de uma euro-cidade: Vigo-Porto (Braga)*, Universidade de Vigo (novembro 2008). Dispoñíbel en <http://www.gperi.moptc.pt/tempfiles/20081125153609moptc.pdf>. Neste estudo faise referencia a un previo elaborado por VALLS CAMPÀ, L., “Desaparición y persistencia de la frontera entre España y Portugal: El caso de trabajadores transfronterizos en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal”, *Ritsumeikan Studies in Language and Culture*, volume 17, número 4 (2005) páxs. 273 a 289, que tamén puxo de relevo a importancia desta zona fronteiriza.

³¹ O informe denominado *Censo de traballadores transfronteirizos Norte de Portugal-Galicia, 2003*, elaborado polo Eures Transfronteirizo Galiza-Norte de Portugal, reconece que os datos que ofrece “deberán interpretarse tendo en conta que non se trata de traballadores transfronteirizos, senón de traballadores que poden ser oriúndos de varias rexións españolas e, aínda que sexan de Galicia, poden non cumprir os criterios para ser considerados traballadores transfronteirizos”. Informe dispoñíbel en http://www.eures-norteportugal-galicia.org/wp-content/themes/eures/contenidos/cds/cd09/versao_es/textos/docResultados_Oficiais.pdf.

³² Así, por exemplo, desde o ámbito xurídico véxase, entre outros, CARRIL VÁZQUEZ, X.M., LÓPEZ-CHAVES Y CASTRO, I., JURADO MOREDA, A., TRAZÇA, M.A., COSTA, V., ROCHA, V. e VIEIRA, R.M., *Mercado de emprego en Galicia e no norte de Portugal, Lexislación comparada*, Programa Operacional Europeo Interreg II, Xunta de Galicia (Santiago de Compostela, 1997), ou CABEZA PEREIRO, J., GÁRATE CASTRO, J. e GOMES, J., *Aspectos xurídicos das relacións laborais na eurorexión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2006). Desde o ámbito das ciencias sociais véxase, entre outros, VALLS CAMPÀ, L., “Desaparición y persistencia de la frontera entre España y Portugal: El caso de trabajadores transfronterizos en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal”, cit., ou PALMEIRO PIÑEIRO, J.L. e PAZOS OTÓN, M., “La Euroregión Galicia-norte de Portugal: una aproximación a la movilidad en el contexto ibérico”, cit.

³³ Véxase *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, EURES Transfronterizo Galicia-Norte Portugal (Valença, 1999), páx. 16.

³⁴ Véxase “La Euroregión Galicia-norte de Portugal: una aproximación a la movilidad en el contexto ibérico”, cit., páx. 226.

³⁵ Véxase *Mercado laboral da Eurorexión Galicia-Norte de Portugal e a mobilidade de traballadores. Informe de indicadores de mobilidade transfronteiriça*, EURES Transfronteirizo Norte Portugal-Galicia, dirixido e coordinado pola Confederación de empresarios de Galicia (maio 2012), páxs. 57 a 67. Dispoñíbel en <http://www.eures-norteportugal-galicia.org/wp-content/themes/eures/contenidos/html/ga/eures/cd14/indicadores-mobilidade-transfronteiriça-2012.pdf>.

traballo somerxido neste territorio³⁶, así como polo dato constatábel do elevado número de automóbeis de pasaxeiros que transitan diariamente dun lado a outro da fronteira, que é de máis de vinte e tres mil³⁷.

14. Os traballadores fronteirizos españois da Eurorexión Galiza-Norte de Portugal responden ao seguinte perfil. Os homes representan o 57,7% e as mulleres o 42,3%. O 16,1% teñen entre 16 e 25 anos, o 35,7% entre 26 e 35, o 26,8% entre 36 e 45 e o 21,4% máis de 45 anos. O 73,1% regresan diariamente á súa residencia, fronte a o 19,2% que o fan semanalmente e o 7,7% que o fan mensualmente. No que atinxe á estabilidade laboral, os que levan menos dun ano na empresa representan o 39,3%, os que levan entre un e tres anos o 32,1% e os que levan máis de 3 anos o 28,6%³⁸. En canto ao nivel de cualificación e formación profesional, hai que sinalar que é relativamente elevado³⁹.

15. Pola súa banda, os traballadores fronteirizos portugueses da Eurorexión Galiza-Norte de Portugal responden ao seguinte perfil. Os homes representan o 60,9% e as mulleres o 39,1%. O 17,4% teñen entre 16 e 25 anos, o 33,3% entre 26 e 35, o 37,7% entre 36 e 45 e o 11,6% máis de 45 anos. O 54,4% regresan diariamente á súa residencia, fronte a o 19,1% que o fan semanalmente e o 26,5% que o fan mensualmente. Polo que se refire á estabilidade laboral, os que levan menos dun ano na empresa representan o 42%, os que levan entre un e tres anos o 23,2% e os que

³⁶ Véxase *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, cit., páx. 158. Fala da “importancia que aún tiene en estos lugares el porcentaje de trabajo sumergido” e salienta a inexistencia de estudos rigorosos dos que tirar datos cuantificábeis sobre as porcentaxes de traballadores en situación irregular no espazo transfronteirizo.

³⁷ Véxase “La Euroregión Galicia-norte de Portugal: una aproximación a la movilidad en el contexto ibérico”, cit., páx. 224.

³⁸ Véxase *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, cit., páx. 65. Para a elaboración do perfil toma en consideración aos traballadores fronteirizos que teñen como localidade de orixe A Cañiza, As Neves, Nigrán, O Porriño, Salvaterra, Tomiño, Tui, Verín e Vigo. Para a análise do perfil dos traballadores fronteirizos na Eurorexión, véxase tamén o estudo *Mobilidade transfronteiriça Galiza-norte de Portugal análise da viabilidade de uma euro-cidade: Vigo-Porto (Braga)*, cit., páx. 68 e seguintes, no que cita a VALLS CAMPÀ, L., “Desaparición y persistencia de la frontera entre España y Portugal: El caso de trabajadores transfronterizos en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal”, cit.

³⁹ A diferenza salarial entre Galiza e Portugal fai que os empresarios portugueses sexan remisos a contratar a traballadores galegos e que só acudan a eles cando precisan traballadores con elevada cualificación profesional. Así se recolle en *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, cit., páx. 162.

levan máis de tres anos o 34,8%⁴⁰. En canto ao nivel de cualificación e formación profesional, hai que sinalar que é maioritariamente baixo⁴¹.

II. O traballo fronteirizo como realidade xurídica

A) Na regulación previa ao nacemento do Dereito do Traballo

16. Obviamente, estes desprazamentos por razóns laborais entre ambos lados da fronteira dos habitantes das zonas fronteirizas con carácter case cotián tamén constitúen, precisamente pola súa dimensión social, unha realidade obxecto de regulación xurídica, mesmo desde moito antes do nacemento da ciencia do Dereito do Traballo en España que, tal como indica MARTÍNEZ GIRÓN, J., “*nació en el siglo XX y no antes [...] ligada a la docencia del Derecho del Trabajo*”⁴².

17. O caso máis antigo que se atopou, ao respecto da fronteira francesa, aparece recollido no Tratado axustado entre España e Francia co obxecto de fixar os límites de ambas nacións na porción da fronteira correspondente ás provincias de Guipuzkoa e Navarra, asinado en Bayonne o 2 de decembro de 1856⁴³. O tratado deixou “sen ningún valor todos os contratos de facería e compascuidad por tempo indeterminado existentes [...] en virtude de antigas sentenzas ou convenios”⁴⁴. Como única excepción, declarou subsistentes a facería perpetua existente entre os vales de Aezkoa (España) e Cisa e Saint-Jean-Pied-de-Port (Francia) conforme a sentenza arbitral do 13 de agosto de 1556 e sentenzas confirmatorias posteriores, e a facería perpetua entre Erronkari en España e Barétous en Francia, en virtude de sentenza arbitral de 1375 e as súas confirmacións⁴⁵.

⁴⁰ Véxase *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, cit., páx. 66. Para a elaboración do perfil toma en consideración aos traballadores que teñen como localidade de orixe Amares, Caminha, Chaves, Melgaço, Monção, Ponte de Lima, Valença, Viana do Castelo, Vila Nova de Cerveira, Vinhais e Vila Verde.

⁴¹ Véxase *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, cit., páx. 156.

⁴² Véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), páx. 3.

⁴³ Publicado na Gaceta de Madrid do 4 de setembro de 1857.

⁴⁴ Artigo 13 do Tratado. A Lei 1/1973, de 1 de marzo, pola que se aproba a compilación do Dereito Civil Foral de Navarra (BOE número 57, do 7 de marzo e corrección de erros no BOE número 129, do 30 de maio de 1974) define a facería na súa lei 384 como unha “servidume recíproca entre varias fincas de propiedade colectiva ou privada”. Sobre os pactos de *compascuidad*, véxase DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., “Fronteras y fronterizos: el caso de los Alduides (Pirineo de Navarra)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, número 71 (2001) páxs. 9 a 48.

⁴⁵ Véxase o artigo 13 do Tratado.

18. O mesmo tratado permite “conservar aos respectivos fronteirizos o dereito que tiveron sempre de celebraren entre si, aínda que por tempo determinado, que non poderá exceder de cinco anos e coa precisa intervención das Autoridades competentes, todos os convenios de pastos ou outros que poidan ser proveitosos para os seus intereses e boas relacións de veciñanza”⁴⁶. Máis adiante, a mesma norma outorga aos habitantes do Val de Baigorri o “gozo exclusivo e perpetuo dos pastos da porción de territorio dos Alduides”⁴⁷. Indica que os habitantes de Baigorri podían “libremente e sen pagar dereitos, traer o seu gando a dito territorio, estabelecéndose nel durante os meses do ano que lles conveña e coa facultade de facer, segundo o uso do país, cabanas de madeira e ramaxe para uso dos gardas, dos pastores e dos seus gandos”⁴⁸. O recoñecemento do dereito de desprazamento fronteirizo dos pastores co seu gando nesta zona da fronteira ofreceu unha regulación aos conflitos que alí se produciran e que foran obxecto de atención da Gaceta de Madrid máis dunha década atrás. En concreto, a Gaceta publicada o 20 de xuño de 1841 recolle a información dunha suposta violación do territorio español nos Alduides o día 25 de maio dese mesmo ano por parte de cidadáns franceses armados, afirmando que fora por “unha simple cuestión de pastos entre veciños fronteirizos”⁴⁹.

19. O tratado estableceu que non se adebedaría “dereito algún na Alfándega ou rexistro do país no que penetren” nos desprazamentos fronteirizos que se producisen como consecuencia das facerías que se declaraban subsistentes e dos convenios entre fronteirizos que expresamente permitía⁵⁰. Como consecuencia desta previsión e das contidas nos tratados de límites celebrados entre elas o 14 de abril de 1862 e o 26 de maio de 1866, os dous Estados asinaron en Bayonne o 4 de maio de 1899 o Acordo relativo ao establecemento de pases gratuítos para os fronteirizos que levaran pastar os seus gandos dun ao outro lado dos

⁴⁶ Véxase o artigo 14, que remata indicando que “os contratos por tempo determinado hoxe existentes entre os fronteirizos, e os que se celebren no sucesivo, consideraranse caducados expirado que sexa o prazo que se fixou na escritura ou convenio verbal celebrado ao efecto”.

⁴⁷ Véxase o artigo 15. Especifica que comprende “a porción de territorio dos Alduides, comprendida entre a liña que no artigo 7º se trazou desde Lindusmunua a Reorzubusian por Isterbeguy, como límite divisorio de ambas soberanías e o curuto principal do Pirineo”. Para unha análise histórica das relacións fronteirizas entre Alduides e Baigorri, véxase DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., “Fronteras y fronterizos: el caso de los Alduides (Pirineo de Navarra)”, cit.

⁴⁸ Véxase o artigo 16.

⁴⁹ A noticia figura na parte non oficial da Gaceta de Madrid e nela faise referencia a unha información publicada no *Eco del Comercio* do día anterior, no que se daba conta dunha “cuestión de límites suscitada últimamente entre los fronterizos franceses y españoles”.

⁵⁰ Artigo 17. Esta exención tamén beneficiaba aos pastores de Baztan cando desprazaban o seu gando polos Alduides en dirección a Valcarlos.

Pirineos⁵¹. O Acordo obrigou aos fronteirizos a proveerse dunha guía (*aquit-á-cantion*) ao entraren os rabaños en Francia ou dun pase cando penetrasen en España⁵², cuxa expedición era de balde⁵³. Para a emisión da guía ou pase os interesados debían solicitar ao alcalde ou *Maire* do seu municipio un documento no que constase que se levaban os gandos a pastar ao territorio do Estado veciño en virtude de contratos de facería de xeito regular, debendo facer constar a data do citado contrato e o lugar onde os rabaños tiñan a facultade de pastar⁵⁴. Os pastores debían declarar nas oficinas de Alfándegas nas que quedaban inscritos os gandos as modificacións que se producisen nos mesmos durante o período de pastoreo no outro lado da fronteira⁵⁵. Para estes casos estableceéronse pases gratuítos, e así a Real orde do Ministerio de Facenda do 10 de marzo de 1900⁵⁶ indicaba que para estes casos nas facturas correspondentes se debía riscar o prezo que figuraba nelas e adicionarse o epígrafe gratuítos⁵⁷. Estes desprazamentos fronteirizos, consecuencia dos dereitos de facería e doutros dereitos de pasto, foron obxecto de normas posteriores, xa entrado o século XX. Un caso constitúeno as Reais ordes do Ministerio de Fomento do 30 de outubro⁵⁸ e do 18 de novembro de 1920⁵⁹, referidas a aspectos sanitarios dos gandos a desprazar⁶⁰. Outro suposto atópase na Orde do Ministerio de Facenda do 22 de decembro de 1948⁶¹, referida á necesidade de marcaxe do gando que entre a pastar no Quinto Real procedente do Val de Baigorri por parte das autoridades españolas. Un último caso é o da Disposición da Dirección Xeral de Seguridade do 27 de xaneiro de 1949⁶², que determinou

⁵¹ Publicado na Gaceta de Madrid do 1 de febreiro de 1900.

⁵² Artigo I.

⁵³ Artigo II.

⁵⁴ Artigo III.

⁵⁵ Artigo IV.

⁵⁶ Gaceta de Madrid do 25 de marzo.

⁵⁷ Esta Real orde deu cumprimento á do Ministerio de Estado do 1 de febreiro de 1900 que interesou que se dítaran as ordes oportunas ás alfándegas da fronteira francesa para o “estabelecemento de pases gratuítos para os gandos fronteirizos que vaian pastar do un ao outro lado dos Pirineos”.

⁵⁸ Publicada na Gaceta de Madrid do día 7 de novembro de 1920.

⁵⁹ Publicada na Gaceta de Madrid do día 19 de novembro de 1920.

⁶⁰ A Real orde do 30 de outubro permite que os pastores beneficiarios de dereitos de pastoreo en Francia poidan conducir a ese país o seu gando sempre que se encontre en perfecto estado sanitario, e permite o seu regreso cando se esgoten os pastos do outro lado da fronteira se os animais non padecen enfermidade contaxiosa ningunha. A Real orde do 18 de novembro publícase como aclaración da do 30 de outubro. Obriga aos pastores a proveerse dunha guía de orixe e sanidade, expedida polo inspector pecuario da alfándega, e dun pase expedido polo alcalde do termo de procedencia do gando, co visto e prace do xefe do posto de carabineiros máis preto do domicilio dos donos no que deben figurar o número de cabezas, especie e marca. Os donos do gando debían, ademais, constituir un depósito de garantía na alfándega.

⁶¹ BOE número 363, do 28 de decembro de 1948.

⁶² Publicada no BOE número 28, do 28 de xaneiro de 1949.

a expedición de pases de pastoreo “a todos os pastores franceses propietarios ou *asalariados* que xustifiquen o seu dereito a exercer a facería en territorio español”. A relevancia desta última norma para os efectos da regulación do traballo fronteirizo radica no feito de ser a primeira que fai referencia expresa a traballadores asalariados, sempre en relación aos dereitos de pastoreo transfronteirizo.

20. Polo que se refire a Portugal, téñense documentados desprazamentos fronteirizos con finalidade laboral desde datas moi antigas, dos que, sen embargo, non se atopou normativa algunha que os regulase. Así, desde finais do século XV conséntase a existencia de gandeiros *trashumantes*. Tamén se ten documentada, entre os séculos XVI e XIX, a existencia de relixiosos residentes en territorio español que se desprazaban regularmente a territorio portugués para pronunciar en Miranda do Douro sermóns, tanto na igrexa da Misericordia coma na Catedral. Especial relevancia nestes desprazamentos laborais fronteirizos durante eses séculos tiveron os mestres canteiros e pedreiros (tanto galegos coma casteláns que se desprazaban a Portugal, coma portugueses que se desprazaban a España). O seu número debeu ser importante pois, ao respecto dos canteiros galegos desprazados a Portugal, constatouse que o seu número superaba os 20.000. Outros oficios dos que existe constatación histórica de desprazamentos fronteirizos por razón de traballo foron os barqueiros, artistas, artesáns, pescadores, muiñeiros ou segadores⁶³.

21. Para os efectos de acreditar a existencia de frecuentes tránsitos fronteirizos entre España e Portugal, debe citarse a Real orde do Ministerio de Facenda do 12 de xullo de 1893⁶⁴. Esta norma ditouse como consecuencia da petición de varios veciños de Elvas (Portugal) para que se lles expediran certos documentos⁶⁵ co fin de circular cos seus “carros, coches e velocípedes ou outros vehículos que traen nas súas frecuentes viaxes a Badajoz” e coa finalidade de “facilitar as relacións entre as poboacións de Badajoz e Elvas”. A orde dispón “que se inclúan as carruaxes e velocípedes pertencentes a estranxeiros habitantes en poboacións fronteirizas, e que teñan necesidade de facer uso frecuente destes medios de transporte, en beneficio de poder entrar en España”.

22. Merece unha mención especial pola súa relevancia histórica, ao respecto da existencia de tránsitos fronteirizos con significado económico-

⁶³ Véxase MEDINA GARCÍA, E., “Trabajadores fronterizos y transfronterizos en España y Portugal a lo largo de la historia”, cit., páxs. 79 a 82.

⁶⁴ Publicada na Gaceta de Madrid do día 2 de agosto de 1893.

⁶⁵ En concreto, documentos da serie B, número 20.

laboral —esta vez concretamente entre Galiza e Portugal—, os existentes arredor de dúas singulares institucións que perviviron durante séculos na fronteira hispano-lusa, que é o caso do Couto Mixto e dos chamados pobos promiscuos.

23. O Couto Mixto era un territorio que comprendía os lugares de Santiago, Rubiás e Meaus, situados hoxe na provincia de Ourense. A súa orixe resulta incerta, pero parece remontarse ao século XII, cando se constituíu o reino independente de Portugal e quedaron relativamente fixados os límites da actual Galiza⁶⁶. A súa desaparición, sen embargo, ten unha data ben definida, o 29 de setembro de 1864, cando España e Portugal acordaron en Lisboa o Tratado de límites Hispano-Luso⁶⁷. O Couto Mixto era unha “singular institución territorial”⁶⁸ que contaba cunha escasa poboación (arredor de mil persoas) e un territorio limitado (unhas 2.695 hectáreas), pero que dispuña dun goberno propio e unha orde política, xurídica e social singular⁶⁹, así como unha serie de privilexios de orde persoal, política, físcal, administrativa e económica-comercial⁷⁰, que permitían consideralo coma un microestado. Presentaba evidentes analoxías con outros microestados europeos, como Andorra, Liechtenstein, San Marino ou Mónaco, que chegaron até a actualidade⁷¹.

24. Para o que aquí interesa, os habitantes do Couto Mixto eran titulares de certos privilexios que cómpre destacar. Un deles era a libre elección de nacionalidade (portuguesa ou española), á que optaban no momento de casaren, co acto simbólico de brindar en honra do rei portugués ou do español, para despois mandar gravar na porta da casa a letra “P” de Portugal (cando adoptaban a nacionalidade portuguesa) ou a letra “G” (de Galiza) cando adoptaban a española⁷². Outros privilexios dos que gozaban

⁶⁶ Véxase LÓPEZ CARREIRA, A., *O reino medieval de Galicia, contribución a unha historia política*, Edicións A Nosa Terra, 2ª Edición (Vigo, 2008), pág. 247.

⁶⁷ Gaceta de Madrid número 159, do 8 de xuño de 1866. No seu artigo 7 indícase que “Portugal renuncia en favor de España a todos os dereitos que poida ter sobre o terreo do Couto Mixto e sobre as vilas situadas no mesmo, que en virtude da división determinada [...] quedan en territorio español”. No artigo 27 permitiúselles aos habitantes portugueses do Couto Mixto a posibilidade de conservaren a súa nacionalidade, para o que debían realizar unha declaración en tal sentido diante das autoridades locais no prazo dun ano desde a posta en execución do tratado.

⁶⁸ Véxase GARCÍA MAÑÁ, L.M., *Couto Mixto. Unha república esquecida*, Edicións Xerais (Vigo, 2005), pág. 33.

⁶⁹ *Ibidem*, páxs. 55 a 78.

⁷⁰ *Ibidem*, páxs. 103 a 130.

⁷¹ *Ibidem*, pág. 173.

⁷² *Ibidem*, pág. 104. En calquera caso, adoptaran unha ou outra nacionalidade, en virtude doutros privilexios beneficiábanse da “exención de sangue” (non tiñan que alistarse no exercito de ningún dos dous países) e non pagaban impostos a ningunha das dúas facendas reais (*ibidem*, páxs. 106 e 117).

eran o de libre comercio co territorio galego e portugués⁷³, así como a existencia do chamado Camiño neutral ou privilexiado. Este era un camiño de aproximadamente 6 quilómetros que, saíndo do Couto Mixto, atravesaba as terras de Randín (na provincia de Ourense) para entrar en terras portuguesas, até chegar á localidade de Tourem. O valor deste camiño para os habitantes do Couto Mixto era que, transitando por el, non podían ser apresados, fose cal for a súa nacionalidade (lusa ou española) nin no treito que atravesaba a provincia de Ourense nin o que transcorría polo territorio portugués, con independencia das mercadorías que transportasen, o que lles permitía mesmo facer contrabando⁷⁴. A existencia destes privilexios permite afirmar a existencia —entre os habitantes do Couto Mixto— de frecuentes desprazamentos fronteirizos con finalidade económico-laboral, probabelmente desde os mesmos inicios da institución. En fin, debe salientarse que, tras a definitiva fixación de fronteiras no ano 1906, estableceéronse terreos de aproveitamento común (para os habitantes galegos e portugueses das zonas fronteirizas situadas na zona sur do antigo Couto Mixto) que gardan unha similitude evidente coas facerías pirenaicas tratadas máis arriba⁷⁵.

25. Polo que se refire aos pobos promiscuos, parece que a súa orixe se remonta ao século XVI e a súa desaparición como tales tivo a mesma causa que a que motivou a desaparición do Couto Mixto, isto é, a aprobación do citado Tratado de límites Hispano-Luso de 1864⁷⁶. Os coñecidos como pobos promiscuos comprendían as aldeas de Soutelinho, Cambedo e Lamas de Arcos. Situábanse materialmente sobre fronteira Hispano-Lusa, e así parte delas pertencía a territorio español e parte ao portugués, de tal xeito que mesmo algunhas casas estaban situadas parcialmente en territorio español e parcialmente en territorio portugués⁷⁷. Os seus habitantes carecían de privilexios e exencións fiscais (a diferenza dos habitantes do Couto Mixto), pero a súa localización material sobre a mesma fronteira facía que os seus habitantes a atravesaran de continuo no seu quefacer diario, por suposto tamén coa finalidade de realizar as tarefas agrícolas e gandeiras ás que se adicaban en grande medida.

⁷³ *Ibidem*, páx. 118.

⁷⁴ *Ibidem*, páxs. 122 e 123.

⁷⁵ *Ibidem*, páx. 58.

⁷⁶ Véxanse os artigos 10, 11 e 27. Este último outorga aos habitantes españois dos pobos promiscuos a posibilidade de conservaren a súa nacionalidade, para o que debían realizar unha declaración en tal sentido diante das autoridades locais no prazo dun ano desde a posta en execución do tratado.

⁷⁷ Véxase GARCÍA MAÑÁ, L.M., *Couto Mixto. Unha república esquecida*, cit., páx. 183. Tal e como salienta o autor, aquelas casas que eras atravesadas materialmente pola fronteira adoitaban contar con dúas portas, unha aberta cara España e outra cara a Portugal.

B) Na Regulación propia do Dereito do Traballo e da Seguridade Social

26. O Dereito do Traballo e da Seguridade Social en España comezou a contemplar a figura do traballo fronteirizo nun momento relativamente tardío, tal e como se verá, en normas de diferente rango e procedencia. Por razóns de sistemática, analizaranse separadamente as normas en función da súa procedencia, distinguindo entre aquelas de orixe internacional que forman parte do Dereito interno tras seren publicadas no *Boletín Oficial del Estado*, as normas de orixe interna e, finalmente, as normas procedentes da Unión Europea.

1. Normas de orixe internacional publicadas no *Boletín Oficial del Estado*

27. A norma máis antiga que se atopou en materia de Dereito do Traballo e da Seguridade Social en España que fixo referencia expresa aos “traballadores fronteirizos” foi, precisamente, unha norma de orixe internacional. Trátase do Acordo Complementario ao Convenio Xeral sobre Seguridade Social entre España e Francia, do 27 de xuño de 1957⁷⁸. O citado Acordo Complementario regulou, ao longo dos catorce artigos dos que se compoñía, as particularidades en materia de Seguridade Social deste colectivo de traballadores, pero non estableceu unha definición dos mesmos⁷⁹.

28. Haberá que esperar ao Acordo Complementario do 25 de xaneiro de 1961⁸⁰ —celebrado ao abeiro do Tratado de Traballo e Asistencia Social, asinado entre España e Francia o 2 de novembro de 1932⁸¹— para atopar no Dereito español a primeira definición de traballador fronteirizo. Definiu a este colectivo de traballadores coma “os súbditos franceses e españois que, conservando a súa residencia en zona fronteiriza dun dos dous países,

⁷⁸ BOE número 76, do 30 de marzo de 1959.

⁷⁹ Posteriormente, España e Francia formalizaron varios acordos administrativos para a aplicación do citado Convenio (ao abeiro do previsto no artigo 28 do mesmo), un dos cales, o número cinco, se refería aos traballadores fronteirizos, que tampouco os definiu (BOE número 74, do 26 de marzo de 1960). Este Acordo administrativo foi modificado en dúas ocasións, unha por medio de Acordo Administrativo do 23 de novembro de 1962 (BOE número 29, do 2 de febreiro de 1963), e outra por medio de Acordo Administrativo do 12 de xuño de 1964 (BOE número 290, do 3 de decembro de 1964).

⁸⁰ BOE número 69, do 21 de marzo de 1962.

⁸¹ Gaceta de Madrid número 96, do 6 de abril de 1933.

á que regresan, en principio, cada día, estean autorizados a ir traballar, como asalariados na zona fronteiriza do outro país”⁸².

29. Recoñecida a realidade xurídico-laboral destes desprazamentos entre España e Francia, resulta lóxica a aparición dunha regulación fiscal ao respecto. Así, no Convenio do 8 de xaneiro de 1963 con Francia para evitar a dobre imposición⁸³, indícase que “os traballadores fronteirizos que xustifiquen esta cualidade mediante a presentación do documento fronteirizo recoñecido por convención particular que exista entre os Estados contratantes, serán sometidos a imposto sobre os soldos, salarios e outras remuneracións que perciban polo mesmo concepto unicamente no Estado contratante no cal sexan residentes”⁸⁴. Esta norma (tal e como se pode inferir do seu título) non contén regulación en materia de emprego e de Seguridade Social, pero é relevante para estes efectos pois, como se viu, afecta á tributación dos traballadores fronteirizos polas rendas de traballo obtidas no Estado de emprego.

30. Posteriormente, España e Francia asinaron un novo Convenio sobre Seguridade Social, co seu correspondente Protocolo, o 31 de outubro de 1974⁸⁵. Refírese aos traballadores fronteirizos no parágrafo 1 do artigo 6, para incluílos no ámbito de aplicación do mesmo. Dedícalles, ademais, os artigos 21 a 24 (disposicións especiais para traballadores fronteirizos sobre enfermidade-maternidade) e os artigos 50 a 52 (disposicións especiais para traballadores fronteirizos sobre accidentes de traballo e enfermidades profesionais). Tamén o Acordo Administrativo Xeral relativo ás

⁸² Véxase o artigo 1º. O artigo 2º fixa como zonas fronteirizas, a efectos do Acordo, “as zonas que teñan en principio unha profundidade de dez quilómetros, dunha e outra parte da fronteira”. No anexo I do Acordo procedíase a enumerar os concellos incluídos na zona fronteiriza española e francesa. Deixábase expresamente aberta a posibilidade de modificar de común acordo, por medio de canxe de notas, a citada zona, cousa que se fixo en dúas ocasións, por medio dos Canxes de notas do 3 de xullo de 1964 (BOE número 222, do 15 de setembro) e do 21 de maio e 1 de xuño de 1965 (BOE número 154, do 29 de xuño de 1965).

⁸³ Instrumento de ratificación en BOE número 6, do 7 de xaneiro de 1964.

⁸⁴ Véxase o artigo 18.4. Outro instrumento a considerar é o Protocolo do Convenio do 10 de outubro de 1995, para evitar a dobre imposición e previr a evasión e o fraude fiscal en materia de Impostos sobre a Renda das Persoas Físicas e sobre o Patrimonio (BOE número 140, do 12 de xuño de 1997). Indica no seu artigo 12.4 que “os traballadores fronteirizos que xustifiquen esta cualidade mediante o documento creado por acordo particular entre os Estados contratantes están sometidos a imposición, polos soldos, salarios e outras remuneracións que perciban por este concepto, unicamente no Estado contratante do que sexan residentes”.

⁸⁵ BOE número 72, do 24 de marzo de 1976.

modalidades de aplicación do Convenio anterior⁸⁶ refírese polo miúdo aos mesmos en varias das súas disposicións⁸⁷.

31. Mención especial merece —pola súa especificidade na regulación dunha concreta prestación social nos supostos de traballo fronteirizo— o Convenio Hispano-Francés do 13 de xaneiro de 1982 sobre seguro de desemprego de traballadores fronteirizos⁸⁸. Define no apartado 4 do seu artigo 1 ao traballador fronteirizo como “todo traballador español ou francés que ten o seu domicilio na zona fronteiriza dun dos dous Estados ao que regresa en principio cada día, ou polo menos unha vez á semana, e que realiza unha actividade asalariada regular na zona fronteiriza do outro Estado”⁸⁹. Este Convenio está composto por dezaioito artigos que regulan as cotizacións e o goce das prestacións por desemprego parcial e total nos supostos de traballadores fronteirizos franceses e españois en ambos Estados. O Convenio conta, ademais, cun Acordo relativo á aplicación do mesmo⁹⁰, composto por nove artigos, que complementa as disposicións contidas naquel.

32. Ao contrario do acontecido ao respecto de Francia, España e Portugal tratan por primeira vez a figura do traballo fronteirizo nun tratado en materia fiscal e, posteriormente, nun en materia de Seguridade Social. O primeiro foi o Convenio do 29 de maio de 1968 para evitar a dobre imposición sobre a renda⁹¹. Debe ser traído a colación —malia non incluír regulación en materia de emprego e de Seguridade Social dos traballadores fronteirizos—, pois afecta ao tratamento das rendas do traballo obtidas por estes traballadores no Estado de emprego. Curiosamente, esta norma define a figura, pero non utiliza a expresión «traballadores fronteirizos», e fala simplemente das “persoas que residan nos termos municipais dun Estado Contratante, limítrofes do outro Estado Contratante, e traballen neste

⁸⁶ Coas mesmas datas de sinatura e publicación que o Convenio.

⁸⁷ Véxanse os artigos 27 a 30 (disposicións especiais sobre traballadores fronteirizos referidas á aplicación dos artigos 21 a 23 do Convenio), o artigo 35 (relativo á aplicación do artigo 22 do Convenio aos traballadores fronteirizos), o artigo 45 (relativo á aplicación dos artigos 21 e 23 do Convenio no atincente aos reembolsos entre institucións) e os artigos 81 a 83 (disposicións particulares sobre traballadores fronteirizos en relación aos accidentes de traballo e enfermidades profesionais).

⁸⁸ BOE número 130, do 1 de xuño de 1982.

⁸⁹ Seguidamente, establece que non se perderá a condición de traballador fronteirizo nos casos en que sexa destacado temporalmente, cun límite de catro meses.

⁹⁰ Coa mesma data de sinatura e ratificación que o anterior.

⁹¹ BOE número 77, do 31 de marzo de 1970.

último Estado, nos termos municipais limítrofes do primeiro, que se despracen diariamente do lugar de residencia ao lugar de traballo”⁹².

33. Un ano despois, España e Portugal asinaron o Convenio Xeral sobre Seguridade Social, do 11 de xuño de 1969⁹³, que se refire expresamente aos traballadores fronteirizos. Concretamente, no seu artigo 27 indica que as autoridades competentes “adoptarán os acordos administrativos necesarios para a aplicación do presente Convenio, así como para regular os dereitos dos traballadores fronteirizos”. En aplicación desta prescrición, asinaron o Acordo Administrativo sobre Réxime de Seguridade Social aplicábel aos traballadores fronteirizos, do 15 de xullo de 1971⁹⁴. Este Acordo, composto de 35 artigos, dispón no seu artigo 1 que “serán considerados como traballadores fronteirizos, aos sos efectos de aplicación do Convenio Hispano-Portugués de Seguridade Social, os súbditos españois e portugueses que, conservando a súa residencia na zona fronteiriza de cada un dos dous países, á que regresen cada día, se trasladen para traballar como asalariados á zona fronteiriza do outro país”. No artigo 2 define o que se entenderán por zonas fronteirizas para os efectos do Acordo, que son “as que teñan unha profundidade de 20 quilómetros, dunha e outra parte da fronteira hispano-portuguesa”⁹⁵.

34. Tamén existen convenios co Principado de Andorra en materia de emprego e Seguridade Social que contemplan a figura do traballo fronteirizo. Así, o Convenio sobre aplicación da Seguridade Social aos traballadores españois e andorranos de 1978⁹⁶ rotula o seu título IV como “disposicións especiais para traballadores fronteirizos” e adica o seu artigo 25 a definilos. Indica que “por traballadores fronteirizos se entenderán os súbditos españois e andorranos que, conservando a súa residencia en zona fronteiriza dunha das dúas Partes Contratantes, á que regresan en principio cada día, traballan na zona territorial fronteiriza da outra parte”. No seu

⁹² Máis recentemente, asinaron o Convenio entre o Reino de España e a República Portuguesa para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas e Protocolo, feito en Madrid o 26 de outubro de 1993 e ratificado por Instrumento do 3 de marzo de 1995 (BOE número 266, do 7 de novembro de 1995), que considera traballador fronteirizo a aquel que exerce un emprego nun estado contratante e “teña a súa vivenda habitual no outro estado contratante ao que normalmente retorna cada día” (artigo 15, apartado 4).

⁹³ BOE número 179, do 28 de xullo de 1970.

⁹⁴ BOE número 212, do 4 de setembro de 1971.

⁹⁵ Non obstante, contemplábase a posibilidade de que por mutuo acordo se declarasen “comprendidos na zona fronteiriza aos traballadores domiciliados ou que traballen en localidades determinadas próximas á fronteira”. O artigo 3 prevía que se acreditase a condición de traballador fronteirizo mediante unha tarxeta de circulación fronteiriza e mediante a inscrición do traballador no rexistro administrativo correspondente.

⁹⁶ Do 14 de abril de 1978 (BOE número 172, do 20 de xullo de 1978).

artigo 26 considera zona fronteiriza por parte de Andorra “a totalidade do territorio do principado” e, por parte española, “os municipios comprendidos no partido xudicial de Seu d’Urgell, da provincia de Lleida”⁹⁷.

35. Mención aparte merecen os Convenios procedentes da Organización Internacional do Traballo ratificados por España, algúns dos cales conteñen referencias expresas ao traballo fronteirizo. O primeiro deles en ser ratificado por España é o número 97, relativo aos traballadores migrantes, adoptado o 1 de xullo de 1949, pero que non foi ratificado por España até o 21 de marzo de 1967⁹⁸. Este Convenio refírese aos traballadores fronteirizos, pero precisamente para excluílos do seu ámbito de aplicación⁹⁹. Posteriormente, o 5 de maio de 1971, España ratificou un Convenio de data anterior, o número 44, de 1934¹⁰⁰, denominado Convenio polo que se garanten indemnizacións ou subsidios aos desempregados involuntarios. A diferenza do anterior, este non exclúe aos traballadores fronteirizos do seu ámbito de aplicación, pero indica que “se poderá establecer un réxime especial para os traballadores fronteirizos que traballen nun país e residan noutro”¹⁰¹. O terceiro e último Convenio OIT que contén a expresión “traballador fronteirizo” é o número 157, de 1982, denominado Convenio sobre o establecemento dun sistema internacional para a conservación dos dereitos en materia de Seguridade Social, que foi ratificado por España o 11 de setembro de 1985¹⁰². A referencia aos traballadores fronteirizos neste Convenio figura no seu artigo 4, punto 3, parágrafo b) para incluílos expresamente, xunto cos de temporada, nas categorías de traballadores protexidos polos instrumentos bilaterais ou

⁹⁷ Pola súa banda, o Convenio entre o Reino de España e o Principado de Andorra de Seguridade Social do 9 de novembro de 2001, ratificado por Instrumento do 19 de novembro de 2002 (BOE número 290, do 4 de decembro) non inclúe a expresión “traballador fronteirizo”, pero se refire a esta categoría de traballadores no seu artigo 14, cando fala dos “traballadores que residan nun estado e traballen en outro”. Tamén debe facerse referencia ao Convenio relativo á entrada, circulación, residencia e establecemento dos seus nacionais, celebrado con Francia e Andorra no ano 2000 (Convenio feito “*ad referendum*” en Bruxelas o 4 de decembro de 2000 [BOE número 153, do 27 de xuño de 2003]). Nótese que este é un tratado trilateral, celebrado entre o Reino de España e a República Francesa, por unha parte, e o Principado de Andorra, por outra. Esta norma contén dúas referencias aos traballadores fronteirizos, nos seus artigos 1 e 9, pero en ambos casos para excluír aos traballadores fronteirizos do disposto nos mesmos.

⁹⁸ BOE número 135, do 7 de xuño de 1967.

⁹⁹ Véxase o artigo 11.2, onde se indica que o Convenio non resulta de aplicación a este colectivo de traballadores.

¹⁰⁰ Adoptado o 23 de xuño de 1934 (Instrumento de ratificación no BOE número 119, do 18 de maio de 1972).

¹⁰¹ Véxase o artigo 15.2.

¹⁰² Adoptado o 21 de xuño de 1982 (Instrumento de ratificación no BOE número 271, do 12 de novembro de 1985).

multilaterais que os membros poidan establecer ao abeiro do previsto no mesmo.

2. Normas de orixe interna

36. Dentro da normativa de emprego e Seguridade Social de orixe interna, a referencia máis antiga que se achou sobre os traballadores fronteirizos atópase na Resolución de 15 de abril de 1968 da Dirección Xeral de Previsión¹⁰³, que equipara os traballadores estranxeiros aos nacionais¹⁰⁴. Esta resolución veu establecer en materia de Seguridade Social a equiparación cos nacionais dos traballadores inmigrantes que se atoparan legalmente en territorio español, tanto no referente á conservación de dereitos adquiridos como aqueles en curso de adquisición. Pero esta equiparación non resultaba aplicábel, entre outros, aos traballadores fronteirizos porque figuraban expresamente excluídos, de modo que pode afirmarse que a primeira norma española de orixe interna que fixo referencia expresa ao fenómeno do traballo fronteirizo en materia de emprego e Seguridade Social foi, precisamente, para privar a estes traballadores de dereitos en materia de Seguridade Social, que sen embargo si lles recoñecía a outros traballadores migrantes.

37. Outra norma de orixe interno —e esta vez en materia de emprego— á que cómpre facer referencia é a Orde de Presidencia do Goberno do 4 de setembro de 1979, que regula a concesión de permisos de traballo de validez restrinxida¹⁰⁵. Sen facer mención expresa do termo «traballador fronteirizo», estableceu no seu apartado primeiro, coma un dos supostos para a concesión deste tipo de permisos, “aquelas actividades que se realicen en zonas fronteirizas por traballadores estranxeiros que non teñan a súa residencia en España”, o que constitúe unha inequívoca referencia implícita aos supostos de traballo fronteirizo e ao requisito que se lles esixía a este tipo de traballadores de se prover dun tipo de permiso de traballo especial para poder desempeñar unha actividade laboral en España.

¹⁰³ BOE número 109, do 6 de maio de 1968.

¹⁰⁴ Non se toman en consideración as normas referidas aos traballadores españois en Xibraltar, tales como a Orde do 1 de outubro de 1934, que regulaba o carné obreiro “dos obreiros cabeza de familia veciños de La Línea de la Concepción que presten os seus servizos na praza de Xibraltar” (Gaceta do 5 de outubro de 1934), ou a Orde do 1 de xaneiro de 1953, que estableceu o Regulamento do Sindicato de Traballadores Españois en Xibraltar (BOE número 362, do 28 de decembro de 1953), pois ningunha das normas españolas destinadas a este colectivo de traballadores lles recoñecía a súa condición de fronteirizos (malia residiren en España e traballar en Xibraltar), elo, sen dúbida, por causa da histórica reclamación da soberanía española sobre ese territorio.

¹⁰⁵ BOE número 241, do 8 de outubro de 1979.

38. Dentro deste apartado débese facer tamén referencia aos Regulamentos de execución da Lei orgánica 7/1985, do 1 de xullo, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España¹⁰⁶. O primeiro deles foi publicado no ano 1986¹⁰⁷, cuxo artigo 34, titulado “autorización para traballar”, estableceu unha modalidade de permiso (denominada tipo F) para traballadores fronteirizos por conta propia ou allea, que, a diferenza dos permisos A a E¹⁰⁸, non aparecía regulado, indicando unicamente que a súa duración sería de 3 anos. O segundo Regulamento de execución da Lei orgánica 7/1985, foi ditado no ano 1996¹⁰⁹. Conservou, no seu artigo 75, o permiso tipo F para os traballadores fronteirizos, tanto por conta propia como allea, indicando que “se concederán este tipo de permisos aos traballadores que desenvolvan actividades lucrativas, laborais ou profesionais por conta propia ou allea nas zonas fronteirizas do territorio español e que regresan diariamente á zona fronteiriza do país veciño, no que residen”. Fixa unha vixencia máxima para os mesmos de cinco anos, sendo prorrogábeis. No artigo 78, relativo á renovación dos permisos, indica no seu punto 6 que “os permisos de traballo de tipo F se renovarán á súa expiración en tanto o titular continúe en activo, e subsistan as circunstancias que motivaron a súa concesión”. O artigo 82, titulado “denegación dos permisos”, establece no seu punto 4 que “se denegarán os permisos de tipo F, ademais de pola concorrencia dalgunha das causas xerais de aplicación, pola perda da condición de traballador fronteirizo”. Por último, os artigos 85 e 86, referidos á documentación para a concesión inicial e a renovación dos permisos, esixen para os de tipo F que se achegue, ademais da documentación esixida para os restantes, o certificado de residencia no país fronteirizo.

39. Xa para finalizar, débese citar o Real decreto 766/1992, do 26 de xuño, sobre entrada e permanencia en España de nacionais de Estados membros das Comunidades Europeas¹¹⁰. Indica no apartado 6 do seu artigo 6 que “a situación do nacional dalgún dos Estados membros da Unión Europea ou dos restantes Estados partes no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo (EEE) que traballe en España, mantendo a súa residencia no territorio dalgún de ditos Estados ao que regrese, en principio, todos os días ou polo menos unha vez por semana, acreditarase mediante a expedición

¹⁰⁶ BOE número 158, do 3 de xullo de 1985.

¹⁰⁷ Foi aprobado por Real decreto 1119/1986, do 26 de maio (BOE número 140, do 12 de xuño de 1986).

¹⁰⁸ Véxanse os artigos 35 a 42.

¹⁰⁹ Aprobado por Real decreto 155/1996, do 2 de febreiro (BOE número 47, do 23 de febreiro e corrección de erros no BOE número 80, do 2 de abril).

¹¹⁰ BOE número 156, do 30 de xuño de 1992 e corrección de erros de erros no BOE número 277, do 18 de novembro.

dunha tarxeta de traballador fronteirizo, válida por cinco anos e renovábel automaticamente”. O artigo 8.1. c) contempla a expedición ou renovación automática da tarxeta de residencia aos nacionais de Estados membros da Unión Europea que desenvolveran actividade económica por conta propia en territorio español e “despois de tres anos de actividade e de residencia continuada en territorio español, desempeñen a súa actividade noutro Estado membro das Comunidades Europeas e manteñan a súa residencia en España, regresando ao territorio español ao menos unha vez por semana”.

3. Normas procedentes da Unión Europea

40. Coa entrada nas Comunidades Europeas en virtude do Tratado de adhesión do Reino de España e da República Portuguesa á Comunidade Económica Europea (CEE) e á Comunidade Europea da Enerxía Atómica (EURATOM)¹¹¹, España incorporou ao seu Dereito interno a totalidade da normativa e do acervo comunitario existente até ese momento, polo que, no que atinxe á normativa da Unión Europea, debe facerse referencia non só ás normas ditadas desde o ingreso de España nas Comunidades Europeas, senón tamén ás ditadas desde as súas orixes¹¹². As normas de Dereito orixinario da Unión (isto é, os Tratados constitutivos e os Tratados de adhesión) non contiñan, nin conteñen hoxe, referencia algunha ao fenómeno do traballo fronteirizo¹¹³. Sen embargo o fenómeno do traballo fronteirizo apareceu, case desde o principio do funcionamento das Comunidades Europeas, nas súas normas de Dereito derivado (principalmente nos seus regulamentos e directivas)¹¹⁴.

¹¹¹ DO L número 302, do 15 novembro 1985. Instrumento de ratificación no BOE número 1, do 1 de xaneiro de 1986.

¹¹² Para unha análise sobre o impacto en materia de Dereito do Traballo e da Seguridade Social da entrada de España na Unión Europea, véxase LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del Derecho Social Comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001), no que se indica que “*el actual Derecho social comunitario es el poso de un largo período de evolución histórica puesta en marcha por las sucesivas modificaciones del Tratado de Roma*” (páx. 21).

¹¹³ Para unha análise da cuestión social no Dereito orixinario, véxase CABEZA PEREIRO, J., “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, número 63 (2000), páxs. 27 a 52.

¹¹⁴ Véxase ORTIZ ARCE, A., “El régimen de los trabajadores fronterizos en el marco de las Comunidades Europeas”, *Revista de Instituciones Europeas*, volume 9, número 1 (xaneiro-abril 1982), onde indica que “*en los textos de Derecho comunitario derivado se destaca ante todo que los trabajadores fronterizos interesan a dos ordenamientos jurídicos, el de la residencia y el del lugar de trabajo o actividad laboral*” (páxs. 9 e 10).

41. Certo que no ano 1958, cando se publicaron os Regulamentos número 3, relativo á Seguridade Social dos traballadores migrantes¹¹⁵, e o número 4¹¹⁶, coas disposicións de aplicación do anterior —que, segundo se ten indicado, inauguraron “*el ejercicio de las competencias normativas de la Unión en desarrollo de la materia social*”¹¹⁷ —, non se consideraron as particularidades do traballo fronteirizo dentro das entón denominadas Comunidades Europeas, que estaban sendo reguladas nesas datas no marco de relacións convencionais de Dereito Internacional aos que estes se remitían¹¹⁸. Pero pouco tempo despois, publicouse o Regulamento número 36/63/CEE, do Consello, do 2 de abril de 1963¹¹⁹, sobre a Seguridade Social dos traballadores fronteirizos que, como o seu propio título indica, regulou (ao longo dos seus vinte e seis artigos) as particularidades en materia de Seguridade Social desta categoría de traballadores. A publicación por parte das autoridades comunitarias dunha norma que regulaba especificamente as situacións de traballo fronteirizo en materia de Seguridade Social pode considerarse como unha mostra da importancia que se lle deu a este peculiar fenómeno migratorio desde as mesmas orixes da Unión Europea, razón pola que se ten afirmado que “*la aprobación del Reglamento 36/1963, de 2 de abril, relativo a la seguridad social de los trabajadores fronterizos, supuso un verdadero punto de inflexión en la regulación comunitaria sobre el tema, en la medida en que esta disposición normativa no solamente ponía fin a la exclusión del ámbito de aplicación del Derecho comunitario en materia de protección social que padecían los trabajadores fronterizos, sino que también articulaba —a través de los cuatro concretos Títulos que lo componían— un conjunto de reglas a través de las cuales se pretendía lograr la integración de los trabajadores fronterizos en el sistema de coordinación que ya existía para el conjunto de trabajadores que se desplazaba por el interior de la Comunidad*”¹²⁰.

¹¹⁵ DO número 30, do 16 de decembro de 1958.

¹¹⁶ DO número 30, do 16 de decembro de 1958.

¹¹⁷ Véxase GÁRATE CASTRO, J., *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2010), páx. 15.

¹¹⁸ Tal e como se indicou, “*en aquella época, dicha remisión implicaba acudir principalmente al convenio relativo a los trabajadores fronterizos de 17 de abril de 1950*” [véxase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho Interno de los estados miembros”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13 (A Coruña, 2009), páx. 60].

¹¹⁹ DO número 62, do 20 de abril de 1963.

¹²⁰ Véxase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho Interno de los estados miembros”, cit., páx. 61.

42. Para finalizar as referencias ás normas reguladoras do traballo fronteirizo no seo da Unión Europea, débense citar tres importantísimos regulamentos comunitarios, que estiveron vixentes durante máis de tres décadas e que constituíron a base da regulación do traballo fronteirizo dentro da Unión durante todo ese tempo, dando lugar á práctica totalidade da xurisprudencia que ditou o Tribunal de Xustiza sobre esta cuestión. O primeiro é o Regulamento (CEE) número 1612/1968, do 15 de outubro, do Consello, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Comunidade¹²¹, que constituíu a base da regulación en materia de emprego dos traballadores fronteirizos na Unión Europea, até a súa derogación no ano 2011. E os outros dous restantes estableceron as normas de coordinación en materia de Seguridade Social. Son o Regulamento (CEE) número 1408/71, do Consello, do 14 de abril de 1971, relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea e ás súas familias que se desprazan dentro da comunidade¹²², e o Regulamento (CEE) número 574/72 do Consello, do 21 de marzo de 1972, polo que se establecen as modalidades de aplicación do anterior¹²³, que estiveron vixentes até o ano 2010.

C) Na Xurisprudencia

43. Toda esta presenza do traballo fronteirizo en normas laborais e de Seguridade Social, alén daquelas outras que non sendo desta natureza tamén teñen impacto sobre o mesmo (nomeadamente normativa de Dereito Administrativo e de Dereito Tributario), fai comprensíbel que o traballo fronteirizo tamén sexa unha realidade que veñen coñecendo os tribunais, interpretando e aplicando toda esa normativa en casos de conflito para a súa resolución. As sentenzas, en ocasións, tamén son ditadas en preitos onde se interpretan e aplican normas que non mencionan nin consideran expresamente a figura do traballo fronteirizo, mais lle resultan igualmente aplicábeis. Todas esas sentenzas constitúen un corpo xurisprudencial que non se pode descoñecer, na medida en que axuda a precisar o estatuto xurídico de dereitos e deberes das persoas que se desprazan entre diferentes Estados por causa do traballo fronteirizo.

¹²¹ DO L número 257, do 19 de outubro de 1968.

¹²² DO L número 149, do 5 de xullo de 1971. Este regulamento experimentou, ao longo dos seus case corenta anos de aplicación, innumerábeis modificacións que lle afectaron mesmo ao seu título, que acabou sendo “relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea, por conta propia e aos membros das súas familias que se desprazan dentro da Comunidade”.

¹²³ DO L número 74, do 27 de marzo de 1972. Este Regulamento tamén experimentou ao longo dos seus case corenta anos de aplicación innumerábeis modificacións que tamén lle afectaron ao seu título.

44. Son sentenzas realmente variadas, dado que son distintos tribunais os que resolven preitos en materia de traballo fronteirizo. Débese prestar especial atención á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que é o órgano xurisdiccional que ten analizado en maior número de ocasións o fenómeno do traballo fronteirizo. Segundo se ten constatado —salvo erro ou omisión— a primeira sentenza deste tribunal referida a esta categoría de traballadores foi ditada pouco tempo despois da entrada en vigor dos primeiros regulamentos comunitarios en materia de Seguridade Social, é o caso da sentenza Bertholet, do 11 de marzo de 1965¹²⁴.

45. O importante número de sentenzas que sobre a cuestión do traballo fronteirizo ten ditado o Tribunal de Xustiza da Unión Europea non permite, en absoluto, prescindir das ditadas polos tribunais internos. Polo que se refire a estes, a sentenza máis antiga que se atopou —que parece referirse a un suposto de traballo fronteirizo¹²⁵— é a sentenza da Sala do Social do Tribunal Supremo do 3 de febreiro de 1970, pola que se resolve unha cuestión relacionada co subsidio de defunción e a pensión de viuvez nun caso de accidente de traballo.¹²⁶ Tamén a xurisprudencia do desaparecido Tribunal Central de Traballo recolle referencias e resolve supostos de traballo fronteirizo, como é o caso da sentenza de data 4 de decembro de 1973, referida na súa fundamentación xurídica ás particularidades en materia de Seguridade Social deste colectivo de traballadores, aínda que o certo é que non resolve un suposto de traballo fronteirizo¹²⁷. A primeira que si parece resolver o caso dun traballador fronteirizo é de data 21 de xaneiro de 1977, e analizou as consecuencias da falta de permiso de traballo¹²⁸. Tamén se debe facer referencia á sentenza de data 10 de outubro de 1978¹²⁹, na que, aínda que non se indica expresamente, pódese concluír que se refire, esta vez si inequivocamente, a un suposto de traballo fronteirizo, pois afirma que “non se trata dun traballador residente, senón que a diario regresaba ao seu país de orixe”. Entre as sentenzas ditadas polos Tribunais Superiores de Xustiza, a máis antiga que se atopou procede do País Vasco,

¹²⁴ Asunto C-31/64.

¹²⁵ A sentenza non aclara se o suposto analizado é o dun traballador fronteirizo, pero si fala da “especialidade da cidade de Melilla [onde aconteceu o accidente de traballo que motivou o litixio], en relación coa súa zona circundante de Marrocos”.

¹²⁶ Referencia *Aranzadi Westlaw* RJ 592.

¹²⁷ Referencia *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo* de Aranzadi, número 4964.

¹²⁸ Referencia *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo* de Aranzadi, número 231. Nela constátase a existencia de millares de traballadores marroquíes nas cidades de Ceuta e Melilla á quen desde “tempo inmemorial” se lles permite traballar nas citadas cidades.

¹²⁹ Referencia *Repertorio de jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo* de Aranzadi, número 5089.

da súa Sala do Social, de data 21 de outubro de 1992¹³⁰, que resolve un litixio relativo a unha prestación de desemprego.

III. O traballo fronteirizo como obxecto de investigación e metodoloxía aplicábel para a súa análise

46. A realidade social e xurídica innegábel do traballo fronteirizo, que se acaba de ver, xustifica que as investigacións que se fagan sobre esta concreta temática poidan chamar a atención, tendo en conta que, como xa se ten afirmado, “*la doctrina, salvo alguna interesante y reciente aportación, se ha mantenido ajena al estudio de esta materia concreta*”¹³¹. Con todo, o certo é que o traballo fronteirizo tamén comeza a ser unha realidade específica obxecto de investigación desde diferentes disciplinas. É o caso deste traballo de investigación, que ten como obxectivo achegarse ao fenómeno do traballo fronteirizo desde unha perspectiva metodolóxica iuslaboralista, analizando cuestións relativas ao emprego e á protección social, e mesmo facendo referencias a cuestións non estritamente laborais cando teñen impacto sobre este ámbito (o que acontecerá, en ocasións, en materia de fiscalidade), desde a información que se obtén do estudo das dúas principais fontes de coñecemento do Dereito do Traballo e da Seguridade Social, como son a normativa e a xurisprudencia (leis e casos, se se prefire).

47. Loxicamente esta investigación iuslaboralista non pretende cubrir os baleiros que poidan existir dentro deste ámbito, senón unicamente chamar a atención sobre o feito de que parece necesario reflexionar, sempre desde un punto de vista legal, a respecto deste fenómeno —realmente significativo, a pesares da dificultade da súa cuantificación— no que atinxe á súa regulación en materia de emprego e de Seguridade Social. Para tales efectos, ademais desta introdución, o traballo estrutúrase en torno a tres capítulos e finaliza cunhas conclusións que poñen fin ao traballo, que son un total de vinte e unha. Serven estas de corolario á investigación e pretenden pór de relevo os principais achados da mesma.

¹³⁰ Referencia *Aranzadi Westlaw* 1992 5185.

¹³¹ Véxase CARRASCOSA BERMEJO, D., “Los trabajadores fronterizos presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto 1408/71/CEE y Rgto 883/2004/CEE)”, en CORREA CARRASCO, M. (Coordinador), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*, cit., páx. 413.

A) Para a delimitación conceptual da figura do traballador fronteirizo en sentido estrito e do traballador transfronteirizo

48. No capítulo primeiro efectuarase a delimitación conceptual da figura do traballo fronteirizo. Distinguiranse dentro del dous tipos de traballadores, os fronteirizos en sentido estrito e os transfronteirizos, dado que, a pesar de posuír importantes trazos en común, presentan elementos que permiten establecer unha nidia distinción entre eles. Tamén se diferenciará o fenómeno do traballo fronteirizo doutras figuras afíns, nas que tamén están presentes os desprazamentos fronteirizos por razóns de traballo.

49. Ademais disto, este capítulo aborda o estudo das principais fontes reguladoras deste fenómeno. Para estes efectos, distínguense separadamente as que afectan aos traballadores fronteirizos en sentido estrito e aquelas que afectan aos transfronteirizos. Dentro delas farase referencia ás fontes normativas (tanto de orixe interna coma internacional), ás fontes xurisprudenciais e, finalmente, ás normas sectoriais.

B) Para analizar a figura do traballador fronteirizo en sentido estrito

50. O capítulo segundo encárgase de analizar a figura do traballador fronteirizo en sentido estrito. Este capítulo é, con diferenza, o máis extenso dos tres. Nel ten especial relevancia o apartado referido ás cuestións en materia de Seguridade Social e, dentro del, o referido concretamente á acción protectora, onde se analizan as distintas categorías de prestacións nas que a condición de traballador fronteirizo pode presentar particularidades no goce das mesmas, ben porque existe unha normativa específica que regula a figura, ben porque a normativa de aplicación xeral precisa ser interpretada á luz das concretas particularidades desta categoría de traballadores.

C) Para analizar a figura do traballador transfronteirizo

51. O capítulo terceiro analiza a figura do traballador transfronteirizo. Por razóns metodolóxicas, adoptouse a mesma estrutura básica que a do capítulo anterior. Así, analízase, en primeiro lugar, o acceso ao emprego, despois as condicións de emprego e, finalmente, as cuestións relativas á protección social.

52. Neste capítulo, a maior relevancia reside nas cuestións referidas ao acceso ao emprego, pois os traballadores transfronteirizos non gozan da igualdade no acceso ao respecto dos traballadores nacionais, que si teñen os

traballadores fronteirizos en sentido estrito. Queda, por tanto, nun segundo lugar a problemática relativa ao goce das prestacións de Seguridade Social, sen que iso signifique, en absoluto, que careza de complexidade, dada a inexistencia de previsións normativas específicas para esta peculiar categoría de traballadores.

CAPÍTULO PRIMEIRO

FONTES REGULADORAS

I. Precisións en torno á regulación legal do traballo fronteirizo en España

A) Pluralidade normativa

1. Descoñecemento expreso da figura polas principais normas de Dereito interno Laboral e de Seguridade Social

1. O descoñecemento da figura do traballo fronteirizo constitúe unha constante na normativa interna do Dereito do Traballo e da Seguridade Social en España desde os inicios da disciplina. As súas principais normas reguladoras ignoraron desde sempre esta figura. Así, non se atopan referencias á mesma nin no Código do Traballo, nin nas Leis do Contrato de Traballo, nin no Estatuto dos Traballadores de 1980. O mesmo ocorre na normativa de Seguridade Social, desde a Lei de Seguridade Social de 1966 e nas distintas normas que regularon o Procedemento Laboral, desde 1958. Esta situación continúa a darse na actualidade, xa que nin o vixente Estatuto dos Traballadores, nin a Lei Xeral de Seguridade Social, nin a Lei Reguladora da Xurisdición Social conteñen referencia algunha ao fenómeno.

2. Esta circunstancia resulta sorprendente nun Estado con máis de dous mil quilómetros de fronteira, no que existen zonas fronteirizas con forte tradición de relacións de emprego transfronteirizo, como é o caso galego na zona da Raia co norte de Portugal, as zonas fronteirizas de Extremadura coas comarcas limítrofes portuguesas, a comarca de La Seo d'Urgell con Andorra, o País Vasco español co francés, La Línea de la Concepción con Xibraltar, ou Ceuta e Melilla con Marrocos. Sen embargo, tal e como se verá, existen normas de natureza non laboral que si contemplan e regulan a figura, algunhas delas, como é o caso da Lei de estranxeiría, con grande repercusión no ámbito do traballo e da Seguridade Social¹.

2. As referencias na normativa de orixe internacional

3. A ausencia de referencias ao traballo fronteirizo nas principais normas internas do Dereito do Traballo e da Seguridade Social español contrasta co elevado número de normas internacionais, principalmente de orixe convencional, que se refiren ao fenómeno, aínda que en ocasións sexa

¹ Para unha análise da normativa de estranxeiría, clasificada en función das fontes de produción, véxase CABEZA PEREIRO, J., “Inmigración y derecho en la Unión Europea. Introducción al Derecho de Extranjería”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2008), páxs. 29 a 42.

unicamente para excluílo do ámbito de aplicación da norma en cuestión ou simplemente para establecer a posibilidade de crear un réxime especial para eles. Así, por exemplo, once convenios internacionais elaborados pola OIT, contemplan a figura do traballo fronteirizo, ben para incluílos ou excluílos do seu ámbito de aplicación, ben para permitir o establecemento dunha regulación específica para este tipo de traballadores. Deles España ratificou, até o momento, tres². O ratificado máis recentemente é o Convenio número 157, sobre o establecemento dun sistema internacional para a conservación dos dereitos en materia de Seguridade Social, do ano 1982³, que inclúe expresamente aos traballadores fronteirizos dentro do seu ámbito de aplicación. Os outros dous convenios son o número 97 relativo aos traballadores migrantes, do ano 1949⁴, e o número 44 polo que se garanten indemnizacións ou subsidios aos desempregados involuntarios, do ano 1934⁵. Ningún destes dous últimos resulta, sen embargo, de aplicación ao traballo fronteirizo, pois o número 97 fai referencia a eles unicamente para excluílos do seu ámbito de aplicación⁶, e o número 44, que indicaba a posibilidade de “estabelecer un réxime especial para os traballadores fronteirizos que traballen nun país e residan noutro”⁷, foi revisado polo convenio número 168, sobre o fomento do emprego e a protección contra o desemprego, do 1988, que non os contempla expresamente.

4. Outras normas laborais e de Seguridade Social de orixe internacional que se refiren ao traballo fronteirizo son o Acordo Europeo de Seguridade

² Dos convenios non ratificados por España, establecen a posibilidade de crear un réxime especial para os traballadores fronteirizos os convenios número 35, relativo ao seguro obrigatorio de vellez dos asalariados nas empresas industriais e comerciais, nas profesións liberais, no traballo a domicilio e no servizo doméstico, do 1933; número 36, relativo ao seguro obrigatorio de vellez dos asalariados nas empresas agrícolas, do 1933; número 37, relativo ao seguro obrigatorio de invalidez dos asalariados nas empresas industriais e comerciais, nas profesionais liberais, no traballo a domicilio e no servizo doméstico, do 1933; número 38, relativo ao seguro obrigatorio de invalidez dos asalariados nas empresas agrícolas, do 1933; número 39, relativo ao seguro obrigatorio de morte dos asalariados nas empresas industriais e comerciais, nas profesionais liberais, no traballo a domicilio e no servizo doméstico, do 1933; e número 40, relativo ao seguro obrigatorio de morte dos asalariados nas empresas agrícolas, do 1933. Exclúen aos traballadores fronteirizos do seu ámbito de aplicación os convenios número 66, relativo ao recrutamento, colocación e condicións de traballo dos traballadores migrantes, do 1939 (que non chegou a entrar nunca en vigor); e número 143, sobre as migracións en condicións abusivas e a promoción da igualdade de oportunidades e de trato dos traballadores migrantes, do 1975.

³ O convenio foi adoptado en Xenebra o 21 de xuño de 1982. España ratificouno por medio de Instrumento de ratificación do 26 de xullo de 1985 (BOE número 271, do 12 de novembro).

⁴ O convenio foi adoptado en Xenebra o 1 de xullo de 1949. España ratificouno por medio de Instrumento de ratificación do 23 de febreiro de 1967 (BOE número 135, do 7 de xuño).

⁵ O convenio foi adoptado en Xenebra o 23 de xuño de 1934. España ratificouno por medio de Instrumento de ratificación do 8 de abril de 1971 (BOE número 119, do 18 de maio de 1972).

⁶ Véxase a letra a) do apartado 2 do artigo 11.

⁷ Véxase o apartado 2 do artigo 15.

Social e o Acordo complementario para a aplicación do mesmo, feitos en París o 14 de decembro de 1972, e o Acordo sobre a libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra, feito en Luxemburgo o 21 de xuño de a 1999⁸. Os dous primeiros Acordos foron elaborados no seo do Consello de Europa. España ratificounos por medio de Instrumento do 10 de xaneiro de 1986⁹. De entre os países fronteirizos con España foi ratificado unicamente por Portugal¹⁰. Malia que esta norma contén múltiples referencias ao traballo fronteirizo, a súa aplicabilidade práctica para a regulación desta figura en España é moi limitada, tal e como se verá máis adiante¹¹. No que atinxe ao Acordo sobre libre circulación con Suíza, foi promovido pola Comunidade Europea e asinado coa Confederación Suíza pola propia Comunidade e polos Estados que a integran¹².

5. Ademais das normas internacionais citadas, promovidas no seo de organizacións internacionais, España ten subscritos outros convenios internacionais que contemplan a figura do traballo fronteirizo. Débese citar ao respecto o Convenio entre o Reino de España, a República Francesa e o Principado de Andorra, relativo á entrada, circulación, residencia e establecemento dos seus nacionais, feito *ad referendum* en Bruxelas o 4 de decembro de 2000¹³ e o Convenio de Seguridade Social entre o Reino de España e o Principado de Andorra, feito en Andorra la Vella o 9 de novembro de 2001¹⁴. Por último, cómpre citar outros dous convenios bilaterais, un con Portugal e outro con Francia, que recollen a figura do traballo fronteirizo, aínda que ningunha destas normas regula cuestións relativas a emprego ou Seguridade Social, pois son de natureza tributaria.

⁸ DO L número 114, do 30 de abril de 2002.

⁹ BOE número 271, do 12 de novembro de 1986.

¹⁰ En data 18 de marzo de 1983.

¹¹ Véxase *infra*, Capítulo II, núm. 105 e ss., e Capítulo III, núm. 58 e ss.

¹² Acordo sobre a libre circulación de persoas entre as Comunidades Europeas e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra (DO L número 114/6, do 30 de abril de 2002).

¹³ BOE número 153, do 27 de xuño de 2003 e corrección de erros no BOE número 224, do 18 de setembro de 2003.

¹⁴ BOE número 290, do 4 de decembro de 2002. O Convenio consta de 47 artigos distribuídos en catro títulos denominados: “disposicións xerais” (artigos 1 ao 5), “lexislación aplicábel” (artigos 6 e 7), “disposicións relativas ás prestacións” (artigos 8 ao 33) e “disposicións diversas, transitorias e finais” (artigos 34 ao 47). En ningún deles se menciona expresamente o traballo transfronteirizo, aínda que parece conterse unha referencia implícita cando menos no título segundo. Esta situación contrasta coa regulación do anterior convenio de 1978, que foi derogado polo actual. En efecto, o convenio anterior dedicáballe un título completo ao traballo fronteirizo, o cuarto, que se denominaba precisamente “disposicións especiais para traballadores fronteirizos” (artigos 25 ao 29). Con todo, trátase dun título que aínda pode resultar de aplicación na medida en que a disposición derogatoria do convenio de 2001 (artigo 46.3) establece a garantía dos dereitos adquiridos ao abeiro do mesmo.

Porén, a súa cita resulta aquí obrigada, pois contribúen á determinación do concepto do traballo fronteirizo. Son o Convenio do 27 de xuño de 1973 entre España e Francia para evitar a dobre imposición en materia de impostos sobre a renda e o patrimonio¹⁵, e o Convenio entre o Reino de España e a República Portuguesa para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de impostos sobre a renda e Protocolo, asinado en Madrid o 26 de outubro de 1993¹⁶.

6. Mención aparte, dada a súa extraordinaria relevancia na regulación do fenómeno do traballo fronteirizo en España, merece a normativa procedente da Unión Europea. Se ben é certo que ningunha norma de Dereito orixinario (Tratados constitutivos e Tratados de adhesión) contempla a figura do traballo fronteirizo, existe unha pluralidade de normas de Dereito derivado (regulamentos, directivas, recomendacións e ditames)¹⁷ que fan referencia a el e o regulan expresamente, tal e como se verá máis adiante¹⁸. Entre elas destacan, pola súa especial importancia: o Regulamento (CE) número 883/2004 do 29 de abril de 2004, do Parlamento Europeo e do Consello, de coordinación dos sistemas de Seguridade Social¹⁹, o Regulamento (CE) número 987/2009 do 16 de setembro de 2009, do Parlamento Europeo e do Consello, polo que se adoptan as normas de aplicación do anterior²⁰ e, finalmente, o Regulamento

¹⁵ BOE número 109, do 7 de maio de 1975. Sobre a aplicabilidade deste convenio véxase *infra* núm. 14. Para unha análise do citado convenio ao respecto dos traballadores fronteirizos, véxase CALDERÓN CARRERO, J.M. (Coordinador), *Comentarios a los Convenios para evitar la doble Imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Instituto de Estudios Económicos, Fundación Pedro Barrié de la Maza (A Coruña, 2004), páxs. 818 e 819.

¹⁶ BOE número 266, do 7 de novembro de 1995. Para unha análise do citado convenio ao respecto do traballadores fronteirizos véxase CALDERÓN CARRERO, J.M. (Coordinador), *Comentarios a los Convenios para evitar la doble Imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, cit., páxs. 818 e 819.

¹⁷ Véxase o artigo 288 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea (DO L número 83, do 30 de marzo de 2010). Para unha análise das fontes normativas da Unión Europea en materia social véxase MIRANDA BOTO, J.M., “El ordenamiento jurídico social de la Unión Europea”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO, J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), páxs. 59 a 79.

¹⁸ Véxase *infra*, Capítulo II.

¹⁹ Publicado no DO L número 166, do 30 de abril. Rectificación no DO L número 200, do 7 de xuño. Dela díxose que “*es una norma densa, fruto en ocasiones de unha verdadeira labor de ingeniería de los técnicos de la Unión Europea*” [véxase ROMÁN VACA, E., “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 64 (2006), pág. 109]. Para unha crítica ao respecto da utilización do termo “coordinación” en troques de “articulación”, véxase MIRANDA BOTO, J.M., “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coordinadora), *El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum (Murcia, 2008), pág. 11 e ss.

²⁰ DO L número 284, do 30 de outubro de 2009.

(UE) número 492/2011, do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de abril de 2011, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Unión²¹.

3. O seu carácter fragmentario

7. Outra circunstancia que cómpre salientar ao respecto da regulación legal do fenómeno no Dereito español —ademais do descoñecemento da figura por parte das principais normas internas reguladoras da disciplina e a súa presenza nas de orixe internacional— é o seu carácter fragmentario. O traballo fronteirizo aparece regulado e definido no Dereito español en diversas normas de natureza tributaria e administrativa (dentro destas últimas, algunhas con evidente impacto no eido laboral e da Seguridade Social), pero non aparece en ningunha de natureza estritamente laboral, aínda que si nalgunhas de rango inferior en materia de Seguridade Social²². Esta fragmentación trae como consecuencia a inexistencia dun concepto único de traballo fronteirizo, válido para todas as normas que regulan o fenómeno²³.

a) Na normativa de orixe interna

8. No Dereito español de orixe interna, dentro da normativa de estranxeiría, o artigo 43 da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social²⁴, na redacción dada pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro, de reforma da anterior²⁵, considera traballadores transfronteirizos aos “traballadores estranxeiros que, residindo na zona limítrofe, desenvolvan a súa actividade laboral en España e regresen ao seu lugar de residencia diariamente”²⁶.

²¹ DO L número 141, do 27 de maio de 2011.

²² Véxase *infra*, núm. 69.

²³ Véxase CABEZA PEREIRO, J., “Os traballadores transfronteirizos”, en CABEZA PEREIRO, J., GÁRATE CASTRO, J. e GOMES J., *Aspectos xurídicos das relacións laborais na eurorrexión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2006), páx. 23.

²⁴ BOE número 10, do 12 de xaneiro de 2000.

²⁵ BOE número 307, do 23 de decembro de 2000. O artigo 43 foi reformado, de novo, por medio da Lei orgánica 2/2009, do 11 de decembro, de reforma da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social (BOE número 299, do 12 de xaneiro, e suplemento en galego da mesma data), que non modificou o concepto de traballo transfronteirizo.

²⁶ Na redacción orixinal da Lei orgánica 4/2000, os traballadores transfronteirizos eran tratados no artigo 42 e o concepto era máis amplo, pois permitía que o regreso ao lugar de residencia se producira “polo menos unha vez á semana”. Este artigo foi modificado en dúas ocasións máis, a primeira por medio da Lei orgánica 14/2003, do 20 de novembro (BOE número 279, do 21 de novembro), que non afectou ao apartado 1, referido aos traballadores fronteirizos, senón ao

9. A definición dada pola citada norma é precisada polo artigo 182 do Regulamento da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, tras a súa reforma pola Lei orgánica 2/2009, aprobado por Real decreto 557/2011, do 20 de abril²⁷. Este artigo —encadrado dentro do título X do Regulamento, titulado precisamente, “traballadores transfronteirizos”— considera traballador transfronteirizo a aquel “que fose autorizado para desenvolver actividades lucrativas, laborais ou profesionais por conta propia ou allea nas zonas fronteirizas do territorio español, residindo na zona fronteiriza dun Estado limítrofe ao que regrese diariamente”²⁸.

10. Pola súa banda, o Real decreto 240/2007, do 16 de febreiro, sobre entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e outros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, non contén unha definición do traballo fronteirizo, pero fai unha referencia implícita ao mesmo ao lle outorgar o dereito de residencia permanente cando “despois de tres anos consecutivos de actividade e residencia continuadas en territorio español desempeñe a súa actividade, por conta propia ou allea, noutro Estado membro e manteña a súa residencia en España, regresando ao territorio español diariamente ou, polo menos, unha vez por semana”, determinando que “aos exclusivos efectos do dereito de residencia, os períodos de actividade exercidos noutro Estado membro da Unión Europea consideraranse cumpridos en España”²⁹.

b) Na normativa da Unión Europea

11. Dentro da normativa da Unión Europea sobre Seguridade Social, o Regulamento (CE) número 883/2004, do 29 de abril de 2004, do Parlamento Europeo e do Consello, de coordinación dos sistemas de Seguridade Social³⁰ recolle a figura do traballo fronteirizo e define ao traballador fronteirizo, para os efectos do mesmo, como “toda persoa que

apartado 2 referido á prestación transnacional de servizos; e a segunda por medio da Lei orgánica 2/2009, do 11 de decembro (BOE número 299, do 12 de decembro), que si afectou ao apartado 1, pero non modificou a definición de traballador transfronteirizo.

²⁷ BOE número 103, do 30 de abril.

²⁸ Esta definición é, en esencia, a mesma que figuraba no derogado Regulamento da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, aprobado por Real decreto 2393/2004, do 30 de decembro (BOE número 6, do 7 de xaneiro de 2005). O seu artigo 84 considera traballadores transfronteirizos aos traballadores que “residan na zona fronteiriza dun Estado limítrofe ao cal regresan diariamente, desenvolven actividades lucrativas, laborais ou profesionais por conta propia ou allea nas zonas fronteirizas do territorio español”.

²⁹ Véxase a letra c) do apartado 2 do artigo 10.

³⁰ Publicado no DO L número 166, do 30 de abril, e rectificación no DO L número 200, do 7 de xuño.

realice unha actividade por conta allea ou propia nun Estado membro e resida noutro Estado membro ao que regrese normalmente a diario ou polo menos unha vez por semana”³¹. O campo de aplicación persoal do regulamento, fixado no artigo 2 do mesmo, reduce o concepto, pois só inclúe “ás persoas nacionais dun dos Estados membros e aos apátridas e refuxiados residentes nun dos Estados membros que estean ou estiveran suxeitas á lexislación dun ou de varios Estados membros”³². Porén, o Regulamento (UE) número 1231/2010, do Parlamento Europeo e do Consello, do 24 de novembro de 2010³³, amplía o campo de aplicación persoal do citado Regulamento (CE) número 883/2004 aos nacionais de terceiros Estados con residencia legal no territorio dun Estado membro que, debido unicamente á súa nacionalidade, non se incluíran dentro do ámbito de aplicación do mesmo.

12. Na normativa sobre alfándegas da Unión Europea, o Regulamento (CEE) 918/83 do Consello, do 28 de marzo de 1983, relativo ao establecemento dun réxime de franquías alfandegueiras³⁴, considera traballador fronteirizo a “toda persoa que, pola súa actividade habitual, deba desprazarse nos seus días de traballo ao outro lado da fronteira” e como zona fronteiriza, “sen prexuízo do disposto nos convenios sobre a

³¹ Véxase a letra f) do artigo 1. As definicións contidas no artigo 1 son exclusivamente “para os fins do presente Regulamento”. En todo caso, tal e como se ten sinalado, “*la definición de trabajador fronterizo viene dada por la separación territorial [...] entre dos elementos: residencia en un país y trabajo en otro*” [véxase DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales* número 64 (2006), páx. 33].

³² Pola súa banda, o antigo Regulamento (CEE) número 1408/71 do Consello, do 14 de xullo de 1971, relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, derrogado polo Regulamento (CE) número 883/2004, definía como traballador fronteirizo “a todo traballador por conta allea ou propia que exerza a súa actividade profesional no territorio dun estado membro e resida no territorio doutro Estado membro, ao que regresa en principio cada día ou polo menos unha vez por semana” (artigo 1. b). Engadía a continuación que “o traballador fronteirizo que estea destacado pola empresa da que depende normalmente, ou que preste os seus servizos no territorio do mesmo Estado membro ou doutro Estado membro, conservará a condición de traballador fronteirizo durante un tempo que non excederá de catro meses, aínda cando durante a súa estadía como destacado non poida regresar cada día ou polo menos unha vez por semana, ao lugar de residencia”.

³³ Polo que se amplía a aplicación do Regulamento número 883/2004 e o Regulamento (CE) número 987/2009 a nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean cubertos polos mesmos (DO L número 344, do 29 de decembro). Para un relatorio sobre a xestación deste Regulamento no seo das institucións europeas, véxase GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, C., “Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados. El Reglamento UE 1231/10”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social internacional y comunitario*, número 97 (2012), páxs. 15 a 30.

³⁴ DO L número 105, do 23 de abril de 1983.

materia, unha zona que non pode exceder de 15 quilómetros de profundidade en liña recta, calculados a partir da fronteira”, debendo “ser considerados tamén como formando parte desta zona os municipios cuxo territorio se encontre parcialmente dentro dela”³⁵. Vese, por tanto, que dentro do Dereito da Unión Europea o concepto de traballador fronteirizo é diferente para os efectos da aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social ou da normativa fiscal, feito que parece criticábel polos problemas de conflitos que esta diverxencia de conceptos pode provocar, o que levou a pór de manifesto a necesidade de “*formular una definición uniforme del trabajador fronterizo aplicable tanto en el ámbito fiscal como en el ámbito de la seguridad social*”³⁶.

c) Noutra normativa de orixe internacional

13. Entre os tratados internacionais dos que España forma parte, existen catro, de diferentes materias, que conteñen unha definición do traballo fronteirizo: dous multilaterais e dous bilaterais. Un dos tratados multilaterais é o Acordo Europeo de Seguridade Social, feito en París o 14 de decembro de 1972³⁷. Considera como fronteirizo, aos efectos de aplicación do convenio, ao “traballador asalariado empregado no territorio dunha parte contratante e que resida no territorio doutra parte contratante a onde regrese en principio todos os días ou polo menos unha vez por semana”. O convenio puntualiza que “nas relacións entre Francia e as partes contratantes limítrofes, o interesado, para poder ser considerado traballador fronteirizo, deberá estar empregado e residir nunha zona cuxa distancia non exceda, en principio, de 20 quilómetros a unha e outra parte da fronteira”. Tamén puntualiza que “o traballador fronteirizo empregado no territorio dunha parte contratante por unha empresa que normalmente sexa o seu empregador —destinado por dita empresa fóra da zona fronteiriza, ben no territorio da mesma parte, ben no territorio doutra parte contratante durante un período de tempo cuxa duración probábel non exceda de catro meses— conservará a calidade de fronteirizo durante o período de dito destino, cun límite de catro meses”³⁸. O outro tratado multilateral é o Acordo sobre a libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra, feito en Luxemburgo o 21 de xuño de

³⁵ Véxase o apartado 2 do artigo 49.

³⁶ Véxase CARRIL VÁZQUEZ X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho Interno de los estados miembros”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13 (A Coruña, 2009), páx. 67.

³⁷ BOE número 271, do 12 de novembro de 1986.

³⁸ Véxase a letra n) do artigo 1.

1999. Esta norma ten a peculiaridade de que define a figura do traballador fronteirizo por conta allea, por unha banda e o traballador fronteirizo autónomo, por outra. Así o apartado 1 do artigo 7 do anexo I do mesmo define traballador fronteirizo por conta allea coma o “nacional dunha Parte Contratante que ten a súa residencia no territorio dunha Parte Contratante e que exerce unha actividade por conta allea no territorio da outra Parte Contratante volvendo ao seu domicilio en principio cada día, ou como mínimo unha vez por semana”. Pola súa banda, o apartado 1 do artigo 13 do referido anexo define traballador fronteirizo autónomo como o “nacional dunha Parte contratante que ten a súa residencia no territorio dunha Parte Contratante e que exerce unha actividade por conta propia no territorio da outra Parte Contratante volvendo ao seu domicilio en principio cada día, ou como mínimo unha vez por semana”³⁹.

14. Os tratados bilaterais son de natureza fiscal. O primeiro é o convenio entre o Reino de España e a República Portuguesa para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de impostos sobre a renda, feito en Madrid o 26 de outubro de 1993⁴⁰. Considera traballador fronteirizo a aquel “que teña a súa vivenda habitual no outro Estado contratante ao que normalmente retorna cada día”⁴¹. O segundo é o Convenio do 27 de xuño de 1973 entre España e Francia para evitar a dobre imposición en materia de impostos sobre a renda e o patrimonio⁴². Este convenio foi substituído polo posterior de 1995⁴³, que, sen embargo, deixou subsistente o apartado 4 do artigo 15 mentres non se conveñan novas

³⁹ Véxanse tamén os artigos 28 e 32 do citado Anexo I do Acordo, incluídos dentro do apartado VII do mesmo, titulado “disposicións transitorias e desenvolvemento do acordo”, que definen respectivamente traballador fronteirizo por conta allea e traballador fronteirizo autónomo nos seguintes termos: “traballador fronteirizo por conta allea é un nacional dunha Parte Contratante que ten o seu domicilio regular nas zonas fronteirizas de Suíza ou dos seus Estados limítrofes e que exerce unha actividade por conta allea nas zonas fronteirizas da outra Parte Contratante, volvendo á súa residencia principal en principio cada día, ou como mínimo unha vez por semana”, engadindo que se consideran: “zonas fronteirizas para os efectos do presente Acordo as zonas definidas polos acordos celebrados entre Suíza e os seus Estados limítrofes relativos á circulación fronteiriza”, e traballador fronteirizo autónomo “o nacional dunha Parte Contratante que ten o seu domicilio regular nas zonas fronteirizas de Suíza ou dos seus Estados limítrofes e que exerce unha actividade por conta propia nas zonas fronteirizas da outra Parte Contratante, volvendo á súa residencia principal en principio cada día, ou como mínimo unha vez por semana”, engadindo tamén que se consideran “zonas fronteirizas para os efectos do presente Acordo as zonas definidas polos acordos celebrados entre Suíza e os seus Estados limítrofes relativos á circulación fronteiriza”.

⁴⁰ Ratificado por España por medio de Instrumento de ratificación de data 3 de marzo de 1995 (BOE número 266, do 7 de novembro).

⁴¹ Véxase o apartado 4 do artigo 15.

⁴² BOE número 109, do 7 de maio de 1975.

⁴³ Convenio entre Reino de España e a República Francesa a fin de evitar a dobre imposición e de previr a evasión e o fraude fiscal en materia de impostos sobre a renda e sobre o patrimonio, asinado en Madrid o 10 de outubro de 1995 (BOE número 140, do 12 de xuño de 1997).

disposicións entre os Estados contratantes⁴⁴. O citado apartado do Convenio do 1973 refírese precisamente aos traballadores fronteirizos e, aínda que non os define, é relevante para estes efectos, pois fai referencia a un “documento fronteirizo creado por acordo particular entre os Estados contratantes”, que permite xustificar a calidade de traballador fronteirizo.

B) Existencia de dous tipos de traballo fronteirizo

15. Da análise da normativa citada —prescindindo da fiscal, que non é obxecto do presente estudo— pódese determinar que existen dous tipos de desprazamentos laborais fronteirizos⁴⁵. Un é ao que se fai referencia na normativa de estranxeiría, tanto na Lei orgánica coma no Regulamento da mesma e na normativa concordante, proponéndose a utilización da expresión de *traballo transfronteirizo*, por ser a que utilizan as indicadas fontes. O outro tipo de desprazamento laboral fronteirizo é ao que se fai referencia na normativa procedente da Unión Europea, sinaladamente no Regulamento (CE) número 883/2004 e na súa normativa de desenvolvemento⁴⁶, empregándose para este segundo suposto a expresión *traballo fronteirizo* en sentido estrito.

1. Trazos comúns

16. Tanto o traballo fronteirizo en sentido estrito coma o transfronteirizo teñen trazos definitorios comúns que identifican un fenómeno co outro. O primeiro é que nos dous supostos o lugar de residencia está situado nun Estado, mentres que o lugar de traballo se atopa noutro Estado. Esta característica permítenos falar do traballo fronteirizo coma un suposto de migración laboral e así foi tradicionalmente considerado na lexislación interna española sobre o tema, como é o caso da Lei 33/1971, do 21 de xullo, de emigración⁴⁷, que establecía no seu artigo 2 a emigración

⁴⁴ Véxase o punto 12 do Protocolo do Convenio, que reproduce o apartado do Convenio do 1973 que permanece en vigor.

⁴⁵ Véxase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho interno de los estados miembros”, cit., páx. 66. En canto ás precisións terminolóxicas no que atinxe as expresións “fronteirizo” e “transfronteirizo”, véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Frontier workers in Regulation 883/2004”, en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. (Editora), *Migrants and social security: the (EC) Regulations 883/2004 and 987/2009*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010), páx. 182.

⁴⁶ Regulamento (CE) 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004, sobre a coordinación dos sistemas de Seguridade Social (DO L número 284, do 30 de outubro) .

⁴⁷ BOE número 175, do 23 de xullo. Foi derogada pola actual Lei 40/2006, do 14 de decembro, do Estatuto da cidadanía española no exterior (BOE número 299, do 15). Para unha análise desta norma desde unha perspectiva iuslaboralista, véxase RON LATAS, R., “Los aspectos

fronteiriza coma un dos catro tipos de emigración que consideraba en función da súa duración⁴⁸. Tamén as sucesivas ordes que estableceron axudas en favor de emigrantes españois entre os anos 1986 e 2005 incluíron entre os seus posíbeis beneficiarios aos traballadores fronteirizos, sen ben a partir do ano 2006 deixaron de facer referencia a eles⁴⁹.

17. Do mesmo xeito, a normativa da Unión Europea tamén considera o traballo fronteirizo coma un suposto de migración. Así, o Regulamento (UE) número 492/2011, do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de abril de 2011, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Unión⁵⁰, inclúe expresamente aos traballadores fronteirizos dentro do seu ámbito de aplicación, ao indicar no seu considerando quinto que o dereito á libre circulación, cualificado no considerando cuarto coma “un dereito fundamental para os traballadores e a súa familia”⁵¹, debe ser tamén recoñecido aos traballadores fronteirizos.

18. En segundo lugar, tanto no traballo fronteirizo⁵² coma no transfronteirizo a actividade laboral a desenvolver no Estado de emprego pode ser por conta allea ou por conta propia, recibindo en ambos casos a denominación de traballador. Cómpre indicar que a inclusión do traballo por conta propia dentro do traballo fronteirizo na normativa de Seguridade

laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1 (2007), páxs. 943 a 963.

⁴⁸ Os outros tres tipos eran a permanente, a temporal e a de temporada. Pola súa banda, a Lei de Ordenación da Emigración, aprobada por Decreto número 1000/1962, do 3 de maio (BOE número 116, do 15 de maio), tamén contemplaba, no seu artigo 2.3, a existencia da emigración fronteiriza, que definía como a de “quen traballando habitualmente nunha zona limítrofe doutro país saen a el e retornan con algunha periodicidade”.

⁴⁹ Véxase a Orde de 7 de abril de 1986 do Ministerio de Traballo e Seguridade Social pola que se convocan e regulan a concesión de axudas económicas para a realización de programas e accións de promoción, integración e asistencia social en favor dos emigrantes e as súas familias (BOE do 18 de abril). Véxase tamén a Orde TAS/561/2006, do 24 de febreiro, pola que se establecen as bases reguladoras da concesión de axudas asistenciais correspondentes aos programas de actuación a favor dos emigrantes españois non residentes en España (BOE número 52, do 2 de marzo) que xa non contempla o traballo fronteirizo, como tampouco aparecen en ordes posteriores, tales como a Orde TAS/874/2007, do 28 de marzo, pola que se establecen as bases reguladoras da concesión de subvencións destinadas aos programas de actuación para la ciudadanía española no exterior e os retornados (BOE número 82, do 5 de abril).

⁵⁰ DO L número 141, do 27 de maio de 2011.

⁵¹ Indícase, ademais, neste considerando que “a mobilidade de man de obra dentro da Unión debe ser para o traballador un dos medios que lle garantan a posibilidade de mellorar as súas condicións de vida e de traballo, e facilitar a súa promoción social, contribuíndo ao mesmo tempo a satisfacer as necesidades da economía dos Estados membros”.

⁵² En adiante utilizarase, con carácter xeral, a expresión *traballo fronteirizo* para referirse á figura do *traballo fronteirizo* en sentido estrito.

Social da Unión Europea produciuse nun momento relativamente tardío ao respecto do inicio da regulación deste fenómeno dentro do Dereito da Unión. Levouse a cabo por medio do Regulamento (CEE) número 1390/81 do Consello, do 12 de maio de 1981, polo que se amplía aos traballadores non asalariados e aos membros das súas familia o Regulamento (CEE) número 1408/71 relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores asalariados e ás súas familias que se despracen dentro da Comunidade⁵³. Con anterioridade, o Regulamento (CEE) número 1408/71 só se refería ao traballo por conta allea, de igual maneira que o facía, anteriormente, o Regulamento número 36/63/CEE⁵⁴. Pola súa banda, o Regulamento (CE) número 883/2004 continuou a incluír o traballo por conta propia dentro do ámbito da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social.

19. Por último, nos dous casos existe un desprazamento con carácter periódico e frecuente, por razón de traballo, entre o Estado de residencia e o Estado de ocupación. Este trazo é o máis característico dos traballos fronteirizo e transfronteirizo e permite diferenciarlos doutros fenómenos migratorios próximos, nos que tampouco existe concordancia entre o Estado de residencia e o de emprego⁵⁵. Sen embargo, tal e como se verá, a frecuencia coa que se pode ou debe realizar o desprazamento entre o Estado de residencia e o Estado de emprego non é a mesma para os dous supostos, que é algo que constitúe un elemento que diferencia ambos fenómenos.

2. Especificidades do traballo transfronteirizo

20. Nos aspectos tratados rematan as coincidencias entre as dúas figuras. O concepto de traballo transfronteirizo é, en xeral, máis restritivo que o de traballo fronteirizo⁵⁶. Así, o traballo transfronteirizo esixe o regreso diario do Estado de emprego ao Estado de residencia. Polo tanto, aos

⁵³ DO L número 143, do 29 de maio.

⁵⁴ Do Consello, do 2 de abril de 1963, relativo á Seguridade Social dos traballadores fronteirizos (DO número 62, do 20 de abril).

⁵⁵ Tal e como se ten indicado, o característico do traballo fronteirizo “*es el cruce habitual de la frontera, en una dinámica de movimiento que es su sello evidente*” [véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm 1408/71”, en ARETA MARTÍNEZ, M. e SEMPERE NAVARRO, A.V. (Directores), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum Ediciones (Murcia, 2009), pág. 106].

⁵⁶ Así, afirmase que “*la definición utilizada en el Reglamento de extranjería es mucho más restrictiva que la establecida en el marco del Derecho de la Unión Europea*” [véxase RODRÍGUEZ CARDO I.A., “Trabajadores fronterizos”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Director), *El novísimo reglamento de extranjería. Real Decreto 557/2011 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*, Ediciones Laborum (Murcia, 2011), pág. 311].

traballadores transfronteirizos non se lles permite permanecer en España entre xornada e xornada de traballo, debendo regresar ao seu Estado de residencia entre elas. O requisito referido a que o regreso ao lugar de residencia sexa con periodicidade diaria foi incluído na Lei de estranxeiría tras a reforma operada nela por medio da Lei orgánica 8/2000, pois na redacción orixinaria contemplábase a posibilidade dun regreso diario ou semanal⁵⁷.

21. Ademais, os traballadores transfronteirizos deben ter a súa residencia en zona fronteiriza dun Estado limítrofe e o seu lugar de traballo en zonas fronteirizas do territorio español⁵⁸. En realidade, este requisito engloba tres: 1) que o Estado de residencia sexa fronteirizo con España, polo que o fenómeno queda restrinxido a traballadores con residencia en Portugal, Francia, Andorra, Marrocos ou na praza de soberanía británica de Xibraltar⁵⁹; 2) que o traballador ou traballadora residan na zona fronteiriza dalgún deses Estados con España e; 3) que traballen en España en zona fronteiriza co país de residencia, que é un requisito que non se contempla na Lei de estranxeiría, pero si no Regulamento da mesma⁶⁰.

22. Non se atopa na normativa española sobre estranxeiría a precisión do que se debe considerar como zona fronteiriza ou limítrofe para os efectos do lugar de residencia do traballador. Ao respecto do lugar de traballo, podería entenderse que o actual Regulamento de estranxeiría establece as pautas para determinar cales son as zonas fronteirizas dentro do territorio español, dado que limita a validez da autorización de traballo transfronteirizo ao ámbito territorial da comunidade ou cidade autónoma en cuxa zona limítrofe resida o traballador⁶¹. Por tanto, en principio, podería aceptarse que constitúe zona fronteiriza para estes efectos máis da metade da extensión do territorio español e lugares situados a máis de setecentos quilómetros da fronteira, dado que se inclúe o territorio correspondente ás comunidades autónomas de Galiza, Castilla y León, Extremadura,

⁵⁷ O artigo 42 da LO 4/2000, contemplaba o regreso ao lugar de residencia “diariamente, ou, polo menos, unha vez á semana”. Este artigo foi reenumerado e modificado pola LO 8/2000, pasando a ser o número 43 e eliminándose do mesmo a posibilidade do regreso semanal.

⁵⁸ O artigo 182 do Regulamento de estranxeiría indica que “[se atopa] en situación de traballo transfronteirizo o traballador que fose autorizado para desenvolver actividades lucrativas, laborais ou profesionais por conta propia ou allea nas zonas fronteirizas do territorio español, residindo na zona fronteiriza dun Estado limítrofe ao que regrese diariamente”.

⁵⁹ Destácao así RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Trabajadores fronterizos”, cit., páx. 310.

⁶⁰ O artigo 43 da Lei de estranxeiría esixe que o traballador resida en zona limítrofe, enténdese que con España, e que desenvolva a súa actividade en España, pero non indica en que zona ou zonas de España. É o artigo 182 do Regulamento de estranxeiría o que especifica que as actividades deben ser realizadas en zona fronteiriza do territorio español.

⁶¹ Véxase o apartado 2 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

Andalucía, Catalunya, Aragón, Navarra e Euskadi, ademais das cidades autónomas de Ceuta e Melilla. Que todo o territorio das cidades autónomas constituía zona fronteiriza parece razoábel (dado o limitado da súa extensión⁶²), pero concluír que a totalidade do territorio das comunidades autónomas que fan fronteira con outros Estados o sexa, parece un absurdo. Con todo, debe terse en conta que a necesidade de cumprimento do requisito de regreso diario do lugar de traballo ao lugar de residencia limita *de facto* as zonas fronteirizas para os efectos do lugar de traballo. En consecuencia, terase que entender que as zonas fronteirizas do territorio español estarán circunscritas ao territorio das cidades autónomas limítrofes co lugar de residencia do traballador, así como ao territorio das comunidades autónomas limítrofes co lugar de residencia do traballador que permitan o regreso diario do lugar de emprego ao de residencia.

23. A indefinición actual do que debe considerarse zona fronteiriza contrasta coa concreción da que foi obxecto na anterior normativa reguladora do fenómeno. Así, no Acordo complementario entre España e Francia relativo aos traballadores fronteirizos do 25 de xaneiro de 1961⁶³ considerábanse zonas fronteirizas “as zonas que teñan en principio unha profundidade de dez quilómetros, dunha e outra parte da fronteira”⁶⁴. O Acordo incluía un anexo no que figuraba un listado coa totalidade dos municipios fronteirizos dos dous lados da fronteira. A zona fronteiriza establecida neste Acordo foi ampliada por Canxe de notas do 3 de xullo de 1964⁶⁵ e do 21 de maio e 1 de xuño de 1965⁶⁶. Tamén no Convenio relativo ás normas de Seguridade Social aplicábeis aos traballadores españois e andorranos, do 14 de abril de 1978⁶⁷, se determinaba o que se debía entender por zona fronteiriza, considerando como tal para os efectos do convenio a totalidade do territorio do Principado de Andorra e os municipios do partido xudicial de La Seu d’Urgell⁶⁸. Por último, o Acordo Europeo de Seguridade Social de 14 de abril de 1972⁶⁹ non estableceu o requisito de residencia e traballo en zona fronteiriza para os traballadores fronteirizos, agás para as relacións entre Francia e as partes contratantes limítrofes. Unicamente neste suposto, para que un traballador puidera ser

⁶² O reducido tamaño das cidades autónomas de Ceuta e Melilla (19 e 12,3 quilómetros cadrados respectivamente) permite considerar a totalidade do territorio de ambas cidade como zona fronteiriza.

⁶³ BOE número 69, do 21 de marzo de 1962.

⁶⁴ Véxase o artigo 2 do Acordo.

⁶⁵ BOE número 222, do 15 de setembro.

⁶⁶ BOE número 154, do 29 de xuño.

⁶⁷ BOE número 172, do 20 de xullo.

⁶⁸ Véxase o artigo 26.

⁶⁹ Ratificado por España por Instrumento do 10 de xaneiro de 1986 (BOE número 271, do 12 de novembro).

considerado como fronteirizo debía “estar empregado e residir nunha zona cuxa distancia non exceda, en principio de 20 quilómetros a unha e outra parte da fronteira común”⁷⁰.

24. Na normativa de natureza fiscal tamén se atopaba —e se atopa— a determinación da zona fronteiriza para os efectos da consideración dun traballo coma fronteirizo. Así, no derogado Convenio entre España e Portugal para evitar a dobre imposición en materia de impostos sobre a renda, asinado en Madrid o 29 de maio de 1968⁷¹, sen aludir expresamente á zona fronteiriza limítrofe, referíase ás “persoas que residan nos termos municipais dun Estado contratante, limítrofes do outro Estado contratante, e traballen neste último Estado, nos termos municipais limítrofes do primeiro”⁷². Polo tanto, considerábase como zona fronteiriza a formada polo territorio dos municipios limítrofes coa fronteira a ambos lados da mesma. Pola súa banda, e xa dentro da normativa da Unión Europea, o citado Regulamento (CEE) 918/83 do Consello, do 28 de marzo de 1983 relativo ao establecemento dun réxime de franquías alfandegueiras⁷³, considera zona fronteiriza “unha zona que non pode exceder de 15 quilómetros de profundidade en liña recta, calculados a partir da fronteira”, debendo “ser considerados tamén como formando parte desta zona os municipios cuxo territorio se encontre parcialmente dentro dela”⁷⁴.

25. En canto á concreción xurisprudencial do concepto de zona fronteiriza, non se atopou sentenza algunha do Tribunal Supremo e si unicamente unha da sección primeira da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Extremadura, de data 14 de febreiro de 2005⁷⁵, anterior, por tanto, ao actual Regulamento de estranxeiría. A actora do recurso que deu lugar a esta sentenza era unha cidadá de nacionalidade

⁷⁰ Véxase o epígrafe (i) da letra n) do artigo 1.

⁷¹ Ratificado por Instrumento do 1 de decembro de 1968 (BOE número 77, do 31 de marzo de 1970).

⁷² Véxase o apartado 4 do artigo 15.

⁷³ DO L número 105, do 23 de abril de 1983.

⁷⁴ Véxase o apartado 2 do artigo 49. Porén, o Regulamento (CEE) número 1931/2006 do Parlamento Europeo e do Consello do 20 de decembro de 2006 polo que se establecen normas relativas ao tráfico fronteirizo menor nas fronteiras terrestres exteriores dos Estados membros e polo que se modifican as disposicións do Convenio de Schengen (DO L número 29, do 3 de febreiro de 2007) considera zonas fronteirizas as que disten menos de 30 quilómetros da fronteira (véxase o artigo 3). En calquera caso, esta norma fai referencia aos residentes fronteirizos e non aos traballadores fronteirizos, a diferenza do Regulamento de 1983, que si se refire a estes.

⁷⁵ Referencia Aranzadi JUR 2005 118591. Esta sentenza resolve un recurso contencioso-administrativo contra unha resolución da Subdelegación do Goberno en Badajoz, de data 10 de abril de 2003, desestimatoria dun recurso de reposición contra outra de data 20 de febreiro de 2003 que denegaba un permiso por conta allea para traballadores fronteirizos.

moldava residente nunha localidade non determinada de Portugal, que pretendía desenvolver unha actividade laboral como traballadora transfronteiriza na poboación pacense de Guareña, situada a cen quilómetros da fronteira portuguesa. A sentenza desestima o recurso interposto por esta persoa, entre outras razóns, por non quedar acreditada a súa residencia na zona fronteiriza portuguesa e por entender “que non concorre o requisito de desenvolver a súa actividade na zona fronteiriza do territorio español posto que non pode estimarse que a localidade de Guareña, situada entre as localidades de Mérida e Don Benito, sexa unha zona limítrofe coa República Portuguesa”⁷⁶. Lamentablemente, o tribunal non concretou na sentenza o que se debía entender por zona fronteiriza, xa que se limitou a indicar que unha determinada localidade—situada a cen quilómetros da fronteira con Portugal— non está dentro dela.

26. No que atinxe ao ámbito persoal, poden ser traballadores transfronteirizos os estranxeiros, considerando que son tales os que carezan da nacionalidade española⁷⁷. Cómpre ter en conta que, tal e como determina o apartado 3 do artigo 1 da Lei de estranxeiría, “os nacionais de Estados membros da Unión Europea e aqueles a quen lles sexa de aplicación o réxime comunitario rexeranse polas normas que o regulan” e que a normativa de estranxeiría lles será de aplicación “naqueles aspectos que puideran ser máis favorábeis”.

3. Especificidades do traballo fronteirizo en sentido estrito

27. O traballador fronteirizo realiza os seus desprazamentos por razón de traballo entre o Estado de residencia⁷⁸ e o Estado de traballo con periodicidade diaria ou, como mínimo unha vez por semana⁷⁹. A posibilidade de regreso semanal diferencia claramente esta figura da do transfronteirizo, pois neste último caso, tal e como se indicou, cómpre efectuar o regreso desde o Estado de traballo ao Estado de residencia con

⁷⁶ Véxase o fundamento xurídico terceiro da sentenza.

⁷⁷ Véxase o apartado 1 do artigo 1 da Lei de estranxeiría.

⁷⁸ O artigo 11 do Regulamento (CE) número 987/2009 establece os criterios para a determinación da residencia dun traballador cando exista discrepancia entre as institucións de dous ou máis Estados membros.

⁷⁹ Véxase a letra f) do artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004 e, anteriormente, a letra b) do artigo 1 do Regulamento (CEE) número 1408/71. Véxase tamén o apartado 1 do artigo 7 e o apartado 1 do artigo 13 do anexo I do Acordo sobre libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra, do 21 de xullo de 1999 (DO L número 114, do 30 de abril de 2002), que contén unha definición substancialmente idéntica para os efectos do referido acordo. En contraste, véxanse os artigos 28 e 32 do anexo, incluídos dentro das disposicións transitorias e de desenvolvemento do citado Acordo, que inclúe na definición de traballador fronteirizo o requisito de que a residencia estea situada e o traballo se desenvolva en zonas fronteirizas dos Estados implicados.

carácter diario. A posibilidade que se dá no traballo fronteirizo de regresar ao Estado de residencia do traballador con periodicidade semanal permite que poida contar cun aloxamento no Estado de emprego, onde efectuar estadias entre as xornadas de traballo semanal.

28. Cómpre salientar que non se contempla ningún tipo de requisito relacionado co feito de que o lugar de residencia ou o lugar de traballo estean situados en zonas fronteirizas limítrofes. Así o confirma a xurisprudencia, que indica que a normativa da Unión sobre coordinación dos sistemas de Seguridade Social non impón unha esixencia estrita ao respecto da localización do traballo⁸⁰. Este é outro elemento que diferencia a figura do traballo fronteirizo do transfronteirizo, pois, recórdese, no traballo transfronteirizo tanto o lugar de residencia coma o de traballo deben situarse en zonas fronteirizas limítrofes.

29. No que atinxe ao ámbito persoal, poden ser traballadores e traballadoras fronteirizos as persoas nacionais dun dos Estados membros e os apátridas e refuxiados residentes nun dos Estados membros, pois así se infire do disposto no artigo 2 do Regulamento (CE) número 883/2004, referido ao campo de aplicación persoal do Regulamento⁸¹. Tamén deben ser incluídos, ao abeiro do disposto no artigo 1 do Regulamento (UE) número 1231/2010, os traballadores de terceiros países con residencia legal nun Estado membro, para os efectos da aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social⁸². Esta extensión do ámbito persoal de aplicación aos traballadores de terceiros Estados está reservada á aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social e non alcanza á liberdade de circulación de traballadores, pois tal e como determina o apartado 2 do artigo 45 do Tratado de Funcionamento de Unión Europea, esta só inclúe aos traballadores nacionais dos Estados

⁸⁰ Así se recoñece na Sentenza do 15 de febreiro de 1999 do Tribunal Superior de Xustiza de Euskadi, Sección 1ª da Sala do Contencioso-Administrativo, declarando que o artigo 1 b) do derogado Regulamento (CEE) número 1408/71 “non impón tal esixencia estrita de localización do traballo” (parágrafo cuarto do fundamento xurídico primeiro).

⁸¹ O apartado 1 do artigo 2 indica que “o presente Regulamento se aplicará ás persoas nacionais dun dos Estados membros e aos apátridas e refuxiados residentes nun dos Estados membros, que estean ou tiveran estado suxeitas á lexislación dun ou de varios Estados membros, así como aos membros das súas familias e aos seus supéstitos”.

⁸² Indica que as normas da Unión sobre coordinación en materia de Seguridade Social “se aplicarán aos nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean aínda cubertos [polas mesmas], así como aos membros das súas familias e aos seus superviventes, sempre que estean residindo legalmente no territorio dun Estado membro e sempre que a súa situación non estea circunscrita, en todos os seus aspectos ao interior dun so Estado membro”. Téñase en conta que, segundo se indica nos considerandos número 18 e 19 do Regulamento, este non resulta de aplicación ao Reino Unido nin a Dinamarca.

membros. Deberán, sen embargo, ser incluídos os nacionais doutros Estados pertencentes ao Espazo Económico Europeo e a Suíza⁸³.

30. As persoas susceptibles de ser consideradas traballadoras fronteirizas para os efectos da aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social deben selo por dereito propio. Os cónxuxes de traballadores incluídos no ámbito persoal da citada normativa non se benefician, polo mero feito de selo, desta condición. Así o determinou o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na sentenza Ruhr⁸⁴, en relación co anterior Regulamento (CEE) 1408/71⁸⁵. O suposto de feito que deu lugar ao procedemento foi o seguinte: a señora Ruhr, de nacionalidade polaca, estaba casada cun cidadán alemán e residía en Alemaña; pouco despois de establecerse alí traballou durante ano e medio en Luxemburgo; ao perder o emprego inscribiuse coma demandante de emprego en Alemaña e solicitou as prestacións por desemprego; a administración de emprego luxemburguesa declarou que non podía emitir a certificación relativa aos períodos computábeis para a concesión de prestación por desemprego pola nacionalidade da solicitante, razón pola cal a *Bundesanstalt für Arbeit* alemana denegou a solicitude⁸⁶. O Alto Tribunal ao responder á cuestión prexudicial que lle foi formulada argumentou que o “artigo 2, apartado 1 do Regulamento núm. 1408/71, ao delimitar o ámbito de aplicación deste, contempla dúas categorías de persoas claramente diferenciadas: por un lado, os traballadores e, por outro, os membros das súas familias e os seus superviventes” e que “para estar amparados polo Regulamento, os primeiros deberán ser nacionais dun dos Estados membros ou apátridas ou refuxiados que residan no territorio dun dos Estados membros; en cambio, non se esixe ningún requisito de nacionalidade aos membros da familia ou aos superviventes dos traballadores, nacionais comunitarios, para que o

⁸³ Véxanse os artigos 28 a 39 do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo (DO L número 1, do 3 de xaneiro de 1994), que establecen a liberdade de circulación de traballadores, a liberdade de establecemento e a liberdade de prestación de servizos entre os integrantes da Comunidade Europea e os países membros da Asociación Europea de Libre Comercio. Na actualidade, afecta aos países membros da Unión Europea e a Noruega, Liechtenstein e Islandia. Véxanse os artigos 1, 2 e 8, e o Anexo II do Acordo sobre a libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra (DO L número 114, do 30 de abril de 2002).

⁸⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Primeira), do 25 de outubro de 2001, asunto C-189/00, caso Ruhr.

⁸⁵ Téñase en conta que este asunto foi resolto antes da publicación e entrada en vigor do Regulamento (CE) número 859/2003, do Consello, do 14 de maio de 2003, polo que se amplían as disposicións do Regulamento (CEE) número 1408/71 e do Regulamento (CEE) número 574/72 aos nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean cubertos polas mesmas (DO L número 124, do 20 de maio de 2003).

⁸⁶ Véxanse os apartados 5, 6 e 7 da sentenza Ruhr.

Regulamento lles sexa aplicábel”⁸⁷. En consecuencia, conclúu, o membro da familia dun traballador incluído no ámbito de aplicación do Regulamento (CE) 1408/71 que non cumpra por si mesmo os requisitos de inclusión non pode acollerse “as disposicións especiais previstas para os traballadores fronteirizos”⁸⁸.

31. No que atinxe aos lugares de residencia e emprego, esíxese unicamente que sexan en distintos Estados membros. Débese salientar que a condición de traballador fronteirizo non se adquire unicamente cando un traballador residente nun Estado membro pasa a ocupar un traballo noutro Estado membro conservando a súa residencia no primeiro e regresando ao mesmo con periodicidade diaria ou semanal. Tamén pode ser adquirida por un traballador que reside e traballa no mesmo Estado membro, desde o momento en que traslade a súa residencia a outro Estado membro, conservando o seu emprego no primeiro Estado; mesmo no caso no que o traballador sexa nacional deste. Así foi determinado polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Hendrix⁸⁹. O Sr. Hendrix era un nacional neerlandés que residía e traballaba nos Países Baixos. Nun momento determinado trasladou o seu domicilio a Bélxica, conservando o emprego no país de orixe⁹⁰. Posteriormente obtivo un novo traballo, tamén nos Países Baixos, mantendo o seu domicilio en Bélxica. Finalmente regresou aos Países Baixos⁹¹. Neste asunto o que se cuestionaba é se o interesado podería abeirarse no dereito á libre circulación de traballadores durante o período en que residiu en Bélxica. Unha resposta afirmativa levaría implícita a consideración de traballador fronteirizo do interesado, que é o que aquí interesa⁹². A ese respecto o Tribunal declarou que “a circunstancia de que o Sr. Hendrix, unha vez instalado en Belxica, continuase traballando nos Países Baixos e, posteriormente, cambiase de empregador dentro deste último Estado confírelle a condición de traballador migrante e o inclúe durante o todo o período de tempo controvertido [...] no ámbito de aplicación do Dereito comunitario e, en particular, no ámbito de aplicación

⁸⁷ Véxase o apartado 19 da sentenza Ruhr.

⁸⁸ Véxase o apartado 21 da sentenza Ruhr.

⁸⁹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 11 de setembro de 2007, asunto C-287/05. Véxase tamén a Sentenza Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 18 de xullo de 2007, asunto C-212/05, caso Hartmann. Nela indicou que “un nacional dun Estado membro que, conservando o seu emprego, trasladou o seu domicilio a outro Estado membro e desde entón exerce a súa actividade profesional como traballador fronteirizo pode invocar a súa condición de traballador migrante, no sentido do Regulamento (CEE) núm. 1612/68” (véxase o apartado 20). A referencia ao Regulamento (CEE) número 1612/68 debe considerarse hoxe efectuada ao Regulamento (UE) número 492/2011.

⁹⁰ Véxanse os apartados 17 a 19 da sentenza Hendrix.

⁹¹ Véxase o apartado 45 da sentenza Hendrix.

⁹² Véxanse os apartados 22 e 39 a 44 da sentenza Hendrix.

das súas disposicións en materia de libre circulación de traballadores”⁹³. A consideración do interesado como traballador fronteirizo tírase da argumentación posterior da sentenza, na que está implícita, pois en referencia ao Sr. Hendrix se xustifica o dereito destes traballadores a gozaren das vantaxes sociais nas mesmas condicións que os traballadores nacionais⁹⁴.

32. Para que se poida considerar un traballo como fronteirizo é preciso que exista un desprazamento periódico real entre o lugar de residencia e o lugar de traballo, non abondando con que se atopen os mesmos en distintos Estados membros. Así, por exemplo, unha traballadora que, tras residir e traballar nun mesmo Estado membro, traslada a súa residencia a outro Estado membro durante as vacacións contractuais e que, tras as vacacións non se incorpora ao seu posto de traballo, non posúe tal condición. Así o entendeu no seu día o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na sentenza Bergemann⁹⁵. O asunto iniciouse a raíz dunha cuestión prexudicial promovida pola Sala Novena do *Landessozialgericht fuer das Land Nordrhein-Westfalen*. O órgano de remisión formuloulle ao Tribunal, entre outras, a seguinte cuestión: “posúe un traballador a condición de traballador fronteirizo no sentido da letra b) do artigo 1 e da letra a) do artigo 71 do Regulamento (CEE) número 1408/71, tamén durante as vacacións contractuais, mesmo cando non realizara ningunha prestación laboral efectiva despois das vacacións até a extinción da relación laboral, é dicir, se o traballador non acude xa ao seu lugar de traballo nun Estado membro desde a súa residencia, situada noutro Estado membro?”. O Tribunal de Xustiza determinou que “un traballador que durante o seu último emprego traslade a súa residencia a outro Estado membro e que, despois dese traslado, non regrese ao Estado de emprego para exercer alí a súa actividade, non pode ser considerado como traballador fronteirizo no sentido da letra b) do artigo 1 e do inciso ii) da letra a) do apartado 1 do artigo 71 do Regulamento número 1408/71”⁹⁶.

⁹³ Véxase o apartado 46 da sentenza Hendrix.

⁹⁴ Véxanse os apartados 47 e ss. da sentenza Hendrix.

⁹⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Primeira) do 22 setembro 1988, asunto 236/87. O suposto de feito, determinado na sentenza, foi o seguinte: “a Sra. Anna Bergemann, de nacionalidade neerlandesa, traballaba e residía en Vento, nos Países Baixos. Contraeu casamento o 5 de xuño de 1984 cun nacional alemán e ao día seguinte trasladou o seu domicilio ao lugar de residencia do seu marido en Kerken, na República Federal de Alemaña” (apartado 3). “Posto que ese cambio de domicilio tivo lugar durante o permiso que durou até a extinción da relación laboral o 30 de xuño de 1984, a Sra. Bergemann non regresou aos Países Baixos para exercer alí a súa actividade” (apartado 4).

⁹⁶ Véxase o apartado 14 e a declaración primeira da decisión. A referencia á letra b) do artigo 1 do Regulamento (CEE) número 1408/71 debe considerarse hoxe referida á letra f) do artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004. No que atinxe ao artigo 71, cómpre indicar que se refería á situación de desemprego total nos supostos de traballo fronteirizo.

33. Noutra orde de cousas, para que se considere que existe traballo fronteirizo non se esixe que a xornada laboral que realiza o traballador no Estado membro distinto ao Estado de residencia teña unha duración mínima, nin tampouco que o traballo se desenvolva todos os días laborábeis, sendo admisíbel este tipo de traballo a tempo parcial. Determinouno así no seu momento o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas no asunto *Kits van Heijningen*⁹⁷. O suposto de feito da citada sentenza foi o seguinte: o señor *Kits van Heijningen* residía en Bélxica onde traballaba e, simultaneamente, tiña un traballo a tempo parcial en Holanda, consistente en dúas horas de traballo os luns e outras dúas os sábados, como profesor nun instituto neerlandés. Tras cada xornada laboral retornaba á súa residencia en Bélxica. Despois da súa xubilación en Bélxica, continuou co seu traballo en Holanda nas mesmas condicións⁹⁸. O Alto Tribunal entende que o señor *Kits van Heijningen* pode ser considerado traballador pola actividade realizada en Holanda e, en consecuencia, traballador fronteirizo. Argumentou que “non hai nada nos termos da letra a) do artigo 1 ou do apartado 1 do artigo 2 do Regulamento 1408/71 que permita excluír do ámbito de aplicación do regulamento [a] determinadas categorías de persoas en razón do tempo que consagran ao exercicio da súa actividade”⁹⁹, polo que conclúe que está dentro do ámbito de aplicación do regulamento se reúne os requisitos dos artigos citados¹⁰⁰, e que o está tanto nos días en que exerce a actividade como durante os días en que non a exerce¹⁰¹.

34. Por outra banda, a condición de traballador fronteirizo pode continuar despregando efectos unha vez rematada a prestación laboral que deu lugar a ela. Así o estableceu o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas no asunto *Desse (Faux)*¹⁰², con respecto a unha traballadora desempregada¹⁰³.

⁹⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Sexta) do 3 de maio de 1990, asunto C-2/89. Véxase tamén a Sentenza da Gran Sala do 18 de xullo de 2007, asunto C-213/05, caso *Geven*, no que considerou traballadora fronteiriza a unha traballadora residente nun Estado membro que estaba empregada cun contrato menor —entre 3 e 14 horas semanais— noutro Estado membro e cumpría o requisito de regreso diario ou semanal do Estado membro de emprego ao Estado membro de residencia (véxase, en concreto, o apartado 15).

⁹⁸ Véxase o apartado 3 da sentenza *Kits van Heijningen*.

⁹⁹ Véxase o apartado 10 da sentenza *Kits van Heijningen*. A referencia ao Regulamento (CEE) número 1408/71 cómpre considerala hoxe efectuada ao Regulamento (CE) número 883/2004.

¹⁰⁰ Véxase o apartado 11 e a declaración 1ª da decisión da sentenza *Kits van Heijningen*.

¹⁰¹ Véxase o apartado 15 e a declaración 2ª da decisión da sentenza *Kits van Heijningen*.

¹⁰² Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 15 de outubro de 1991, asunto C-302/90.

¹⁰³ Segundo se indica no apartado 3 da sentenza, a Sra. *Desse* era unha nacional francesa residente en Francia que estivo traballando en Bélxica, como traballadora fronteiriza dende o ano 1954 até o ano 1970, no que foi despedida. Tras o seu despido percibiu, ao abeiro do Regulamento número 36/63/CEE, as prestacións de desemprego en Francia cunha única

O asunto iniciouse pola presentación por parte da *Cour du Travail* de Mons (Bélxica) dunha cuestión prexudicial na que, entre outras cousas, se preguntou ao Tribunal de Xustiza se “un traballador fronteirizo perde esta condición polo feito de atoparse en situación de desemprego total”¹⁰⁴. O Alto Tribunal, sobre a base do disposto no artigo 10 e no apartado 1 do artigo 19 do Regulamento número 36/63/CEE¹⁰⁵, respondeu que “un traballador fronteirizo en paro conserva a súa condición de traballador fronteirizo”¹⁰⁶. Neste mesmo sentido pronunciouse o Tribunal de Xustiza no asunto *Leclere Deaconescu*¹⁰⁷, ao indicar que “cando deixou de exercer a súa actividade profesional, un traballador segue tendo dereito a determinadas vantaxes adquiridas con ocasión da relación laboral”, pois “o principio de igualdade de trato esixe que poida gozar das mesmas sen estar suxeito a un requisito de residencia no territorio do Estado membro competente”¹⁰⁸. Este dereito, sen embargo, só alcanza ao goce “dos dereitos inherentes que se deriven da súa actividade laboral anterior”¹⁰⁹, pero o traballador “non pode aspirar sobre esta base a adquirir novos dereitos que non gardan relación coa súa actividade profesional anterior”¹¹⁰.

35. Finalmente cómpre salientar que a figura do traballo fronteirizo está dotada dunha grande potencialidade, o que tamén o diferencia do transfronteirizo¹¹¹. A súa potencialidade deriva da posibilidade de regreso semanal do Estado de emprego ao Estado de residencia e da ausencia do requisito de emprego e residencia en zonas fronteirizas limítrofes, así como da posibilidade, cada vez maior, de realizar desprazamentos rápidos dentro do territorio europeo por mor da mellora das infraestruturas e nos medios de locomoción. Podería, por tanto, afirmarse que calquera cidadán ao que se lle aplique o réxime comunitario —con independencia do seu lugar de

interrupción durante a que estivo a percibir prestacións de enfermidade por parte do organismo asegurador belga.

¹⁰⁴ Véxase o apartado 7 da sentenza *Desse (Faux)*.

¹⁰⁵ Do Consello, do 2 de abril de 1963, relativo á Seguridade Social dos traballadores fronteirizos (DO número 62, do 20).

¹⁰⁶ Véxase o apartado 10 da sentenza *Desse (Faux)*. Baseou a súa resposta no establecido no artigo 10 e apartado 1 do artigo 19 do Regulamento número 36/63.

¹⁰⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Pleno) do 31 de maio de 2001, asunto C-43/99. Unha análise máis completa desta sentenza pode verse no Capítulo II, núms. **23, 24, 298 e 327**.

¹⁰⁸ Véxase o apartado 58 da sentenza *Leclere Deaconescu*.

¹⁰⁹ Véxase o apartado 61 da sentenza *Leclere Deaconescu*.

¹¹⁰ Véxase o apartado 59 *in fine* da sentenza *Leclere Deaconescu*.

¹¹¹ Dos traballadores transfronteirizos afirmouse que “*no constituyen [...] una preocupación prioritaria para el legislador español en el marco de la normativa de extranjería*” (véxase RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Trabajadores fronterizos”, cit., páx. 308).

residencia dentro da UE, EEE ou Suíza¹¹² — ten posibilidade de se converter en traballador fronteirizo sen necesidade de modificar o seu lugar de residencia, e que calquera posto traballo dentro dos citados territorios que poida ser ocupado por cidadáns aos que se lles aplique o réxime comunitario, con independencia do lugar no que se atope, podería ser ocupado por un destes traballadores¹¹³.

C) Distinción de figuras afíns

36. Os traballos fronteirizo e transfronteirizo teñen trazos en común con outras figuras de traballadores nas que tampouco existe concordancia entre o Estado de residencia e o Estado de emprego. Sen embargo, tal e como se verá, as características específicas e definitorias destas figuras permiten diferencialas dos mesmos. Son as persoas desprazadas no marco dunha prestación de servizo transnacional, os traballadores de temporada e, por último, un conxunto de supostos regulados conxuntamente dentro do Regulamento de estranxeiría.

1. Traballadores desprazados no marco dunha prestación de servizo transnacional

37. O primeiro caso a considerar é o das persoas desprazadas no marco dunha prestación de servizo transnacional. Este suposto está regulado en España pola Lei 45/1999, do 29 de novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizo transnacional¹¹⁴, publicada para dar cumprimento á obriga de incorporación ao Dereito español da Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de decembro, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos¹¹⁵. A figura tamén é contemplada pola Lei de estranxeiría, precisamente no mesmo artigo (o 43) no que se recolle a figura do traballador transfronteirizo, pero dentro do seu apartado 2. Este

¹¹² Deben incluírse os territorios dos Estados asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo e de Suíza, esta última en virtude do Acordo sobre a libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, de 1999. Débese, sen embargo, indicar, polo que respecta a Suíza, que a potencialidade da figura con respecto a este país e menor que con respecto aos Estados incluídos no EEE por mor da propia definición de traballador fronteirizo que se dá no citado Acordo.

¹¹³ Así, afirmouse que “*el espectro de posibilidades se vuelve ilimitado, comprendiendo desde el que reside en Tui y cruza todos los días el Miño para trabajar en Valença do Minho hasta el trabajador de la City londinense que gracias a los modernos medios de transporte vuela los lunes desde su hogar junto al Lago de Como para retornar el jueves*” [véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Los trabajadores fronteirizos en el Reglamento (CEE) núm 1408/71”, cit., páx. 108].

¹¹⁴ BOE número 286, do 30 de novembro. Suplemento en galego número 13, do 10 de decembro.

¹¹⁵ DO L número 18, do 21 de xaneiro de 1997.

artigo límitase a indicar que “reglamentariamente se establecerán as condicións para a autorización de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos, de acordo coa normativa vixente”. Dando cumprimento a esta previsión normativa, o Regulamento da Lei de estranxeiría, dedícalle a esta figura o capítulo o VIII do título IV, que regula os distintos supostos de residencia temporal, entre os que inclúe esta figura¹¹⁶.

38. O artigo 2 da Lei 45/1999 indica que por desprazamento no marco dunha prestación de servizos transnacional enténdese a aquel que se efectúe a España por parte dalgunha empresa incluída dentro do ámbito de aplicación da lei¹¹⁷, e por un período limitado de tempo, en calquera dos seguintes supostos: 1) “desprazamento dun traballador por conta e baixo a dirección da súa empresa en execución dun contrato subscrito entre esta e o destinatario da prestación de servizos, que estea establecido ou que exerza a súa actividade en España”¹¹⁸; 2) “desprazamento dun traballador a un

¹¹⁶ Para unha análise exhaustiva desta figura, véxase GÁRATE CASTRO, J., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicio transnacional*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012). Do mesmo autor véxase: “Desplazamientos transnacionales de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 97 (2012); “Autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (1)”, *Actualidad laboral*, número 7 (2009); GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores: (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Thomson Aranzadi (Cizur menor [Navarra], 2011); GÁRATE CASTRO, J., “Dos aspectos de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios”, en ARIETA MARTÍNEZ, M. e SEMPERE NAVARRO, A. (Directores), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum (Murcia, 2009). Véxase tamén CASAS BAHAMONDE, M.E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas (Madrid, 2001); MANEIRO VÁZQUEZ, Y. e MIRANDA BOTO, J.M., “La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum (Murcia, 2010), páxs. 225 a 234; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. e MADAMÉ MARTÍN, A., “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2007), páx. 13 a 58; FERREIRO REGUEIRO, C., “Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Rüffert (STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05)”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi-Thomson Reuters (Cizur menor [Navarra], 2011), páxs. 143 a 159; e FERREIRO REGUEIRO, C., “Reflexión sobre la obligación de informar en los desplazamientos transnacionales”, *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago*, volume 15, número 2 (2006), páxs. 163 a 171.

¹¹⁷ Tal e como se especifica no artigo 1.2 da lei, esta será de aplicación “ás empresas establecidas nun Estado membro da Unión Europea ou nun Estado signatario do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo que despracen temporalmente os seus traballadores a España no marco dunha prestación de servizos transnacional, con exclusión das empresas da mariña mercante respecto do seu persoal navegante”. Segundo se determina no seu artigo 1.3 “non será de aplicación para os desprazamentos realizados con motivo do desenvolvemento de actividades formativas que non respondan a unha prestación de servizos de carácter transnacional”.

¹¹⁸ Véxase a letra a) da alínea 1ª do apartado 1 do artigo 2.

centro de traballo da propia empresa ou doutra empresa do grupo do que forme parte”¹¹⁹ ; e 3) “desprazamento dun traballador por parte dunha empresa de traballo temporal para a súa posta a disposición dunha empresa usuaria que estea establecida ou que exerza a súa actividade en España”¹²⁰.

39. E define traballador desprazado coma “o traballador, calquera que sexa a súa nacionalidade, das empresas incluídas no ámbito de aplicación desta lei desprazado a España durante un período limitado de tempo no marco dunha prestación de servizos transnacional, sempre que exista unha relación laboral entre tales empresas e o traballador durante o período de desprazamento”¹²¹.

40. Nos tres supostos contemplados existe unha relación laboral no Estado de residencia entre o traballador e a súa empresa, no medio da cal o traballador é desprazado a España para realizar unha prestación de servizos. O desprazamento cómpre que teña carácter temporal. Segundo establece o apartado 6 do artigo 3 da citada lei, “a duración do desprazamento calcularase nun período de referencia dun ano contado desde o seu comezo, incluíndo, se é o caso, a duración do desprazamento doutro traballador desprazado anteriormente ao que se substituíse”. Durante o período en que dure o desprazamento temporal é indiferente se o traballador regresa ou non con carácter periódico ao seu domicilio no Estado de residencia.

41. A similitude da figura cos traballos fronteirizo e transfronteirizo radica na ausencia de coincidencia entre o Estado de emprego e o Estado de residencia. As diferenzas entre elas son, sen embargo, evidentes e non permiten a confusión. Os traballadores fronteirizo e transfronteirizo teñen o seu posto de traballo nun Estado diferente ao da súa residencia, mentres que o traballador desprazado ou ben ten o seu posto de traballo no Estado de residencia e é enviado pola súa empresa a realizar unha prestación laboral a España¹²², ou ben é contratado por unha empresa de traballo temporal para poñelo a disposición dunha empresa usuaria en España. Outro elemento que diferencia as figuras é o carácter necesariamente temporal do desprazamento transnacional, que non é preciso no caso dos

¹¹⁹ Véxase a letra b) da alínea 1ª do apartado 1 do artigo 2. Especificase de seguido que entende por grupo de empresas “o formado por unha empresa que exerce o control e as empresas controladas nos termos do artigo 4 da Lei 10/1997, do 24 de abril, sobre dereitos de información e consulta dos traballadores nas empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

¹²⁰ Véxase a letra c) da alínea 1ª do apartado 1 do artigo 2.

¹²¹ Véxase a alínea 2ª do apartado 1 do artigo 2.

¹²² Esa prestación pode ser a realización dun servizo a un cliente desa empresa que estea establecido en España, ou a realización dun traballo noutra empresa do grupo de empresas da que forme parte.

traballo fronteirizo transfronteirizo. Tamén é relevante o feito de que ao traballador desprazado non se lle esixe o regreso con carácter periódico do Estado no que presta os seus servizos ao Estado de residencia. Por último, debe terse en conta que o traballo fronteirizo é un fenómeno principalmente vinculado coa libre circulación de traballadores, mentres que o desprazamento temporal, tal e como se puxo de relevo, “*es un desplazamiento perteneciente al ámbito de la libre prestación de servicios, distinto y, por tanto, no confundible con el propio de la libre circulación de trabajadores*”¹²³.

42. Nada impedía que houbo desprazamentos temporais no caso de traballadores fronteirizos, e así o derogado Regulamento (CEE) 1408/71 contemplaba unha especificidade para o suposto de que un traballador con esta condición fose desprazado temporalmente pola súa empresa. Determinaba que “o traballador fronteirizo que estea destacado pola empresa da que depende normalmente, ou que preste os seus servizos no territorio do mesmo Estado membro ou doutro Estado membro, conservará a condición de traballador fronteirizo durante un tempo que non excederá de catro meses, mesmo cando durante a súa estada como destacado non poida regresar cada día ou polo menos unha vez por semana, ao lugar de residencia”¹²⁴. Con todo, esta especificidade desapareceu no Regulamento (CE) 883/2004.

2. Traballo de temporada

43. O segundo caso a considerar é o do traballador de temporada. Este suposto está previsto na normativa interna española no artigo 42 da Lei orgánica 4/2000¹²⁵, onde se determina que “o Goberno regulará regulamentariamente o permiso de traballo para os traballadores estranxeiros en actividades de temporada ou campaña que lles permita a entrada e saída do territorio nacional de acordo coas características das citadas campañas e a información que lle subministren as comunidades

¹²³ Véxase GÁRATE CASTRO, J., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, cit., páx. 17.

¹²⁴ Véxase a letra b) do artigo 1.

¹²⁵ Na redacción orixinal da LO 4/2000 os traballadores de temporada eran regulados no artigo 41, que tiña o seguinte teor literal: “1. O Goberno regulará regulamentariamente o permiso de traballo para os traballadores estranxeiros en actividades de temporada ou campaña que lles permita a entrada e saída do territorio nacional de acordo coas características das citadas campañas”. “2. As administracións públicas velarán para que os traballadores de temporada sexan aloxados en vivendas con condicións de dignidade e hixiene adecuadas e promoverán a asistencia dos servizos sociais adecuados para organizar a súa atención social durante a temporada ou campaña para a que se lles conceda o permiso de traballo”.

autónomas onde se promovan”¹²⁶. A regulación deste permiso atópase no Regulamento da Lei de estranxeiría, dentro do capítulo VI do título IV. O capítulo en cuestión está dedicado aos supostos de residencia temporal e traballo por conta allea de duración determinada. O artigo 98 do mesmo contempla o traballo de temporada ou campaña coma un dos supostos que permiten a concesión deste tipo de autorizacións¹²⁷. Este precepto, ademais, declara que a duración da autorización será coincidente coa do contrato ou os contratos de traballo, cun límite de nove meses, dentro dun período de referencia de doce meses consecutivos¹²⁸.

44. A emigración de temporada foi recoñecida polo Dereito migratorio español desde a Lei de Ordenación da Emigración de 1962¹²⁹, que a definía como “a que se limita ao período de duración dun labor agrícola ou dun traballo estacional que non exceda de seis meses consecutivos”¹³⁰. A Lei de emigración de 1971¹³¹ tamén a contemplaba, definíndoa na letra c) do seu artigo 2 como a que “ven determinada polo exercicio de actividades cíclicas ou estacionais”.

45. Os traballos fronteirizo e transfronteirizo e o de temporada teñen en común a inexistencia de concordancia entre o Estado de residencia e o de traballo e, polo tanto, a necesidade de desprazamento desde o Estado de residencia ao de traballo por razón de emprego. Pero, a diferenza do que acontece cos primeiros, no traballo de temporada concédese un permiso de residencia temporal en España¹³², que evita a necesidade de desprazamento periódico por razóns de emprego entre o Estado de residencia e o de traballo. Outro trazo que os diferencia é a natureza necesariamente temporal do traballo de temporada, normalmente vinculado a actividades agrícolas ou estacionais, que non se dá nos traballos fronteirizo e transfronteirizo¹³³. Tampouco se esixe no traballo de temporada a residencia e o traballo en zonas fronteirizas de ambos Estados, que si se esixe, concretamente, no traballo transfronteirizo.

¹²⁶ Redacción dada ao artigo na LO 8/2000.

¹²⁷ Véxase o apartado 2 do artigo.

¹²⁸ Véxase o apartado 3 do artigo.

¹²⁹ Aprobada por Decreto 1000/62, do 3 de maio, polo que se aproba a Lei de Ordenación da Emigración (BOE número 116, do 15 de maio).

¹³⁰ Véxase o apartado 2 do artigo 2.

¹³¹ Lei 33/71, do 21 de xullo, de emigración (BOE número 175, do 23 de xullo).

¹³² A duración do permiso é coincidente coa duración do contrato de traballo e ten un límite máximo de nove meses, segundo establece o artigo 98.3.a) do Regulamento de estranxeiría.

¹³³ Así viña definido nas Leis de emigración de 1962 e 1971.

3. Outros supostos

46. Existen outros supostos regulados pola normativa española de estranxeiría nos que non existe concordancia entre o Estado de residencia e o Estado de traballo. En concreto, o artigo 98 do Regulamento de estranxeiría contempla, ademais do traballo de temporada ou campaña que acaba de ser tratado, tres tipos de actividades para as que é posíbel a concesión de autorización de residencia temporal, que son as seguintes: 1) actividades de obras ou servizos para a montaxe de plantas industriais ou eléctricas, construción de infraestruturas, edificacións e redes de subministración eléctrica, telefónica, de gas ou de ferrocarrís, instalación e mantemento de equipamentos produtivos, así como a súa posta en marcha e reparacións; 2) actividades de carácter temporal realizadas por persoal de alta dirección, deportistas profesionais, artistas, así como outros colectivos que se determinen por orde ministerial e; 3) actividades de formación e realización de prácticas profesionais.

47. Nos tres casos a duración da autorización de residencia temporal e traballo coincidirá coa do contrato de traballo ou, naqueles casos nos que pola natureza do traballo a desenvolver non se establece unha vixencia, coincidirá coa duración da actividade debidamente acreditada, aínda que, en calquera caso, a duración da autorización terá un límite máximo de doce meses, sen posibilidade de prórroga¹³⁴. Nestes tres supostos, por tanto, está prevista a concesión dunha autorización de residencia temporal en España que evita a necesidade de regreso periódico ao Estado de residencia durante a vixencia do contrato de traballo. Esta circunstancia constitúe un trazo que diferencia estes supostos dos traballos fronteirizo e transfronteirizo. Outro trazo que os diferencia é a natureza necesariamente temporal dos mesmos. Por último, un terceiro elemento que os diferencia, en concreto, do traballo transfronteirizo é que para ningún dos tres supostos aos que se está a facer referencia se esixe que o lugar de residencia do traballador é o lugar de emprego en España estean situados en zonas fronteirizas limítrofes do Estado de residencia e emprego, circunstancia que, como se veu máis arriba, si se esixe para os supostos de traballo transfronteirizo.

¹³⁴ Porén, a prórroga poderá ser concedida, con carácter excepcional, cando existan causas sobrevidas que xustifiquen a necesidade de continuar a relación laboral, sempre que a mesma non sexa contraria á normativa laboral de aplicación [véxase a letra b) do apartado 3 do artigo 98 do Regulamento de estranxeiría].

II. No traballo fronteirizo en sentido estrito

A) Fontes normativas

48. A regulación legal en España do traballo fronteirizo debe procurarse principalmente en normas procedentes da Unión Europea, existindo na actualidade unha única referencia nunha norma de orixe interna. Cómpre tamén facer tamén referencia aos convenios internacionais ratificados por España que inclúen referencias a “traballadores fronteirizos” que por ámbito de aplicación afectan tamén aos supostos de traballo fronteirizo en sentido estrito. Son o Convenio número 157 da Organización Internacional do Traballo, relativo ao establecemento dun sistema internacional para a conservación dos dereitos en materia de Seguridade Social¹³⁵ e o Acordo Europeo de Seguridade Social¹³⁶. Porén, a importancia práctica destas dúas últimas normas na regulación do traballo fronteirizo non é tan relevante coma o propio Dereito da Unión, dado que regulan con carácter máis xenérico o fenómeno que as propias normas da Unión, ás que se fará referencia de seguido. En calquera caso, non se aprecian problemas de contradición entre unhas e outras¹³⁷.

1. Da Unión Europea

49. Non se atopa en ningunha norma do Dereito orixinario ou primario da Unión Europea (Tratados constitutivos e Tratados de adhesión) referencia algunha ao fenómeno do traballo fronteirizo, sendo preciso acudir a normas do Dereito derivado (regulamentos, directivas, decisións, recomendacións e ditames)¹³⁸ para atopalas, constituíndo un marco que pode ser considerado como deficitario¹³⁹. Dentro destas normas de Dereito derivado, cómpre

¹³⁵ Foi adoptado en Xenebra, na 68ª reunión OIT (21 de xuño de 1982). España ratificouno o 11 de setembro de 1985. Entrou en vigor o 11 de setembro de 1986.

¹³⁶ Véxase *supra*, núm. 4.

¹³⁷ Téñase en conta que, en principio, tras a entrada de España nas Comunidades Europeas quedaron sen efecto os convenios en materia de Seguridade Social que tiña subscritos cos outros Estados integrantes das mesmas, agás naqueles aspectos en que estes fosen máis beneficiosos para os interesados. Véxase, sobre esta cuestión, MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Alcance de la derogación por el Derecho Comunitario de los Convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la CEE”, *Actualidad Laboral*, número 3, (1989), páxs. 577 a 582.

¹³⁸ Véxase o artigo 288 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Sobre o impacto das Recomendacións da Unión Europea no Dereito interno dos Estados membros en materia de emprego véxase ARUFE VARELA, A., “El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la «Reforma Biagi»”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 10 (2006), pág. 63.

¹³⁹ Véxase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión

acudir a tres importantes regulamentos comunitarios, un deles no que atinxe ás condicións de acceso ao emprego e ao emprego, e os outros dous, no referido ao ámbito da coordinación en materia de Seguridade Social.

50. A primeira norma que se debe traer a colación é o Regulamento (UE) número 492/2011 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de abril de 2011, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Unión¹⁴⁰. Foi ditado ao abeiro do previsto no artigo 46 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, que establece que “o Parlamento Europeo e o Consello conforme ao procedemento lexislativo ordinario e logo de consulta ao Comité Económico e Social, adoptarán, mediante directivas ou regulamentos, as medidas necesarias co fin de facer efectiva a libre circulación de traballadores”, e desenvolve o dereito á libre circulación de traballadores consagrado no apartado 1 do artigo 45 do citado Tratado.

51. Ten a ambiciosa pretensión de asegurar o dereito á libre circulación de traballadores dentro da Unión, o que implica a abolición de toda discriminación entre os traballadores dos Estados membros por razón de nacionalidade no que atinxe ás cuestións de emprego, retribución e demais condicións de traballo¹⁴¹. O dereito á libre circulación de traballadores, cualificado como fundamental na normativa da Unión Europea¹⁴², beneficia tamén aos traballadores e traballadoras fronteirizos, como se verá máis adiante¹⁴³, malia que o Regulamento só se refira a eles unha vez ao longo do seu texto; ocasión que, nin sequera, é dentro do seu articulado. A pesar

Europea y su impacto en el Derecho Interno de los estados miembros”, cit., pág. 59, así como as Resolucións do Parlamento Europeo que alí se citan.

¹⁴⁰ DO L número 141, do 27 de maio. Esta norma substitúe, ao Regulamento (CEE) número 1612/68 do Consello do 15 de outubro de 1968 relativo á libre circulación dos traballadores dentro da Comunidade (DO L número 257, do 19 de outubro de 1968) que á súa vez substituíra ao Regulamento 38/64/CEE do Consello, do 25 de marzo de 1964, relativo á libre circulación dos traballadores dentro da Comunidade. O considerando primeiro do actual Regulamento xustifica a necesidade de publicar un novo texto indicando que “o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 [...] foi modificado en diversas ocasións e de xeito substancial” e que “convén en aras dunha maior racionalidade e claridade, proceder á codificación de dito Regulamento”. Malia o dito, o certo é que o Regulamento de 1968, nos seus máis de corenta anos de vixencia foi modificado unicamente en tres ocasións: a primeira, por medio do Regulamento (CEE) número 312/76 do Consello do 9 de febreiro de 1976 (DO L número 39, do 14 de febreiro de 1976); a segunda, por medio do Regulamento (CEE) número 2434/92 do Consello do 27 de xullo de 1992 (DO L número 245, do 2 de agosto de 1992); e a terceira, por medio da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 29 de abril de 2004 (DO L número 229, do 29 de xuño de 2004). A súa substitución foi considerada coma un arranxo meramente cosmético [así, no propio título do artigo, véxase MIRANDA BOTO, J.M., “El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* número 26, (2011)].

¹⁴¹ Así se indica no considerando primeiro do Regulamento.

¹⁴² Véxase o considerando terceiro do Regulamento.

¹⁴³ Véxase *infra*, Capítulo II, núm. 3 e ss.

disto, este regulamento da Unión debe considerarse dunha relevancia de primeirísimo nivel na regulación das condicións de emprego a aplicar nos supostos de traballo fronteirizo.

52. Outra importante norma de Dereito derivado reguladora do traballo fronteirizo é o Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, do 29 abril de 2004, sobre coordinación dos sistemas de Seguridade Social¹⁴⁴. Ditouse para substituír o Regulamento (CEE) número 1408/71 do Consello, do 14 de xullo de 1971, relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se desprazan dentro da Comunidade, que sufriu até vinte e cinco modificacións ao longo dos case trinta e nove anos de vixencia e aplicación¹⁴⁵, o que fan del o acto do acervo social comunitario que coñeceu máis modificacións¹⁴⁶. Cómpre salientar que até cinco delas foron realizadas despois de ser derogado polo Regulamento (CE) número 883/2004, feito este que constitúe un procedemento lexislativo como mínimo pouco ortodoxo¹⁴⁷. A finalidade do novo regulamento non é outra que a de modernizar e simplificar as normas de coordinación dos sistemas

¹⁴⁴ DO L número 166, do 30 de abril de 2004 e rectificación no DO L número 200, do 7 de xuño de 2004.

¹⁴⁵ Lamentablemente, tal e como denunciou a doutrina, na redacción do novo Regulamento non se aproveitou para incluír expresamente dentro do mesmo, o principio de automaticidade das prestacións, o que constitúe probabelmente unha das súas eivas máis salientábeis. Sobre esta cuestión, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., “El Derecho de la Unión Europea y el principio de automaticidad de las prestaciones”, *Actualidad Laboral*, número 3, (2009), páxs. 285 a 291.

¹⁴⁶ Véxase MIRANDA BOTO, J.M., “La competencia comunitaria en materia de Seguridad Social”, *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011), pág. 9.

¹⁴⁷ A finalidade declarada desa obsesión modificadora non foi outra que a de “reflexionar a evolución experimentada no nivel comunitario, incluídas as sentenzas do Tribunal de Xustiza, e os cambios producidos nas lexislacións nacionais” [véxase o considerando terceiro do Regulamento (CE) número 883/2004]. O certo é que as múltiples modificacións ás que foi sometido fixeron del un texto sumamente extenso e dunha complexidade que dificultaba a súa comprensión. Non en van díxose ironicamente del que “*nadie que en su sano juicio haya leído el Reglamento 1408/71 sin preparación previa o asistencia paliativa, puede mostrarse indiferente ante el reto cognoscitivo que presenta este instrumento*”, engadíndose que “*adjetivos como recóndito, impenetrable, misterioso y enigmático son adjetivos calificativos inseparables del propio Reglamento*” e que “*si a ésto añadimos que el Reglamento de aplicación, 574/72 exige la introducción de códigos y claves secretos de acceso para su lectura (su comprensión está fuera del alcance de la mente humana), podemos parafrasear el famoso bolero, diciendo «cómo se puede querer dos Reglamentos a la vez y no estar loco», aunque realmente con un único Reglamento podría ser suficiente para ser diagnosticado de neurastenia irreversible*” [véxase GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBRED, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Serie Seguridad Social, número 64 (2006), pág. 51].

de Seguridade Social na Unión Europea¹⁴⁸, téndose indicado que no novo regulamento “*lo que permanece es más importante que lo que cambia*”¹⁴⁹.

53. O Regulamento (CE) número 883/2004 entrou en vigor o 20 de maio de 2004, data na que se cumpriron os vinte días da súa publicación no Diario Oficial da Unión Europea, tal e como determina o seu artigo 91. Sen embargo demorou a súa aplicación até o día 1 de maio de 2010, data de entrada en vigor do seu Regulamento de aplicación¹⁵⁰. Pasou, polo tanto, case seis anos nunha peculiar situación, unha especie de limbo legal, de vixencia formal pero non aplicabilidade. Situación oposta á que se atopou durante ese mesmo tempo o Regulamento (CEE) número 1408/71, formalmente derogado desde o día 20 de maio de 2004, pero aplicábel até o 30 de abril de 2010¹⁵¹.

54. Na actualidade o Regulamento consta de corenta e oito considerandos e noventa e catro artigos repartidos en seis títulos, dos que resultan relevantes para a regulación do traballo fronteirizo unicamente os tres primeiros denominados: “disposicións xerais” (artigos 1 ao 10), “determinación da lexislación aplicábel” (artigos 11 ao 16) e “determinacións particulares para

¹⁴⁸ Considerando terceiro.

¹⁴⁹ Véxase DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social Europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, cit., páx. 19. Neste mesmo sentido véxase tamén FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 89 (2010), onde indica “*en lo esencial, no puede decirse que sufriera profundas modificaciones el Reglamento (CE) 883/2004, con respecto a su antecesor*” (páx. 98).

¹⁵⁰ Regulamento (CE) número 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de abril de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004, sobre coordinación dos sistemas de Seguridade Social, publicado no DO L número 284, do 30 de outubro de 2009.

¹⁵¹ O Regulamento (CE) número 883/2004 foi modificado até a actualidade en cinco ocasións, dúas das cales afectaron directamente á regulación do traballo fronteirizo. A primeira destas dúas foi por medio do Regulamento (CE) número 988/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de setembro de 2009, polo que se modifica o Regulamento (CE) 883/2004, sobre coordinación dos sistemas de Seguridade Social, e se determinan o contido dos seus anexos (DO L número 284, do 30 de outubro de 2009). A segunda delas foi por medio do Regulamento (UE) número 465/2012 do Parlamento Europeo e do Consello, do 22 de maio de 2012, polo que se modifican o Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, sobre a coordinación dos sistemas de Seguridade Social, e o Regulamento (CE) número 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004 (DO L número 149, do 8 de xuño de 2012). A primeira supuxo a incorporación de dous novos considerandos, o 17 *bis* e o 18 *bis*, a creación dun novo artigo (o 68 *bis*) e dotou de contido tres anexos, o II, o X e o XI. Ademais foron modificados trece artigos (1, 3, 14, 15, 18, 28, 36, 51, 52, 56, 57, 62 [no que se eliminou a expresión *traballadores fronteirizos*] e 87) e sete anexos (I, III, IV, VI, VII, VIII e IX). A segunda das modificacións citadas, implicou, entre outras cousas, a introdución dunha disposición especificamente referida aos traballadores fronteirizos, o artigo 65 *bis*.

as distintas categorías de prestacións” (artigos 17 ao 70). Consta tamén de once anexos, incluíndose no terceiro o listado de Estados que restrinxen dereito ás prestacións en especie para os membros das familias dun traballador fronteirizo.

55. Existe unha terceira importante norma comunitaria a considerar na regulación do traballo fronteirizo. Non é outra que o Regulamento (CE) número 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004, sobre a coordinación dos sistemas de Seguridade Social¹⁵², a cuxa entrada en vigor estaba supeditada a aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004, feito que se produciu, como xa se dixo, o primeiro de maio de 2010.

56. Este regulamento, que pode ser denominado instrumental, permite a aplicación do regulamento principal, ao que denomina “de base”¹⁵³, do mesmo xeito que o antigo Regulamento (CE) número 1408/71, dispoñía dun regulamento de aplicación, o Regulamento (CE) número 574/72, que foi precisamente derogado por este¹⁵⁴. Consta de vinte e catro considerandos e noventa e seis artigos que se reparten en cinco títulos, dos que resultan relevantes para a regulación do traballo fronteirizo o segundo e o terceiro denominados “determinación da lexislación aplicábel” (artigos 14 ao 21) e “disposicións particulares aplicábeis ás distintas categorías de prestacións” (artigos 22 ao 61)¹⁵⁵. O regulamento inclúe tamén cinco anexos¹⁵⁶.

¹⁵² DO L número 284, do 30 de outubro de 2009.

¹⁵³ Véxase artigo 1.a) do Regulamento (CE) 987/2009.

¹⁵⁴ Véxase o artigo 96 do Regulamento (CE) 987/2009. Este complexo Regulamento tiña, sen embargo —tal e como puxo de relevo a doutrina— grande utilidade (polos seus anexos) para os iuscomparatistas en materia de Seguridade Social [véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., “Tendencias unificadoras de la gestión de la seguridad social. Un análisis de derecho comparado europeo”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum Ediciones, (Murcia, 2010), páx. 331].

¹⁵⁵ Os restantes títulos denomínanse: o primeiro “disposicións xerais” (artigos 1 ao 13), o cuarto “disposicións financeiras” (artigos 62 ao 86) e o quinto “disposicións diversas, transitorias e finais” (artigos 87 ao 96).

¹⁵⁶ Este Regulamento foi modificado en tres ocasións. A primeira por medio do Regulamento (UE) número 1244/2010 da Comisión, do 9 de decembro de 2010, que modificou unicamente os anexos 1 e 2 (DO L 338, do 22 de decembro). A segunda foi por medio do Regulamento (UE) número 465/2012 do Parlamento Europeo e do Consello, do 22 de maio de 2012, que modificou os artigos 6, 14, 15, 54, 55 e 56 (DO L número 149, do 8 de xuño), e a terceira por medio do Regulamento (UE) número 1224/2012 da Comisión, de 18 de decembro de 2012, que modificou os anexos 1, 3 e 5 (DO L número 349, do 19 de decembro).

2. De orixe interna

57. Dentro da normativa de orixe interna debe consultarse para a regulación do traballo fronteirizo o Real decreto 240/2007, do 16 de febreiro, sobre entrada, libre circulación e residencia en España de cidadáns dos Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo¹⁵⁷. Esta norma contén a única referencia que se atopou sobre os traballadores fronteirizos na lexislación española de orixe interna. Substitúe ao Real decreto 178/2003, do 14 de febreiro, sobre entrada e permanencia en España de nacionais de Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo¹⁵⁸, e traspón a Directiva 2004/38/CE, do 29 de abril¹⁵⁹.

B) Fontes xurisprudenciais

58. Dentro da análise das fontes reguladoras do traballo fronteirizo non se pode ignorar o relevante papel desempeñado pola xurisprudencia, a través das sentenzas ditadas polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea nos procedementos en que se dilucidan asuntos relacionados con traballadores fronteirizos¹⁶⁰. En efecto, para a análise da figura do traballo fronteirizo a principal fonte xurisprudencial a considerar é o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, órgano que ten competencia para pronunciarse nos supostos de incumprimento do Dereito da Unión por parte dos Estados membros¹⁶¹, e tamén, “con carácter prexudicial, a petición dos órganos xurisdicionais nacionais, sobre a interpretación do Dereito da Unión”¹⁶². Unha mostra da extraordinaria relevancia que xoga a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea dentro das fontes do Dereito da Unión é o feito de que en ocasións deban elaborarse novos regulamentos, ou modificarse os existentes, coa finalidade de recoller nos mesmos a xurisprudencia establecida por el. Así se ten declarado, por exemplo, ao

¹⁵⁷ BOE número 51, do 28 de febreiro e suplemento en galego número 5, do 1 de marzo.

¹⁵⁸ BOE número 46, do 22 de febreiro de 2003 e suplemento en galego número 5, do 1 de marzo.

¹⁵⁹ Relativa ao dereito dos cidadáns da Unión e dos membros das súas familias a circularen e residiren libremente no territorio dos Estados membros, pola que se modifica o Regulamento (CEE) número 1612/68 e se derrogan as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE 3 93/96/CEE (DO L número 158, do 30 de abril de 2004, corrección de erros DO L número 229, do 29 de xuño de 2004).

¹⁶⁰ Para unha análise sobre este órgano xurisdiccional véxase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), páxs. 493 a 512.

¹⁶¹ Véxase o artigo 258 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

¹⁶² Véxase o artigo 19 do Tratado da Unión Europea. No mesmo sentido establécese no artigo 267 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

respecto do Regulamento (CE) número 883/2004 en relación co Regulamento (CEE) número 1408/71¹⁶³.

59. Sobre a temática do traballo fronteirizo, o Alto Tribunal ditou no último cuarto de século máis de medio cento de sentenzas con contido laboral e de Seguridade Social¹⁶⁴. A maior parte delas refírense a prestacións de Seguridade Social. Dentro das que abordan cuestións de Seguridade Social, o grupo máis numeroso é o que aborda cuestións relacionadas coa prestación por desemprego, que representa aproximadamente un terzo do total. O segundo grupo máis numeroso refírese aos distintos tipos de prestacións derivadas da continxencia de enfermidade, e engloba unha cuarta parte do total. Unha proporción semellante de sentenzas refírese a prestacións familiares, tales como maternidade ou crianza. Sempre dentro destas, o grupo máis pequeno está constituído por sentenzas relativas á prestacións por velez, que constitúen unha décima parte do total. Cómpre, por último, facer referencia a un conxunto de sentenzas que abordan aspectos diversos do traballo fronteirizo, tales como o alcance da figura, e dentro delas destacan as que se refíren ao fenómeno do traballo parcialmente fronteirizo, ou as referidas ao dereito que teñen este tipo de traballadores de gozar das vantaxes sociais establecidas en normas¹⁶⁵.

60. Tampouco se pode ignorar o papel dos tribunais de xustiza dos Estados membros ao aplicar o Dereito da Unión e o seu Dereito interno en asuntos relativos ao traballo fronteirizo. Polo que atinxe a España, debe considerarse a xurisprudencia como unha verdadeira fonte de coñecemento, principalísima, do traballo fronteirizo, tal e como ocorre nos restantes ámbitos do Dereito do Traballo e da Seguridade Social en España¹⁶⁶. Porén, a pesares da súa extraordinaria importancia, o certo é que a xurisprudencia interna sobre este asunto é, en realidade, moi escasa, pois unicamente alcanza aproximadamente a media ducia de sentenzas. Ademais, a maior parte delas foron ditadas por Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, en asuntos que non teñen natureza estritamente laboral e de Seguridade Social, aínda que aplican normativa

¹⁶³ Véxase o considerando terceiro do Regulamento (CE) número 883/2004.

¹⁶⁴ Malia o importante número de sentenzas ditadas sobre o traballo fronteirizo, non se atopou ningunha referida á Eurorexión Galiza-Norte de Portugal o que podería deberse á “falta de coñecemento dos dereitos por parte dos traballadores e empresas, ou mesmo do escaso grao de formalización das relación que se establecen” (véxase CABEZA PEREIRO, J., “Os traballadores fronteirizos”, cit., páxs. 23 e 24).

¹⁶⁵ Véxase *infra*, Capítulo II.

¹⁶⁶ Ao respecto tense afirmado que “*aparte de las normas laborales, la jurisprudencia laboral es también fuente y, además, principalísima de conocimiento del Derecho del Trabajo*”, [véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Netbiblo (A Coruña, 2006), pág. 24].

que afecta ao traballo fronteirizo. Atopouse unicamente unha sentenza relevante da Sala do Social dun Tribunal Superior de Xustiza¹⁶⁷, que trata sobre un subsidio por desemprego de carácter asistencial para persoas maiores de cincuenta e dous anos¹⁶⁸. En consecuencia, a escaseza de sentenzas sobre asuntos relativos ao traballo fronteirizo ditadas polos tribunais españois dálle maior relevancia, se cabe, á xurisprudencia procedente do Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

C) Normas sectoriais

61. Por último, dentro das fontes reguladoras do traballo fronteirizo, cómpre ter tamén en conta o establecido na negociación colectiva. Trátase dunha cuestión relevante porque, en ocasións, se cuestiona a aplicación ou non dun convenio a un traballador fronteirizo, o que termina abocando a un litixio xudicial. Así, por exemplo, se recoñece pola xurisprudencia o dereito que teñen os traballadores fronteirizos a gozar das vantaxes sociais que poidan vir recollidas en convenio colectivo, tal e como o puxo de manifesto o Tribunal de Xustiza da Unión Europea en variadas ocasións, resultando ilustrativa para tales efectos a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda), do 16 setembro 2004, caso Merida¹⁶⁹, relativa a unha prestación social consistente nunha axuda económica transitoria complementaria á prestación por desemprego, a aboar en virtude do Convenio colectivo sobre Seguridade Social dos traballadores por conta allea das forzas estacionadas no territorio da República Federal de Alemaña, de 1971¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Resulta sorprendente a falta de xurisprudencia ao respecto por parte do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza, de onde procede unha terceira parte das sentenzas ditadas en suplicación referidas á Seguridade Social dos traballadores migrantes [véxase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Base reguladora y preferente aplicación de los convenios bilaterales sobre los reglamentos comunitarios”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, volume 4 (abril 2011), páx. 44]. Parece que, sen embargo, en materia de emprego si existe algunha sentenza referida a traballadores fronteirizos que demandan por despido [véxase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 18, número 2 (2009), páxs. 223 a 240].

¹⁶⁸ Véxase *infra*, Capítulo II, núm. 237 e ss.

¹⁶⁹ Asunto C-400/02.

¹⁷⁰ Véxase *infra*, Capítulo II, núm. 101 e ss.

III. No traballo transfronteirizo

A) Fontes normativas

1. De orixe internacional

62. Na regulación legal do traballo transfronteirizo deben considerarse, inicialmente, os instrumentos internacionais dos que España é parte que conteñen referencias ao fenómeno, dada a supremacía dos tratados internacionais sobre as disposicións internas, que deriva do disposto no apartado 5 do artigo 5 do Código civil e, sobre todo, no apartado 1 do artigo 96 da Constitución¹⁷¹. O certo é que entre as normas internacionais das que España é parte non se atopou ningunha en materia laboral e de Seguridade Social que conteña referencia ao traballo transfronteirizo, utilizando o termo transfronteirizo. Porén, cómpre facer referencia a tres convenios internacionais que, malia utilizar a expresión traballo fronteirizo, resultan aplicábeis ao traballo transfronteirizo.

63. En primeiro lugar, debe citarse o Convenio número 157 da OIT¹⁷², sobre o establecemento dun sistema internacional para a conservación dos dereitos en materia de Seguridade Social, do ano 1982, que inclúe expresamente aos traballadores fronteirizos dentro do seu ámbito de aplicación. As referencias que fai o convenio ao traballo fronteirizo deben entenderse aplicábeis a todos os supostos de traballo fronteirizo. Isto en España afecta tanto aos traballadores fronteirizos en sentido estrito como aos transfronteirizos¹⁷³.

64. En segundo lugar, debe facerse referencia ao Acordo Europeo de Seguridade Social e o Acordo complementario, do 14 de decembro de 1972¹⁷⁴. Tal e como se indicou máis arriba¹⁷⁵, o único Estado fronteirizo con España que ratificou este tratado foi Portugal, polo que os únicos

¹⁷¹ Véxase PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 13ª edición, Tecnos (Madrid, 2009), páx. 177. Outros autores aluden a “la superioridad de estas normas sobre el derecho interno”, véxase GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. e SÁEZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª edición revisada, Thomson Civitas, (Cizur Menor [Navarra], 2008), páx. 344.

¹⁷² Ratificado por España o 11 de setembro de 1985 (Instrumento de ratificación no BOE número 271, do 12 de novembro de 1985).

¹⁷³ A letra b) do apartado 3 do artigo 4 do Convenio establecía como persoas protexidas “aos traballadores asalariados, incluídos, dado o caso, os traballadores fronteirizos e de temporada” nacionais dalgún Estado membro da Organización Internacional do Traballo.

¹⁷⁴ Ratificado por España por medio de Instrumento de ratificación de data 10 de xaneiro de 1986 (BOE número 271, do 12 de novembro).

¹⁷⁵ Véxase *supra*, núm. 4.

traballadores transfronteirizos aos que resulta de aplicación son os procedentes dese país aos que non lles resulte de aplicación o réxime comunitario¹⁷⁶.

65. O terceiro dos convenios que conteñen referencias ao fenómeno do traballo transfronteirizo —aínda que o denomine fronteirizo— é o Convenio entre o Reino de España, a República Francesa e o Principado de Andorra, relativo á entrada, circulación, residencia e establecemento dos seus nacionais, feito *ad referendum* en Bruxelas o 4 de decembro de 2000¹⁷⁷, ao que xa se aludiu máis arriba¹⁷⁸. Esta norma regula, entre outras cuestións, aspectos relacionados co acceso ao emprego e as condicións de traballo. Cómpre precisar que este tratado se limita a regular as relacións bilaterais entre Andorra e Francia e entre Andorra e España; en ningún caso afecta á situación dos cidadáns españois en Francia nin a dos cidadáns franceses en España¹⁷⁹.

66. Por último, débese facer referencia aos convenios en materia de Seguridade Social acordados por España tanto con Andorra coma con Marrocos. Ningún dos actuais convenios subscritos cos citados países sobre esta materia conteñen referencia algunha ao traballo transfronteirizo. Esta circunstancia non impide que resulten igualmente de aplicación para esta tipoloxía de traballadores, pero esixe a interpretación das súas disposicións á luz do fenómeno, tal e como se verá no seu momento¹⁸⁰.

67. Con respecto a Andorra deben terse en contra dous instrumentos, que son o Convenio de Seguridade Social entre o Reino de España e o Principado de Andorra, feito en Andorra la Vella o 9 de novembro de 2001, e o Convenio Administrativo para a aplicación do anterior, da mesma data¹⁸¹. Ningún dos dous menciona expresamente o traballo transfronteirizo, aínda que o título terceiro do Convenio parece conter unha referencia implícita ao mesmo. Esta situación contrasta coa regulación do

¹⁷⁶ O feito de que o réxime comunitario se aplique tamén, en virtude do Regulamento (UE) número 1231/2010, aos traballadores de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non lles resultase aplicábel, limita a aplicación do Acordo a supostos excepcionais.

¹⁷⁷ BOE número 153, do 27 de xuño de 2003 e corrección de erros no BOE número 224, do 18 de setembro de 2003.

¹⁷⁸ Véxase *supra*, núm. 5.

¹⁷⁹ Consta unicamente de dezaseis artigos e refírese en dous deles expresamente aos traballadores fronteirizos, pero as dúas veces faino para excluílos do disposto nos mesmos. *A contrario sensu*, deberá entenderse que as restantes disposicións poderán resultar de aplicación aos traballadores transfronteirizos.

¹⁸⁰ Véxase *infra*, Capítulo III, núm. 65 e ss.

¹⁸¹ BOE número 290, do 4 de decembro de 2002.

anterior convenio de 1978, que foi derogado polo actual, que lle dedicaba un título completo¹⁸². En todo caso, ambos instrumentos, Convenio e Acordo Administrativo, resultan de aplicación ao traballo transfronteirizo e deberán ser interpretados, para estes efectos, á luz do citado fenómeno migratorio.

68. No que atinxe a Marrocos, cómpre facer referencia tamén a dous instrumentos internacionais, que son o Convenio sobre Seguridade Social entre España e o Reino de Marrocos, do 8 de novembro de 1979¹⁸³, e o Acordo Administrativo do 8 de febreiro de 1984 para a aplicación do Convenio sobre Seguridade Social entre España e o Reino de Marrocos¹⁸⁴. Tampouco nestes textos aparece referencia algunha ao fenómeno do traballo transfronteirizo. Elo non impide, coma no caso dos instrumentos de Seguridade Social con Andorra aos que se acaba de facer referencia, que sexan aplicados ao fenómeno do traballo transfronteirizo e que, tamén aquí, deban ser interpretados á luz do mesmo¹⁸⁵.

2. De orixe interna

69. Dentro da lexislación de orixe interna existe unha pluralidade de normas, de distinto rango e relevancia, que regulan o traballo transfronteirizo. Tal e como se indicou máis arriba¹⁸⁶, non se atopou ningunha de natureza estritamente laboral, aínda que si algunhas de rango menor en materia de Seguridade Social. As normas máis relevantes son de natureza administrativa, o que non evita que deban ser consideradas na análise das condicións de emprego e de Seguridade Social desta categoría de traballadores, como se verá no seu momento¹⁸⁷.

¹⁸² En efecto, o convenio anterior dedicáballe o título cuarto, que se denominaba precisamente “disposicións especiais para traballadores fronteirizos” (artigos 25 ao 29). Con todo, trátase dun título que aínda pode resultar de aplicación na medida en que a disposición derogatoria do convenio de 2001 (artigo 46.3) establece a garantía dos dereitos adquiridos ao abeiro do mesmo.

¹⁸³ BOE número 245, do 13 de novembro de 1982. Este Convenio foi modificado por medio do Protocolo Adicional ao Convenio, do 27 de xaneiro de 1998 (BOE número 282, do 24 de novembro de 2001).

¹⁸⁴ BOE número 138, do 10 de xuño de 1985.

¹⁸⁵ Toda esta normativa debe aplicarse respectando o disposto no Regulamento (CEE) número 2211/1978, do Consello, do 26 de setembro de 1978, polo que se celebra o Acordo de Cooperación entre a Comunidade Económica Europea e o Reino de Marrocos (DO L número 264, do 27 de setembro de 1978), que establece, como principio xeral, a equiparación entre os traballadores marroquís e os nacionais de Estados membros da Unión Europea, admitindo, iso si, excepcións ao mesmo (véxase o artigo 41).

¹⁸⁶ Véxase *supra*, núm. 1.

¹⁸⁷ Véxase *infra*, Capítulo III, núm. 69 e ss.

70. A primeira norma a considerar, tanto por rango como por relevancia, é a Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social¹⁸⁸. Esta norma foi modificada en nove ocasións, ao longo dos máis de dez anos da súa vixencia, pero só dúas delas afectaron especificamente á regulación do traballo transfronteirizo¹⁸⁹. A primeira destas levouse a cabo antes de que se cumprira un ano da súa publicación, por medio da Lei orgánica 8/2000, de 22 decembro de reforma da Lei orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social¹⁹⁰, e afectou á propia definición de traballo transfronteirizo. A outra foi por medio da Lei orgánica 2/2009, do 11 de decembro, de reforma da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social¹⁹¹, que trae causa da necesidade de incorporar á mesma a xurisprudencia do Tribunal Constitucional e as directivas europeas sobre inmigración que estaban pendentes de trasposición, así como a necesidade de adaptala á nova realidade migratoria en España¹⁹².

71. A segunda norma á que cómpre facer referencia, por rango e relevancia, é precisamente o Regulamento da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, que foi aprobado por medio do Real decreto 557/2011, do 20 de abril de 2011¹⁹³. A publicación deste novo regulamento, que substitúe ao anterior, aprobado por medio de Real decreto 2393/2004¹⁹⁴, xustifícase

¹⁸⁸ BOE número 10, do 12 de xaneiro, e corrección de erros no BOE número 20, do 24 de xaneiro. Suplemento en galego número 3, do 9 de febreiro.

¹⁸⁹ A segunda modificación foi operada por medio da Lei orgánica 11/2003, do 29 de setembro, de medidas concretas en materia de seguridade cidadá, violencia doméstica e integración social dos estranxeiros (BOE número 234, do 30 e suplemento en galego número 12, do 1 de outubro). A terceira ocasión modificouse por medio da Lei orgánica 14/2003, do 20 de novembro, de reforma da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, modificada pola Lei orgánica 8/2000, do 22 de decembro; da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local; Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, e da Lei 3/1991, do 10 de xaneiro, de competencia desleal (BOE número 279, do 21 e suplemento en galego número 14, do 24). Malia a súa importancia non afectaron á regulación do traballo transfronteirizo. As restantes modificacións foron de menor relevancia.

¹⁹⁰ BOE número 307, do 23 de decembro e suplemento en galego número 1, do 15 de xaneiro de 2001. Para unha análise desta norma, véxase CEINOS SUÁREZ, A., “Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 20 (2008).

¹⁹¹ BOE número 299, do 12 de decembro e suplemento galego da mesma data.

¹⁹² Así o indica no apartado IV do preámbulo.

¹⁹³ BOE número 103, do 30 de abril, e corrección de erros, BOE número 145, do 18 de xuño.

¹⁹⁴ BOE número 6, do 7 de xaneiro de 2005 e suplemento en galego número 2, do 1 de febreiro de 2005.

pola necesidade de adaptar o mesmo ás modificacións operadas na Lei orgánica 4/2000 por medio da Lei orgánica 2/2009, que reformou a anterior¹⁹⁵. Fai referencia ao traballo transfronteirizo na propia exposición de motivos, na que se indica que o regulamento “mellora a redacción dos traballadores transfronteirizos, detallando os requisitos que deberán cumprirse para a obtención da pertinente autorización”. Dentro do articulado todas as referencias ao fenómeno figuran dentro do título X, que os regula, composto unicamente por tres artigos¹⁹⁶. Pode considerarse que esta norma contén o groso da regulación do traballo transfronteirizo en España, tanto no que atinxe ao acceso ao emprego e ás condicións de traballo, coma no referido aos dereitos á Seguridade Social, tal e como se verá no seu momento¹⁹⁷.

72. Ademais das dúas importantes normas citadas, débese ter presente outra normativa de menor rango normativo e relevancia na regulación legal do traballo transfronteirizo. É o caso da Orde PRE/1282/2007, do 10 de maio, sobre medios económicos cuxa disposición han acreditar os estranxeiros para poder efectuar a súa entrada en España¹⁹⁸, e da Orde do Ministerio do Interior do 7 febreiro 1997 pola que se regula a tarxeta de estranxeiro¹⁹⁹. Incluso poden atoparse referencias ao traballo transfronteirizo en normas de menor rango²⁰⁰ tales como a Resolución do 20 de febreiro de 1998, da Secretaría Xeral Técnica, pola que se ordena a publicación da Circular conxunta das Direccións xerais de Ordenación das Migracións e da Tesourería Xeral da Seguridade Social sobre afiliación, altas, baixas,

¹⁹⁵ Esta necesidade ven explicitada no propio título do Real decreto que fai, precisamente, referencia á reforma operada na Lei orgánica 4/2000 pola Lei orgánica 2/2009.

¹⁹⁶ Son o número 182, titulado “definición”; o 183, titulado “ámbito de aplicación, requisitos e procedemento”; e 184, titulado “efectos da autorización de traballo para traballadores transfronteirizos”.

¹⁹⁷ Véxase *infra*, Capítulo III.

¹⁹⁸ BOE número 113, do 11 de maio. Exclúeos da necesidade de acreditar recursos económicos para efectuar a entrada en España [véxase a letra a) do artigo 3].

¹⁹⁹ BOE número 40, do 15 de febreiro. Esta Orde foi modificada pola Orde INT/2058/2008, do 14 de xullo, pola que se modifica a Orde do Ministerio do Interior do 7 de febreiro de 1997, pola que se regula a Tarxeta de Estranxeiro, no que atinxe ao número de Identidade de Estranxeiro (BOE número 170, do 15 de xullo) que non afecta ás referencias que contén sobre o traballo transfronteirizo.

²⁰⁰ Cómpre sinalar que normas de publicación periódica que tradicionalmente contemplaban o traballo transfronteirizo, deixaron de facer referencia a el nos últimos anos. É o caso, por exemplo das ordes que establecen as bases para a concesión de axudas asistenciais a emigrantes, que se viñan referindo a eles desde o ano 1986, tal e como se indicou máis arriba (véxase supra, núm. 17). Outro caso é o das resolucións que establecen o continxente anual de traballadores estranxeiros en España. A última resolución que os contemplou foi a do 29 de decembro de 2003, da Subsecretaría, pola que se dispón a publicación do acordo do Consello de ministros, de 19 de decembro de 2003, polo que se determina o continxente de traballadores estranxeiros do réxime non comunitario en España para o ano 2004 (BOE número 313, do 31 de decembro).

variación de datos e cotización de traballadores estranxeiros á Seguridade Social²⁰¹, ou a Resolución do 11 de xullo de 1996, conxunta das Direccións xerais do Instituto Nacional de Emprego e de Traballo e Migracións, pola que se ditan as instrucións sobre a inscrición de estranxeiros nas oficinas do INEM e nas axencias de colocación, protección por desemprego e intercambio de información²⁰². Son estas as dúas únicas normas que se atoparon en materia de Seguridade Social que conteñen referencias ao traballo transfronteirizo.

B) Fontes xurisprudenciais

73. A análise da regulación do traballo transfronteirizo en España quedaría incompleta de non se tomar en consideración a xurisprudencia establecida polos tribunais de xustiza españois ao resolveren asuntos relacionados co mesmo. Tal e como se indicou máis arriba²⁰³, é preciso considerar a xurisprudencia como unha fonte principalísima de coñecemento do traballo transfronteirizo, do mesmo xeito que acontece nos restantes ámbitos do Dereito do Traballo e da Seguridade Social en España, cunha función moito máis relevante que a que lle asigna o artigo primeiro do Código civil, quen unicamente lle outorga o papel secundario de complementar o ordenamento xurídico.

74. Para os efectos que aquí interesan, débese, por suposto, analizar a xurisprudencia establecida polo Tribunal Supremo ao resolver recursos de casación sobre asuntos referidos ao traballo transfronteirizo. Pero tamén interesa, e en gran medida, a ditada polos Tribunais Superiores de Xustiza ao resolveren os recursos formulados sobre tales asuntos, pois son precisamente estes recursos os máis frecuentes e é aquí, precisamente, onde se atopará a maior cantidade de xurisprudencia sobre este asunto. Para elo deben considerarse tanto as sentenzas ditada polas Salas do Social ao resolveren recursos de suplicación como as ditada polas Salas do Contencioso-Administrativo ao abordaren asuntos nos que resulta de aplicación normativa sobre emprego ou Seguridade Social referida a supostos de traballo transfronteirizo²⁰⁴.

²⁰¹ BOE número 54, do 4 de marzo.

²⁰² BOE número 192, do 9 de agosto.

²⁰³ Véxase *supra*, núm. 60.

²⁰⁴ Ao respecto da xurisprudencia sobre estranxeiría ditada pola Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza resulta significativo que non aparezan analizados supostos de traballo fronteirizo. Véxase a este respecto, GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), CEINOS SUÁREZ, A., MANEIRO VÁZQUEZ, Y. e MIRANDA BOTO, J.M., *Estudo sobre inmigración e mercado laboral*, Consello Galego de Relacións Laborais (2009), páxs. 185 a 247.

75. Os tribunais españois pronunciáronse sobre asuntos referidos a cuestións de traballo e Seguridade Social de traballadores transfronteirizos en máis dunha deca de ocasións. A maior parte delas foi en asuntos nos que se abordaba a posíbel limitación na capacidade para contratar deste tipo de traballadores en relación con certos traballos ou a percepción de complementos salariais establecidos en convenio colectivo. Pero tamén se atoparon asuntos referidos mesmo á propia delimitación do concepto de traballo transfronteirizo, ou en materia de Seguridade Social, relativos a prestacións, en concreto, a pensións de viuvez e de xubilación.

C) Normas sectoriais

76. Para rematar a análise das fontes reguladoras do traballo transfronteirizo en España, resulta obrigado facer referencia aos convenios colectivos aos que poidan estar sometidos este tipo de traballadores en función do sector económico e, no seu caso, o territorio no que presten os seus servizos laborais, pois será neles onde se establezan as concretas condicións de traballo a que estarán sometidos.

77. Malia a extraordinaria relevancia do papel que xogan os convenios colectivos no sistema de fontes do Dereito do Traballo, non se atopou, a día de hoxe —agás erro ou omisión— convenio colectivo algún nin, por suposto outra norma sectorial, que conteña unha regulación expresa do fenómeno do traballo transfronteirizo en España. Atopáronse, sen embargo, na análise da xurisprudencia dos tribunais españois sentenzas relativas a aplicación de cláusulas de convenios colectivos a este tipo de traballadores, precisamente pola súa condición de traballadores transfronteirizos, tal e como se verá máis adiante, onde a cuestión controvertida traía como causa, precisamente, o feito da residencia do traballador fóra do territorio español²⁰⁵.

²⁰⁵ Véxase *infra*, Capítulo III, núm. 50 e ss.

CAPÍTULO SEGUNDO

O TRABALLO FRONTEIRIZO EN SENTIDO ESTRITO

I. O acceso ao emprego

A) Libre circulación de traballadores no seo da Unión Europea

1. A liberdade de circulación dos cidadáns da Unión está consagrada no apartado 1 do artigo 21 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea¹ e constitúe un dos piares nos que se fundamenta a propia Unión². Este dereito, cualificado como fundamental³, atopa a súa concreción ao respecto dos traballadores europeos no artigo 45 do mesmo texto, onde de xeito taxativo se indica que “quedarán asegurada a libre circulación dos traballadores dentro da Unión”⁴. Esta liberdade é, como se ten afirmado, “*pieza o instrumento esencial*” do “*establecemento de un mercado de traballo o espazo laboral europeo*”⁵. Supón a abolición de calquera tipo de

¹ Estabelece o citado apartado que “todo cidadán da Unión Europea terá dereito a residir libremente no territorio dos Estados membros, con suxeición ás limitacións e condicións previstas nos tratados e nas disposicións adoptadas para a súa aplicación”.

² Véxase o preámbulo do Tratado da Unión Europea, onde se indica que unha das finalidades do mesmo é a de “facilitar a libre circulación de persoas, garantindo ao mesmo tempo a seguridade e protección dos seus pobos, mediante o establecemento dun espazo de liberdade, seguridade e xustiza, de conformidade coas disposicións do presente tratado e do Tratado de Funcionamento da Unión Europea”. Véxase tamén o apartado 2 do artigo 3 do Tratado da Unión Europea. Sobre a progresiva aplicación desta liberdade na UE até o Tratado de Lisboa véxase DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 92 (2011), páx. 260 a 277. Dispoñíbel en http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista_M_TIN_92.pdf.

³ Véxase o cuarto considerando do Regulamento (UE) número 492/2011 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de abril de 2011, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Unión (DO L número 143, do 27 de maio de 2011), onde se afirma que “a libre circulación de traballadores constitúe un dereito fundamental para os traballadores e a súa familia”.

⁴ Apartado 1. Para unha análise deste dereito véxase, entre outros, DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de trabajadores”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2012), páx. 162 a 186; MELLA MÉNDEZ, L., “Libre circulación de trabajadores: principio de igualdad de trato”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, número 112 (2002), páxs. 599 a 617; BOTANA LÓPEZ, J.M.^a, “La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con tratados de asociación”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial (Madrid, 1997); DURÁN LÓPEZ, F., “Las libertades fundamentales de los trabajadores de la CEE: la libertad de circulación de los trabajadores”, *Jornadas sobre la Comunidad Europea*, (Sevilla, 1994); RENTERO JOVER, J., “Trabajadores comunitarios: Derechos laborales y sindicales”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX, Consejo General del Poder Judicial (2001), páxs. 283 a 345; e MARTÍN VALVERDE, A., “Los derechos de los trabajadores en el Derecho Comunitario”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La Protección de los derechos fundamentales en el orden social*, número XXI (2003), Consejo General del Poder Judicial, páxs. 263 a 284.

⁵ Véxase GÁRATE CASTRO, J., *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2010), páx. 7.

discriminación por razón de nacionalidade entre os traballadores que sexan cidadáns dos Estados membros no que se refire “ao emprego, á retribución e ás demais condicións de traballo”⁶, de todos os empregos existentes nos Estados membros da Unión (bardante no caso de empregos na Administración pública, aos que non lles resulta de aplicación o citado artigo)⁷. A existencia desta liberdade implica —“sen prexuízo das limitacións xustificadas por razóns de orde pública”⁸— a existencia do dereito “de responder a ofertas efectivas de traballo”; do dereito “de desprazarse libremente para este fin no territorio dos Estados membros”; do dereito “de residir nun dos Estados membros co obxecto de exercer nel un emprego, de conformidade coas disposicións legais, regulamentarias e administrativas aplicábeis ao emprego dos traballadores nacionais”; e mesmo, do dereito “de permanecer no territorio dun Estado membro despois de exercer nel un emprego, nas condicións previstas nos Regulamentos estabelecidos pola Comisión”.

2. Para os efectos de facer efectiva esta liberdade establecida no Dereito orixinario da Unión publicouse o Regulamento (UE) número 492/2011 do Parlamento Europeo e do Consello, do 4 de abril de 2011, relativo á libre circulación dos traballadores dentro da Unión⁹. Este Regulamento derogou o Regulamento (CEE) número 1612/68, do Consello, relativo á libre circulación dos traballadores dentro da Comunidade¹⁰. A razón alegada polo lexislador comunitario para substituír o anterior Regulamento foi a necesidade de codificación do mesmo, dado que o vello foi “modificado en diversas ocasións e de xeito substancial”¹¹. Malia o dito, o certo é que o anterior Regulamento unicamente foi modificado en tres ocasións ao longo dos case corenta e tres anos transcorridos desde a súa publicación. A primeira vez foi no ano 1976¹², a segunda no ano 1992¹³ e a terceira no ano 2004¹⁴. En todo caso, a lectura dos dous textos permite comprobar que o

⁶ Véxase o apartado 2 do artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

⁷ Véxase o apartado 4.

⁸ Véxase o apartado 3.

⁹ DO L número 141, do 27 de maio de 2011.

¹⁰ DO L número 257, do 19 de outubro de 1968. Este Regulamento derogou o Regulamento número 38/64/CEE do Consello, do 25 de marzo de 1964, relativo á libre circulación de traballadores no interior da Comunidade (DO número 62, do 17 de abril de 1964). Véxase o artigo 48 do Regulamento.

¹¹ Véxase o considerando primeiro do Regulamento.

¹² Por medio do Regulamento (CEE) número 312/76 do Consello, do 9 de febreiro de 1976 (DO L número 39, do 14 de febreiro de 1976).

¹³ Por medio do Regulamento (CEE) número 2434/92 do Consello, do 27 de xullo de 1992 (DO L número 245, do 26 de agosto de 1992).

¹⁴ Por medio da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 29 de abril de 2004 (DO L número 158, do 30 de abril de 2004, e corrección de erros DO L 229, do 29 de xuño de 2004).

actual Regulamento reproduce de xeito literal case a totalidade do texto do anterior¹⁵, con pequenas adaptacións e modificacións de estilo¹⁶.

B) Aplicabilidade aos supostos de traballo fronteirizo

3. O Regulamento (UE) número 492/2011 contén unha única referencia en todo o seu texto ao traballo fronteirizo¹⁷, que nin sequera figura dentro do seu articulado, senón simplemente dentro dos considerandos do mesmo. Con todo, esta norma constitúe a referencia fundamental no que atinxe á igualdade de acceso ao emprego desta categoría de traballadores dentro da Unión Europea¹⁸. Así, o considerando número cuarto¹⁹ indica que “a libre circulación constitúe un dereito fundamental para os traballadores e a súa familia”²⁰ e que “convén afirmar o dereito de todos os traballadores dos Estados membros a exercerem a actividade da súa elección dentro da Unión”²¹. A continuación, o considerando quinto²² —e esta é a referencia ao traballo fronteirizo— afirma que “tal dereito debe recoñecerse

¹⁵ Véxase o anexo II do Regulamento (UE) número 492/2011, que contén a táboa de correspondencias entre os dous textos legais.

¹⁶ Así, por exemplo, o actual Regulamento fai referencia á Unión, mentres que o derogado facía referencia á Comunidade. Pola súa banda, como mostra de modificacións de estilo, sirva de exemplo a comparación do artigo 9 nos dous Regulamentos, relativos ambos aos traballadores nacionais dun Estado membro empregados no territorio doutro Estado membro. No Regulamento (CEE) número 1612/68 o apartado 2 comezaba dicindo que “dito traballador poderá...”, mentres que o mesmo apartado no Regulamento (UE) número 492/2011 principia indicando que “o traballador mencionado no apartado 1 poderá...” O evidente paralelismo entre as dúas normas levou a MIRANDA BOTO, J.M. a afirmar que o novo Regulamento era un simple arranxo cosmético do anterior. A este respecto véxase, no propio título o artigo, “El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 26 (2011).

¹⁷ Ao longo deste capítulo, utilizarase a expresión traballo e traballador fronteirizo para referirse, respectivamente, ao traballo e ao traballador fronteirizo en sentido estrito.

¹⁸ Téñase en conta o disposto nos artigos 28 a 39, do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo (DO L número 1, do 3 de xaneiro de 1994), que establecen a liberdade de circulación de traballadores, a liberdade de establecemento e a liberdade de prestación de servizos entre os integrantes da Comunidade Europea e os países membros da Asociación Europea de Libre Comercio, que na actualidade afecta aos países membros da Unión Europea e a Noruega, Liechtenstein e Islandia. Téñanse tamén en conta os artigos 1, 2 e 8 e o Anexo II do Acordo sobre a libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra (DO L número 114, do 30 de abril de 2002). En virtude dos mesmos a liberdade de circulación de traballadores opera entre os Estados membros da Unión Europea, Noruega, Liechtenstein, Islandia e Suíza.

¹⁹ Que reproduce o considerando terceiro do Regulamento (CEE) número 1612/68.

²⁰ O indicado considerando continúa a indicar que a mobilidade constitúe para o traballador “un dos medios que garanten a posibilidade de mellorar as súas condicións de vida e de traballo, e facilitar a súa promoción social”, o que, por outra parte contribúe a “satisfacer as necesidades da economía dos Estados membros”.

²¹ Véxase o considerando cuarto *in fine*.

²² Que reproduce o considerando cuarto do Regulamento (CEE) número 1612/68.

indistintamente aos traballadores permanentes, de temporada, fronteirizos ou que exerzan as súas actividades con ocasión dunha prestación de servizos”. En ningunha parte do articulado do Regulamento, nin en ningunha outra parte dos seus considerandos, figura referencia algunha ao fenómeno do traballo fronteirizo. Esta ausencia de referencias non permite concluír que o citado Regulamento careza de relevancia para os efectos da regulación do traballo fronteirizo. Todo o contrario, tal e como se verá, o traballo fronteirizo debe considerarse coma un suposto de exercicio da liberdade de circulación de traballadores, protexido pola normativa da Unión que o regula, razón pola que os traballadores fronteirizos poderán gozar dos dereitos que a citada norma outorga a aqueles traballadores que fan uso desa liberdade fundamental. En consecuencia, cómpre aquí analizar o contido deste Regulamento da Unión relativo ao acceso ao emprego desde a concreta perspectiva do traballo fronteirizo.

4. Esta cuestión aparece regulada dentro da sección I do Capítulo I do Regulamento²³. O artigo 1 establece o dereito de todos os nacionais dun Estado membro, “sexo cal for o seu lugar de residencia” a accederen a unha actividade por conta allea e a exercerla no territorio doutro Estado membro “de conformidade coas disposicións legais, regulamentarias e administrativas que regulan o emprego dos traballadores nacionais de dito Estado”²⁴. En concreto, terán dereito a beneficiarse “no territorio doutro Estado membro das mesmas prioridades dos nacionais de dito Estado membro no acceso aos empregos dispoñíbeis”²⁵. Cómpre salientar que o establecemento da liberdade de circulación beneficia aos traballadores nacionais dun Estado membro con independencia do seu lugar de residencia, o que impide que se establezan nas lexislacións internas dos Estados membros medidas que supoñan unha discriminación no acceso ao emprego dos traballadores fronteirizos por mor do Estado de residencia. En consecuencia, cando un nacional dun Estado membro procure un traballo fronteirizo, deberá recibir “a mesma asistencia que a que as oficinas de emprego deste Estado conceden aos seus propios nacionais que procuren emprego”²⁶. Sen prexuízo disto, no caso de que quen busque emprego sexa un traballador fronteirizo desempregado deberá estarse ao que dispoñen os artigos 64 e 65 do Regulamento (CE) número 883/2004, que se analizarán máis adiante²⁷.

²³ Que está composta por seis artigos, do 1 ao 6.

²⁴ Véxase o apartado 1.

²⁵ Véxase o apartado 2.

²⁶ Artigo 5 do Regulamento (UE) 492/2011.

²⁷ Véxase *infra*, núm. 232 e ss.

5. O Regulamento (UE) 492/2011 tamén protexe aos traballadores fronteirizos —como aos restantes traballadores que fan uso da liberdade de circulación— fronte a eventuais medidas discriminatorias establecidas na normativa interna dos Estados membros consistentes en aplicar criterios médicos, profesionais ou doutros tipos que se apliquen en función da nacionalidade do traballador²⁸. Ademais, prohíbe toda discriminación que sobre o acceso ao emprego poida existir en cláusulas de convenios colectivos ou individuais ou doutras regulamentacións colectivas, declarándoas nulas de pleno dereito²⁹.

C) Cuestionamento en supostos de traballo fronteirizo

6. Malia a dicción taxativa do artigo 1 do Regulamento (UE) número 492/2011 ao respecto da prohibición de discriminación por razón do lugar de residencia do traballador, presentáronse dúbidas sobre a posibilidade de limitar o acceso de traballadores nacionais doutros Estados membros a certos empregos por razón do seu Estado de residencia; limitación que afecta, en especial, aos traballadores fronteirizos dadas as características definitorias desta figura. Concretamente, cuestionouse o encaixe na normativa comunitaria sobre libre circulación de traballadores da limitación de acceso a traballos relacionadas coa vixilancia e seguridade, establecida pola lexislación belga para os nacionais doutros Estados membros non residentes en Bélxica³⁰. En efecto, a Lei belga do 10 de abril de 1990, sobre empresas de vixilancia, sobre empresas de seguridade e sobre servizos internos de vixilancia, esixía no seu artigo 5 que as persoas que se ocuparan da dirección dunha empresa de vixilancia ou que estivesen empregadas nela, a excepción do persoal administrativo e de loxística, tivesen o seu domicilio ou residencia habitual en Bélxica. Nótese que este requisito, que non ten en consideración a nacionalidade do traballador, afecta en especial aos traballadores fronteirizos residentes noutros Estados membros, que non poderían ocupar en Bélxica este tipo de traballos, o que implicaría para eles unha limitación no acceso ao emprego nun Estado membro polo feito de seren traballadores fronteirizos.

²⁸ Permítese, non obstante, no suposto de ofertas nominativas, someter ao traballador a un exame profesional cando o empresario o tivera solicitado expresamente no momento de presentación da oferta. Véxase o apartado 2 do artigo 6.

²⁹ Esta prohibición aparece recollida, con evidente falta de sistemática, no apartado 4 do artigo 7, correspondente á sección 2 do capítulo I do Regulamento, denominada “do exercicio do emprego e da igualdade de trato”, cando debería figurar na sección 1, titulada “do acceso ao emprego”.

³⁰ Tal e como se verá de seguido a limitación non afecta só á libre circulación de traballadores, senón tamén ás liberdades de establecemento e de prestación de servizos, que tamén poden afectar aos traballadores fronteirizos por conta propia.

7. A controversia foi resolta polo Tribunal de Xustiza a raíz dun recurso interposto pola Comisión das Comunidades Europeas contra Bélxica por incumprimento de diversas disposicións do Tratado que establecen a libre circulación de traballadores, a liberdade de establecemento e a libre prestación de servizos³¹. A resposta do Tribunal de Xustiza neste asunto parte da consideración de que as actividades desenvoltas polas empresas de vixilancia e seguridade non están relacionadas de xeito directo e específico co exercicio do poder público, que é o que xustificaría a aplicación da excepción contida actualmente no artigo 51 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea³². Analiza a continuación a adecuación á normativa comunitaria da obriga de teren o establecemento de explotación en Bélxica, a obriga de residencia, e a esixencia de autorización ou de homologación previas e dunha tarxeta de identificación.

8. Polo que se refire á obriga de teren o establecemento de explotación en Bélxica, entende o Tribunal de Xustiza que é contrario á libre prestación de servizos, pois impide ás empresas establecidas noutros Estados membros prestar servizos en Bélxica³³. Considera o Tribunal que as razóns de orde pública, alegadas por ese Estado membro para impor a restrición á libre prestación de servizos, non poden ser acollidas. Recorda que o concepto de orde pública esixe unha “ameaza real e suficientemente grave que afecte a un interese fundamental da sociedade” e que “como toda excepción a un principio fundamental do Tratado, a excepción de orde pública debe ser interpretada de xeito restritivo”³⁴. Conclúe que a alegación do Goberno belga nese senso carece de fundamento e “non sirve para xustificar a restrición á libre prestación de servizos resultante da obriga, imposta ás sociedades que exploten unha empresa deste tipo, de teren un establecemento de explotación en Bélxica”³⁵.

9. En canto á obriga de residencia, que afecta tanto ao persoal directivo como aos traballadores das empresas de seguridade e vixilancia —a excepción do persoal administrativo e loxístico—, afirma o Tribunal de Xustiza que constitúe unha restrición á liberdade de establecemento e de circulación de traballadores³⁶, que non se pode xustificar pola necesidade

³¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 9 de marzo de 2000, asunto C-355/98.

³² Véxanse os apartados 24 a 26 da sentenza Comisión vs. Bélxica.

³³ Véxase o apartado 27 da sentenza Comisión vs. Bélxica.

³⁴ Véxase o apartado 28 da sentenza Comisión vs. Bélxica no que se cita, en apoio desta doutrina, a do 19 de xaneiro de 1999, asunto C-348/96, caso Calfa.

³⁵ Véxase o apartado 30 da sentenza Comisión vs. Bélxica.

³⁶ Véxase o apartado 31 da sentenza Comisión vs. Bélxica, no que se cita, en apoio desta doutrina a do 29 de outubro de 1998, asunto C-114/97, Comisión vs. España, e a do 7 de maio de 1998, Asunto C-350/96, caso Clean Car Autoservice.

de comprobar os antecedentes e a condutas das persoas que ocupen eses postos, pois tal necesidade pode cubriuse utilizando mecanismos menos restritivos da liberdade de circulación, sinaladamente “a cooperación entre as autoridades dos Estados membros”³⁷. Recordamos, ademais, que no territorio da Unión é posible, con independencia do lugar de residencia dos directivos, efectuar controis e impor sancións a calquera empresa establecida nun Estado membro³⁸.

10. No que atinxe á esixencia de autorización ou homologación previas para o exercicio de actividades en Bélxica por parte de empresas domiciliadas noutro Estado membro, sinala o Tribunal que constitúe, segundo unha reiterada xurisprudencia, unha restrición á libre prestación de servizos³⁹. Afirmamos que o argumento dado polo Goberno belga referido á inexistencia dunha normativa, tanto no nivel comunitario como no da maioría dos Estados membros, relativa ás actividades das empresas de seguridade e vixilancia, non abonda para xustificar tal restrición, pois a norma controvertida “vai máis alá do necesario para alcanzar o obxectivo perseguido, que é o de garantir un control estrito de tales actividades”⁴⁰, entre outras razóns, por non ter en consideración “as obrigas ás que o prestador xa está suxeito no Estado membro onde está establecido”⁴¹.

11. Finalmente, polo que se refire á esixencia dunha tarxeta de identificación expedida polo Ministerio do Interior belga, o Tribunal de Xustiza indica que constitúe unha restrición á libre prestación de servizos, pois “as formalidades para obter dita tarxeta de identificación poden facer máis onerosa a prestación de servizos transfronteirizos”⁴². Entende o Tribunal que, dado que os prestadores dun servizo que acceden a outro Estado membro deben estar en posesión dunha tarxeta de identidade ou dun pasaporte, a esixencia dun documento de identificación adicional “é

³⁷ Véxanse os apartados 32 e 33 da sentenza *Comisión vs. Bélxica*.

³⁸ Véxase o apartado 34 da sentenza *Comisión vs. Bélxica*.

³⁹ Véxase o apartado 35 da sentenza *Comisión vs. Bélxica*, no que se cita a do 9 de agosto de 1994, asunto C-43/93, asunto *Vander Elst*.

⁴⁰ Véxase o apartado 36 da sentenza *Comisión vs. Bélxica*.

⁴¹ Véxase o apartado 38 da sentenza *Comisión vs. Bélxica*. O Tribunal sinala, ademais, que as normas que restrinxan un principio fundamental do Tratado, como é a libre prestación de servizos deben estar xustificadas por razóns de interese xeral e deben aplicarse a toda persoa ou empresa que exerza a súa actividade no Estado membro de acollida, “na medida en que dito interese non quede salvagardado polas normas ás que está suxeito o prestador no Estado membro en que está establecido” (véxase o apartado 37 da sentenza, no que se cita a do 4 de decembro de 1986, asunto C-205/84, *Comisión vs. Alemaña*).

⁴² Véxase o apartado 39 da sentenza *Comisión vs. Bélxica*.

desproporcionada en relación coa necesidade de garantir a identificación das persoas de que se trate”⁴³.

12. En conclusión, a lexislación dun Estado membro que restrinxa o acceso a unha actividade no sector da vixilancia e seguridade por razón da residencia do traballador é contraria ao dereito á libre circulación. Por tanto, un traballador fronteirizo non poderá ser discriminado no acceso a un posto de traballo neste sector de actividade económica por causa de non residir no Estado membro de emprego.

13. Noutra orde de cousas, polo que se refire ao dereito ao acceso ás actividades por conta propia dos traballadores fronteirizos autónomos, cómpre facer referencia á sentenza do caso Stamm Hauser⁴⁴, no que se analiza a adecuación á normativa da Unión da pretensión das autoridades alemás de limitar o acceso dun labrego suízo residente en Suíza a realizar unha actividade por conta propia como traballador fronteirizo en Alemaña⁴⁵. Malia que a situación controvertida é regulada polo Acordo sobre libre circulación de persoas entre a Comunidade Europea e os seus Estados membros, por unha parte, e a Confederación Suíza, por outra, do 21 de xullo de 1999⁴⁶ —en adiante o Acordo—, a doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza resulta tamén pertinente nas situacións de traballo fronteirizo autónomo que se dean entre Estados membros, dado que na sentenza o Tribunal de Xustiza analiza, en definitiva, a adecuación da lexislación interna dun Estado membro cunha norma da Unión que establece o dereito á libre circulación⁴⁷.

14. Segundo se indica na sentenza, o suposto de feito que motivou o litixio é o que se describe de seguido. O señor Stamm era un agricultor suízo que

⁴³ Véxase o apartado 40 da sentenza Comisión vs. Bélxica.

⁴⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Cuarta) do 22 de decembro de 2008, asunto C-13/08.

⁴⁵ Sobre o dereito ao acceso ás actividades por conta propia dos traballadores fronteirizos autónomos residentes en Suíza ao abeiro do citado Acordo pode consultarse tamén a sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 6 de outubro de 2011, asunto C-506/10, caso Graf e Engel, no que declara contrario ao principio de igualdade de trato a normativa dun Estado membro que establece a posibilidade de oporse a un contrato de arrendamento rústico celebrado cun cidadán doutro Estado membro do Acordo sobre a base de que o terreo arrendado vai ser utilizado para a produción de produtos agrícolas destinados á exportación con franquía de dereitos de alfándega fóra do mercado interior da Unión por provocaren distorsións de competencia, cando a aplicación da citada normativa afecte a un número notabelmente máis elevado de nacionais da outra parte contratante que de nacionais do Estado en cuxo territorio se aplica a citada normativa.

⁴⁶ DO L número 114, do 30 de abril de 2002.

⁴⁷ Véxase o artigo 15 do anexo I do Acordo que establece a igualdade de trato para os traballadores por conta propia. No que atinxe á igualdade de trato no caso de traballo por conta allea, véxase o artigo 9 do referido anexo.

contaba cunha explotación agrícola en Suíza. No ano 2005 tomou en arrendamento da Sra. Hauser, unha cidadá con domicilio en Alemaña, un terreo rústico situado neste Estado⁴⁸. Como queira que a administración alemá competente en materia agrícola (*Landwirtschaftsamt*) estimou que o citado arrendamento implicaba unha distribución non axeitada do solo, requiriu aos arrendadores a resolveren o contrato⁴⁹. Cómpre indicar que, segundo a Lei alemá sobre a obriga de declaración e o dereito de oposición en materia de arrendamentos rústicos (*Gesetz über die Anzeige und Beanstandung von Landpachtverträgen*), os arrendadores teñen a obriga de declarar diante da autoridade competente a celebración de contratos de arrendamentos rústicos. Esta poderá oporse a eles, entre outros casos, cando se arrenden a persoas non agricultoras e existan agricultores que precisen eses terreos para crearen e manteren explotacións produtivas e estean dispostos a arrendalas⁵⁰. Débese indicar que a xurisprudencia alemá anterior á entrada en vigor do Acordo, consideraba que os agricultores suízos establecidos en Suíza, dado que non se encontraban incluídos dentro da estrutura agraria alemá, non eran agricultores para os efectos de aplicación da normativa alemá. Polo tanto, entendía que o arrendamento de terreos a estas persoas, cando existían agricultores alemás necesitados e dispostos a tomar en arrendo eses terreos, era contrario á mellora da estrutura agraria alemá⁵¹.

15. Ao órgano xurisdiccional remitente que coñeceu o recurso presentado polo señor Stamm fronte a decisión da *Landwirtschaftsamt* presentáronselle dúbidas ao respecto da conformidade da xurisprudencia nacional á que se acaba de facer referencia coas disposicións do Acordo. En concreto, preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se os traballadores fronteirizos autónomos gozaban do dereito á igualdade de trato establecido no artigo 15 do anexo I⁵² para os traballadores autónomos⁵³. A administración demandada entendía que o principio de trato non menos favorábel, establecido no apartado 1 do artigo 15 do Acordo, era aplicábel aos traballadores autónomos, pero non aos traballadores fronteirizos autónomos. Sostiña que esta interpretación víase confirmada polo “sistema e o texto do Acordo, que non trata de xeito estritamente idéntico aos traballadores autónomos e aos traballadores fronteirizos autónomos, senón

⁴⁸ Véxase o apartado 17 da sentenza Stamm Hauser.

⁴⁹ Véxase o apartado 18 da sentenza Stamm Hauser.

⁵⁰ Véxanse os apartados 14 e 15 da sentenza Stamm Hauser.

⁵¹ Véxase o apartado 16 da sentenza Stamm Hauser.

⁵² O apartado 1 do citado artigo establece que “o traballador autónomo recibirá no país de acollida, polo que se refire ao acceso a unha actividade por conta propia e ao seu exercicio, un trato non menos favorábel que o concedido aos seus propios nacionais”.

⁵³ Véxanse os apartados 20, 21 e 30 da sentenza Stamm Hauser.

que, polo contrario, distingue voluntariamente ambas categorías de persoas”⁵⁴.

16. O Tribunal non acolle a interpretación da administración alemá. Indica que os traballadores fronteirizos autónomos son unha categoría dentro dos traballadores autónomos e que non existe disposición algunha no Acordo que permita establecer que os traballadores fronteirizos autónomos non poidan gozar dos mesmos dereitos que se lles outorgan aos restantes traballadores autónomos, sinaladamente o principio de igualdade de trato. En definitiva, afirma que non existe disposición algunha que permita soste que os traballadores fronteirizos autónomos non sexan traballadores autónomos e que non poidan gozar dos mesmos dereitos que os concedidos a estes traballadores⁵⁵. O Tribunal destaca que a referencia específica que se contén no Acordo sobre os traballadores fronteirizos autónomos é precisamente para fixar ao respecto dos mesmos “modalidades máis favorábeis en materia de dereito de residencia” e que, en consecuencia, “as partes do Acordo, que favoreceron aos traballadores fronteirizos, non puideron ter a intención de prexudicalos no que atinxe á aplicabilidade do principio de igualdade de trato”⁵⁶.

17. Aínda que o suposto de feito da sentenza se refire ao traballo autónomo, o Tribunal de Xustiza analiza tamén, como apoio da súa interpretación, a regulación do traballo por conta allea. Indica que o capítulo II do anexo do Acordo (que leva por título “traballadores por conta allea”) tamén fai referencia aos traballadores por conta allea e aos traballadores fronteirizos por conta allea. Da análise do articulado deste capítulo, o Alto Tribunal conclúe que non existe referencia algunha que permita soste que estes últimos traballadores non gocen dos mesmos dereitos nin estean sometidos ás mesmas limitacións que os restantes traballadores por conta allea e, por tanto, os traballadores fronteirizos por conta allea están tamén abeirados polo principio de igualdade de trato do que gozan os restantes traballadores por conta allea⁵⁷.

⁵⁴ Véxase o apartado 31 da sentenza Stamm Hauser.

⁵⁵ Véxanse os apartados 32 a 37 da sentenza Stamm Hauser. En apoio desta postura salienta que o apartado 2 do artigo 15 establece que “as disposicións do artigo 9 ...[deste anexo]... serán aplicábeis, *mutatis mutandis*, aos traballadores autónomos contemplados no [...] capítulo [III]” e non só aos traballadores autónomos aos que se fai referencia no artigo 12. Dado que o citado capítulo recolle tanto a figura xenérica do traballo autónomo como a específica do traballo fronteirizo autónomo, debe entenderse que esta categoría de traballo tamén se beneficia do principio de igualdade de trato (véxase o apartado 38).

⁵⁶ Véxase o apartado 39 da sentenza Stamm Hauser.

⁵⁷ Véxanse os apartados 42 e 43 da sentenza Stamm Hauser.

18. Para pechar a súa análise, o Tribunal de Xustiza fai referencia á finalidade do Acordo, que non é outra que a de “conceder en favor dos nacionais dos Estados membros da Comunidade Europea e da Confederación Suíza un dereito de establecemento como traballador autónomo, así como conceder as mesmas condicións de vida, de emprego e de traballo que as concedidas aos nacionais”. Conclúe que “tales obxectivos acadaríanse unicamente de xeito parcial se os traballadores fronteirizos autónomos, no exercicio da súa actividade, puideran estar sometidos a restricións particulares que non se aplican aos demais traballadores autónomos”⁵⁸.

19. En fin, débese concluír que, da análise da normativa comunitaria e da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza sobre o acceso ao emprego dos traballadores fronteirizos, infírese que estes traballadores poden beneficiarse do dereito á libre circulación co mesmo alcance que os restantes traballadores beneficiarios do mesmo. En consecuencia, non poden ver limitado en modo algún o seu dereito á libre circulación polo mero feito de residiren nun Estado membro distinto do Estado membro de emprego.

II. O emprego

A) Establecemento do dereito á igualdade de trato e á non discriminación

1. Consideracións previas

20. A liberdade de circulación non sería efectiva se a normativa da Unión Europea que a establece e regula se limitase a garantir a non discriminación de traballadores por razón de nacionalidade ou residencia no momento do acceso ao emprego, pero permitise posteriormente tratos diferenciados discriminatorios nas condicións de emprego, incluídas as condicións de perda do mesmo⁵⁹. De ser isto así, os traballadores fronteirizos veríanse disuadidos de se acoller a esta liberdade comunitaria

⁵⁸ Véxase o apartado 44 da sentenza Stamm Hauser. Engade, ademais, que “a interpretación teleolóxica dos artigos 12, 13 e 15 do anexo I do Acordo, á luz dos artigos 1, letra a) e d), e 2 deste último, non permite [...] privar aos traballadores fronteirizos autónomos dun trato menos favorábel no Estado de acollida que o concedido por este aos seus propios nacionais no que atinxe ao acceso a unha actividade por conta propia e ao exercicio desta” (véxase o apartado 46).

⁵⁹ Para unha análise do principio de igualdade de trato véxase BALLESTER PASTOR, A., “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2012), páxs. 125 a 156.

por non teren garantida a igualdade nas relacións de traballo con respecto aos traballadores con nacionalidade ou residencia no Estado membro de emprego. É por elo que o Regulamento (UE) número 492/2011 contén disposicións específicas para garantir a igualdade de trato no emprego para os traballadores que fan uso da citada liberdade. En efecto, a sección 2 do capítulo I do Regulamento, titulada “do exercicio do emprego e da igualdade de trato” contén —nos tres artigos dos que se compón⁶⁰— disposicións encamiñadas a prohibir a discriminación no emprego daqueles traballadores que fagan uso do seu dereito á libre circulación entre os Estados membros da Unión, das que se benefician, entre outros, os traballadores fronteirizos⁶¹.

21. Así, o artigo 7 garante, no seu apartado 1, a igualdade de trato establecendo que no territorio doutro Estado membro “o traballador nacional dun Estado membro non poderá ser tratado de xeito diferente aos traballadores nacionais, no que atinxe ás condicións de emprego e de traballo, especialmente en materia de retribución, de despedimento, e de reintegración profesional ou de novo emprego, se tivera quedado en situación de desemprego”. Será, por tanto, contraria á normativa da Unión calquera norma, acordo ou práctica que dalgún xeito implique a existencia dun trato diferente aos traballadores nacionais dun Estado membro por razón da súa nacionalidade, con respecto ao trato dispensado aos traballadores nacionais do Estado membro en cuestión⁶². Pola súa banda, o apartado 2 do citado artigo 7 garante o acceso dos traballadores que fan uso da libre circulación de traballadores ás “mesmas vantaxes sociais e fiscais que os traballadores nacionais”. Tal e como se verá no apartado correspondente⁶³, o acceso dos traballadores fronteirizos ás vantaxes sociais e fiscais das que gozan os traballadores residentes no Estado membro de emprego foi o que provocou a maior parte das controversias xurdidas na determinación do dereito á igualdade de trato no emprego para esta categoría de traballadores.

⁶⁰ Artigos 7 a 9, ambos incluídos.

⁶¹ Segundo se ten afirmado, o principio de igualdade de trato permite mesmo “*un trato asimétrico favorable para los trabajadores que circulan*”, véxase LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del Derecho Social Comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001), pág. 35.

⁶² O apartado 4 do artigo 7 prohíbe a discriminación dos traballadores nacionais doutros Estados membros nas cláusulas dos convenios colectivos ou individuais ou da regulamentación colectiva, declarándoa “nula[s] de pleno dereito na medida en que prevexa[n] ou autorice[n] condicións discriminatorias para os traballadores nacionais doutros Estados membros”.

⁶³ *Infra*, núm. 70 e ss.

22. Como se acaba de ver, o Regulamento (UE) número 492/2011 protexe aos traballadores fronteirizos fronte a calquera discriminación no emprego. Ao respecto desta protección presentáronse dúbidas relacionadas co alcance da mesma. Estas dúbidas estaban relacionadas, por unha banda, co alcance temporal que se debía dar ao concepto de traballador e, en consecuencia, até que momento podían os traballadores fronteirizos abeirarse no principio de igualdade e de non discriminación para exercerem dereitos e solicitar prestacións no antigo Estado de emprego. Por outra banda, cuestionáronse os tipos de desprazamento que permitían considerar se un traballador fixo uso do seu dereito á libre circulación. Sobre esta segunda cuestión, presentáronse dúbidas en canto á posibilidade de exercerem o dereito á libre circulación fronte ao Estado membro da propia nacionalidade e acerca da posibilidade de considerar que se exerce o dereito á libre circulación polo feito de trasladar a residencia a outro Estado membro sen modificar o Estado de emprego.

2. Alcance temporal

23. Con respecto ao alcance temporal do concepto de traballador para os efectos que aquí se están a tratar, cuestionouse se unha persoa perceptora dunha pensión, que desempeñou —antes de adquirir a condición de pensionista— a súa actividade laboral como traballador fronteirizo, pode continuar alegando o dereito á igualdade de trato e non discriminación fronte ao antigo Estado de emprego para solicitar novas prestacións. O asunto foi resolto polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Leclere Deaconescu⁶⁴. O señor Leclere residía en Bélxica e traballara, coma fronteirizo, en Luxemburgo até que sufriu un accidente laboral que o deixou impedido para o traballo. Comezou entón a percibir unha pensión de invalidez con cargo á Seguridade Social de Luxemburgo⁶⁵. Posteriormente tivo un fillo e solicitou, por esta causa, determinadas prestacións ás autoridades deste Estado membro, que lle foron denegadas por considerarse que non podía invocar a súa condición de traballador, para os efectos da aplicación da normativa relativa á libre circulación de traballadores, ao respecto de situacións posteriores ao seu cesamento como traballador fronteirizo⁶⁶.

⁶⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidade Europeas (Pleno) do 31 de maio de 2001, asunto C-43/99.

⁶⁵ Véxase o apartado 15 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁶⁶ Véxanse os apartados 16 e 19 da sentenza. As referencias ao Regulamento (CEE) número 1612/68 deben entenderse hoxe referidas ao Regulamento (UE) número 492/2011.

24. Ao órgano xurisdiccional que coñeceu o recurso formulado polo Sr. Leclere presentáronselle dúbidas acerca da interpretación da normativa comunitaria precisa para a resolución da citada controversia. Formulou entón unhas cuestións prexudiciais diante do Tribunal de Xustiza. Preguntoulle, entre outras cousas, sobre o alcance do concepto de traballador para os efectos de aplicación do Regulamento (CEE) número 1612/68⁶⁷ —vixente nese momento—, que é o que neste punto interesa. Na resposta a esta cuestión, o Tribunal de Xustiza precisou que “unha vez concluída a relación laboral o interesado perde, en principio a condición de traballador”, o que non obsta a que “esta condición ...[poida]... producir determinados efectos tras a extinción da relación laboral”⁶⁸. Por tanto, indicou o Tribunal, cando un traballador deixou de exercer a súa actividade laboral “segue tendo dereito a determinadas vantaxes adquiridas con ocasión da relación laboral”, pois “o principio de igualdade de trato esixe que poida gozar das mesmas sen estar suxeito a un requisito de residencia no territorio do Estado membro competente”⁶⁹. Sen embargo, continuou indicando, un antigo traballador, polo feito de ser perceptor dunha pensión con cargo ao seu antigo Estado membro de emprego, “non pode aspirar sobre esta base a adquirir novos dereitos que non gardan relación coa súa actividade profesional anterior”. En definitiva, concluíu o Tribunal, o Tratado e o Regulamento (CEE) número 1612/68 —hoxe Regulamento (UE) número 492/2011— protexen ao antigo traballador “contra toda discriminación que afecte aos dereitos que adquiriu con ocasión da súa antiga relación laboral”, pero non o facultan, sobre esta base, para adquirir outros novos⁷⁰. Polo tanto, a un antigo traballador fronteirizo pode negárselle, no que fora o seu Estado de emprego, prestacións que non traian causa da súa antiga relación laboral por razón da súa residencia noutro Estado membro, pero non poderán negárselle por este motivo dereitos que traian causa da súa antiga relación laboral.

3. Tipos de desprazamento fronteirizo a considerar

25. Ademais do alcance temporal da condición de traballador fronteirizo, tamén se cuestionou o tipo de desprazamentos entre Estados membros que permitían considerar que un traballador fronteirizo fixo uso da liberdade de circulación e, en consecuencia, podía abeirarse no principio de igualdade e de non discriminación establecido na normativa da Unión. Sobre este particular presentáronse dúas controversias: 1) sobre a posibilidade de

⁶⁷ Véxanse a cuarta cuestión do apartado 19 e o apartado 52 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁶⁸ Véxase o apartado 55 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁶⁹ Véxase o apartado 58 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁷⁰ Véxase o apartado 59 da sentenza Leclere Deaconescu.

esgrimir tal condición fronte ao estado da propia nacionalidade (isto é, que o Estado de emprego sexa o da propia nacionalidade e o Estado de residencia outro Estado membro), e 2) sobre a posibilidade de considerar que un traballador fixo uso da liberdade de circulación polo feito de trasladar a súa residencia a outro Estado membro sen modificar o Estado de emprego.

26. No que atinxe á primeira controversia —á posibilidade de exercer o dereito á libre circulación fronte ao Estado membro da propia nacionalidade—, tense pronunciado o Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Asscher⁷¹ declarando que, se ben é certo que as disposicións do Tratado relativas á libre circulación non son aplicábeis a situacións puramente internas dun Estado membro, tales disposicións non poden ser interpretadas de xeito que “exclúa[n] do ámbito de aplicación do Dereito comunitario aos propios nacionais dun Estado membro determinado canto estes, polo seu propio comportamento, se atopan, a respecto do Estado membro do que son orixinarios, nunha situación equiparábel á de calquera outro suxeito que goza dos dereitos e das liberdades que garante o Tratado”⁷². Esta última situación sería a do señor Asscher⁷³, que exercía unha dobre actividade laboral, no Estado membro de residencia (Bélxica) e no Estado de orixe (os Países Baixos). Dado que esa dobre actividade tiña repercusións tributarias neste último Estado, podía facer valer nel as disposicións comunitarias que garanten a liberdade de circulación, con independencia de que este sexa o seu Estado de orixe⁷⁴.

27. En canto á segunda controversia —posibilidade de considerar que un traballador fixo uso da liberdade de circulación polo feito de trasladar a súa residencia a outro Estado membro sen modificar o Estado de emprego—, foi examinada polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Hartmann⁷⁵, lembrando que —segundo xa indicara nunha sentenza anterior⁷⁶— “todo nacional dun Estado membro, que tivera feito uso do dereito á libre circulación de traballadores e que tivera exercido unha actividade profesional noutro Estado membro, está comprendido, independentemente

⁷¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 27 de xuño de 1996, asunto C-107/94.

⁷² Véxase o apartado 32 da sentenza Asscher.

⁷³ Era un cidadán holandés residente en Bélxica que realizaba simultaneamente actividades laborais tanto en Bélxica coma nos Países Baixos (véxanse os apartados 2, 10 e 11 da sentenza do caso Asscher).

⁷⁴ Véxanse os apartados 33 e 34 da sentenza Asscher.

⁷⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 18 de xullo de 2007, asunto C-212/05.

⁷⁶ Véxase a Sentenza do 21 de febreiro de 2006, asunto C-152/03, caso Ritter-Coulais.

do seu lugar de residencia e da súa nacionalidade, dentro do ámbito de aplicación do artigo 48 do Tratado”⁷⁷. Neste caso, entende que o señor Hartmann é un nacional dun Estado membro (Alemaña) que, desde que trasladou o seu domicilio, traballa nun Estado membro distinto do de residencia (Austria), e engade, ademais, que o feito de que a instalación noutro Estado membro fose “por motivos que non son de carácter profesional non xustifica que se lle denegue a condición de traballador migrante, adquirida dende o momento en que, despois do traslado do seu domicilio a Austria, exerceu plenamente o seu dereito á libre circulación de traballadores ao se desprazar a Alemaña para exercer en dito país unha actividade profesional”⁷⁸. Por tanto, conclúe que “un nacional dun Estado membro que, conservando o seu emprego en dito Estado membro, trasladou o seu domicilio a outro Estado membro e dende entón exerce a súa actividade profesional como traballador fronteirizo pode invocar a condición de traballador migrante, no sentido do Regulamento núm. 1612/68”⁷⁹.

B) Condicións laborais

1. En materia retributiva

28. A prohibición de discriminación retributiva enúnciase de xeito expreso tanto no artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea⁸⁰ coma no artigo 7 do Regulamento (UE) número 492/2011⁸¹. Elo non impediu que, nalgunha ocasión, se presentaran supostos nos que se alegara a existencia de discriminación retributiva en prexuízo dos traballadores fronteirizos. Neste casos, que se analizarán de seguido, non se alegou unha discriminación directa (baseada, por exemplo, na existencia de escalas

⁷⁷ Véxase o apartado 17 da sentenza Hartamm. A referencia ao artigo 48 do Tratado debe entenderse hoxe efectuada ao artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

⁷⁸ Véxase o apartado 18 da sentenza Hartamm.

⁷⁹ Véxase o apartado 19 da sentenza Hartamm. Neste sentido pode verse tamén a Sentenza do 11 de setembro de 2007 (Gran Sala), asunto C-287/05, caso Hendrix (apartado 46). A referencia ao Regulamento (CEE) número 1612/68 debe entenderse efectuada ao Regulamento (UE) número 492/2011.

⁸⁰ O seu apartado 2 establece que “a libre circulación suporá a abolición de toda discriminación por razón de nacionalidade entre os traballadores dos Estados membros, con respecto [...] á retribución”.

⁸¹ O seu apartado 1 garante a igualdade de trato con respecto dos traballadores nacionais “especialmente en materia de retribución” e o apartado 4 determina a nulidade de pleno dereito de calquera cláusula de convenio colectivo ou individual, ou de calquera regulamentación colectiva que discrimine aos traballadores nacionais doutros Estados membros.

salariais diferenciadas), senón indirecta⁸², baseada concretamente na normativa fiscal que grava as rendas do traballo, dado que a súa aplicación a esta categoría de traballadores afectaba ás retribucións netas percibidas por estes traballadores e podía disuadilos de faceren uso do seu dereito á libre circulación⁸³.

29. Téñase en conta que, por razóns de soberanía fiscal, os Estados adoitan gravar tanto as rendas do traballo obtidas no seu territorio (tributación por obriga real) como as rendas obtidas no estranxeiro polas persoas residentes no seu territorio (tributación por obriga persoal). En consecuencia, os traballadores fronteirizos, de igual xeito que os restantes traballadores que obteñen rendas en Estados membros distintos do Estado de residencia, poden ver sometidas as súas rendas de traballo á lexislación fiscal do Estado membro de emprego e á do Estado membro de residencia⁸⁴. Co fin de evitaren as situacións de dobre imposición, os Estados membros aprobaron tratados bilaterais sobre esta cuestión, que mesmo chegan a regular expresamente as situacións de traballo fronteirizo⁸⁵.

30. Como punto de partida na análise deste asunto, cómpre salientar que os Estados membros conservan as competencias en materia de fiscalidade

⁸² Sobre a xustificación das discriminacións indirectas véxase MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M.^a, “La justificación de las discriminaciones indirectas en el derecho comunitario”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, número 182 (2006), páxs. 21 a 42.

⁸³ Sobre a aplicación da normativa fiscal aos supostos de traballos fronteirizos véxase VILLAVERDE GÓMEZ, V. e DUARDO SÁNCHEZ, A., “Trabajadores fronterizos y transfronterizos: tratamiento fiscal de sus rentas desde una perspectiva comunitaria”, *Quincena fiscal Aranzadi*, número 1 (2011).

⁸⁴ Para o que aquí interesa, a aplicación da normativa fiscal dos Estados membros aos traballadores fronteirizos será analizada exclusivamente desde a perspectiva dunha eventual discriminación retributiva indirecta.

⁸⁵ Véxase o apartado 4 do artigo 15 do Convenio entre o Reino de España e a República Portuguesa para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas (BOE número 266, do 7 de novembro de 1997). Véxase, tamén, o apartado 4 do artigo 15 do Convenio do 27 de xuño de 1973 entre España e Francia para evitar a dobre imposición en materia de impostos sobre a renda e sobre o patrimonio (BOE número 109, do 7 de maio de 1975), que continúa en vigor a teor do previsto na disposición número 12 do Protocolo do Convenio entre o Reino de España e a República Francesa a fin de evitar a dobre imposición e de previr a evasión e o fraude fiscal en materia de impostos sobre a renda e o patrimonio, asinado en Madrid o 10 de outubro de 1995 (BOE número 140, do 12 de xuño de 1997). Para unha análise destes tratados véxase CALDERÓN CARRERO, J.M., (Coordinador) *Comentarios a los Convenios para evitar la doble Imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Instituto de Estudios Económicos, Fundación Pedro Barrié de la Maza (A Coruña, 2004), páxs. 818 e 819. Véxase tamén a tese doutoral de CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el patrimonio y las medidas y métodos para su eliminación*, Universidade da Coruña (1996).

directa⁸⁶, e que no Dereito da Unión non existen normas que establezan a unificación ou a harmonización das lexislacións dos Estados membros no que atinxe á fiscalidade dos impostos que gravan as rendas do traballo⁸⁷. Malia que a supresión da dobre imposición figuraba como unha das finalidades do Tratado⁸⁸, os Estados membros conservan liberdade para “fixaren os criterios de reparto entre ...[eles]... do seu poder tributario, co fin de suprimiren as dobres imposicións”⁸⁹.

31. A aplicación das normas para evitar a dobre imposición no imposto da renda dos traballadores fronteirizos non resulta neutral desde o punto de vista da presión fiscal efectiva que soportan estes traballadores. Isto provoca que, en ocasións, as súas retribucións netas sexan inferiores ás obtidas polos traballadores que residen no Estado membro de emprego ou polos traballadores que traballan no Estado membro de residencia e que, polo tanto, non están sometidos ás normas para evitar a dobre imposición. Diante desta situación cuestionouse a compatibilidade das citadas normas co Dereito da Unión, no sentido de consideralas discriminatorias e limitadoras do dereito á libre circulación. Así aconteceu no caso Gilly⁹⁰, no que o Tribunal de Xustiza analizou a compatibilidade do Convenio Franco-Alemán sobre dobre imposición co Tratado da Comunidade Europea⁹¹.

32. O citado Convenio sobre dobre imposición establece no apartado 1 do seu artigo 13 un principio xeral consistente en que os rendementos dun

⁸⁶ Así o recordou o Tribunal de Xustiza en múltiples ocasións. Véxase, entre outras, a sentenza do 14 de setembro de 1999, asunto C-391/97, caso Gschwind (apartado 20) que será analizada máis adiante (véxase *infra*, núm. 43).

⁸⁷ Véxase, a este respecto, o apartado 30 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Pleno) do 12 de maio de 1998, asunto C-336/96, caso Gilly.

⁸⁸ Véxase o artigo 293 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea, versión consolidada (DO C, número 321, do 29 de decembro de 2006), onde se establecía que “os estados membros establecerán, en tanto sexa necesario, negociacións entre si, a fin de asegurar en favor dos seus nacionais: [...] –a supresión da dobre imposición dentro da Comunidade”. Esta disposición foi derogada polo Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Véxase a táboa de correspondencias das versións consolidadas do Tratado da Unión Europea e do Tratado de Funcionamiento da Unión Europea (DO C, número 83, do 30 de marzo de 2010).

⁸⁹ Véxase o apartado 30 da Sentenza do Caso Gilly, *in fine*.

⁹⁰ A señora Gilly era unha cidadá alemá que, por matrimonio, adquiriu tamén a cidadanía francesa do seu esposo. Residía xunto con el en Francia. O señor Gilly era profesor nun centro educativo público en Francia. A señora Gilly era mestra nunha escola pública en Alemaña que estaba situada preto da fronteira con Francia (apartado 3).

⁹¹ Convenio entre a República Francesa e a República Federal de Alemaña, do 21 de xullo de 1959, para evitar a dobre imposición e que establece normas sobre o auxilio administrativo e xurídico recíproco en materia de imposto sobre a renda das persoas físicas e sobre o patrimonio, así como en materia do imposto sobre actividades económicas e de impostos sobre bens inmóbeis, na súa versión modificada polos protocolos adicionais asinados en Bonn o 9 de xuño de 1969 e o 28 de setembro de 1989.

traballo asalariado só poderán someterse á imposición no Estado contratante no que se exerza a actividade persoal que xere dito ingreso. Este principio xeral coñece varias excepcións, unha delas —incluída no apartado 5 do citado artigo 13— referida aos casos de traballo fronteirizo. Para estes supostos establécese o sometemento dos rendementos de traballo obtidos no Estado membro de emprego á imposición no Estado de residencia⁹². Sen embargo, en aplicación doutra excepción prevista no apartado 1 do artigo 14, cando as retribucións proceden dunha entidade de Dereito público, con independencia de que o traballador sexa fronteirizo ou non, quedarán sometidas á imposición no Estado de emprego cando o traballador teña a nacionalidade dese Estado.

33. O Convenio prevé un mecanismo de compensación para evitar a dobre imposición dos traballadores residentes en Francia. En virtude do mesmo, as rendas obtidas en Alemaña sometidas a imposición nese Estado, serán tamén sometidas a imposición en Francia. Para compensar os impostos aboados en Alemaña, o traballador terá dereito a efectuar unha dedución no seu imposto francés por un importe equivalente á cantidade que correspondería aboar por eses rendementos en Francia⁹³. Dado que o traballador non pode deducir o importe efectivamente aboadado en Alemaña, senón o que lle correspondería aboar por eses rendementos en Francia, a dedución a aplicar no imposto francés é inferior á cantidade efectivamente abonada en Alemaña, dada a maior progresividade do imposto alemán. En consecuencia, un traballador fronteirizo residente en Francia con emprego en Alemaña pode verse máis gravado no seu imposto da renda que un traballador residente en Francia con emprego en Francia que teña idénticas retribucións salariais⁹⁴. Este era precisamente o caso da señora Gilly, que, como consecuencia da súa situación profesional e persoal, veu sometidos os seus rendementos de traballo obtidos en Alemaña tanto á imposición nese Estado coma en Francia, obtendo neste último Estado unicamente un dereito a dedución por un importe equivalente ao imposto francés correspondente aos citados rendementos, que non cubría o importe total do imposto efectivamente aboadado en Alemaña⁹⁵.

⁹² Indicaba que “os rendementos do traballo asalariado das persoas que traballen na zona fronteiriza dun Estado contratante e que teñan o seu domicilio permanente na zona fronteiriza doutro Estado contratante, ao que regresen normalmente cada día, só estarán suxeitas á imposición neste outro Estado”.

⁹³ Así o determina o artigo 20 do Convenio.

⁹⁴ Véxase o apartado 10 da sentenza Gilly. Noutras ocasións a distinta progresividade existente nos impostos que gravan as rendas do traballo nos Estados membros de residencia e de emprego beneficia ao traballador fronteirizo. Véxase a este respecto a sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Segunda) do 16 de setembro de 2004, asunto C-400/02, caso Merida.

⁹⁵ Véxase o apartado 11 da sentenza Gilly.

34. Ao Tribunal francés que coñeceu a reclamación da señora Gilly —na que solicitaba, en esencia, a posibilidade de compensar en Francia a totalidade do imposto satisfeito en Alemaña— presentáronselle dúbidas sobre a compatibilidade do Convenio Franco-Alemán sobre dobre imposición co Tratado da Comunidade Europea⁹⁶ e, en consecuencia, formuloulle ao Tribunal de Xustiza unha serie de cuestións prexudiciais, que se analizarán de seguido⁹⁷. Así, preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se é compatíbel co Tratado da Comunidade Europea unha norma que estableza un réxime tributario diferente para os traballadores fronteirizos segundo traballen no sector público ou privado e, no caso de traballaren no sector público, en función de que teñan ou non exclusivamente a nacionalidade do Estado membro á que pertenza a Administración para a que prestan servizos⁹⁸.

35. Na súa resposta, o Tribunal de Xustiza analiza o Convenio Franco-Alemán controvertido á luz dos modelos de convenio relativos á renda e ao patrimonio elaborados pola Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico (en adiante OCDE), e entende que ao incluír como regra xeral o principio do Estado que abona as retribucións, se está acollendo a un principio aceptado internacionalmente⁹⁹. Indica que no caso controvertido non se pode acreditar que a aplicación do principio de Estado que abona as retribucións teña, por si mesmo, repercusións negativas para os interesados e que “o carácter favorábel ou desfavorábel do trato fiscal dos contribuíntes afectados non depende propiamente falando da elección do criterio de suxeición, senón do nivel de imposición do Estado competente, ao non existir unha harmonización a nivel comunitario, de baremos de impostos directos”¹⁰⁰. En consecuencia, non pode considerarse por si mesmo contrario ao Tratado da Comunidade Europea o establecemento dun réxime tributario diferente para os traballadores fronteirizos en función de que traballen no sector público ou privado e, no caso de traballaren no sector público, en función de que posúan ou non a nacionalidade do Estado membro no que presten os seus servizos¹⁰¹.

⁹⁶ Concretamente cos artigos 6, 48 e 220.

⁹⁷ Véxanse os apartados 12 e 13 da sentenza Gilly.

⁹⁸ Véxase o apartado 18 da sentenza Gilly. Tamén se lle preguntaba ao Tribunal sobre a compatibilidade co Tratado da Comunidade Europea do establecemento dun réxime diferenciado en función de que a estadia do Estado membro no que se exerce a actividade profesional sexa de curta duración ou non.

⁹⁹ Véxanse os apartados 24 a 32 da sentenza Gilly.

¹⁰⁰ Véxase o apartado 34 da sentenza Gilly.

¹⁰¹ Véxase o apartado 35 da sentenza Gilly.

36. Determinada a compatibilidade co Dereito comunitario dunha norma que establece réximes tributarios diferentes para os traballadores fronteirizos en función do seu sector de actividade e mesmo nacionalidade, o Tribunal de Xustiza analizou a compatibilidade co Dereito comunitario do mecanismo de dedución por compensación de impostos satisfeitos no estranxeiro existente no Convenio controvertido. Tal e como se indicou, este mecanismo consiste na posibilidade de deducir do imposto a pagar no Estado de residencia unha cantidade equivalente ao imposto que correspondería pagar nese Estado pola contía das rendas obtidas no estranxeiro¹⁰². En consecuencia, a cantidade a deducir non coincidirá normalmente coa contía efectivamente pagada no Estado de emprego. Será menor cando a progresividade do imposto sexa maior no Estado membro de emprego que no Estado membro de residencia, que é o que acontece no caso controvertido¹⁰³.

37. O Tribunal de Xustiza recorda que o sistema discutido, que se inspira no Convenio modelo da OCDE, ten por finalidade “evitar a dobre imposición que prexudicaría aos residentes franceses que perciben en Alemaña beneficios ou outros rendementos impondíbeis á vez en Alemaña e Francia”¹⁰⁴. Salienta, ademais, que a súa pretensión “non é garantir que o gravame que se aplique ao contribuínte nun Estado non sexa superior ao que se lle someta no outro”¹⁰⁵. Os resultados desfavorábeis que se derivan para a reclamante no asunto analizado son consecuencia “das disparidades entre os baremos impositivos dos Estados membros de que se trata, cuxa fixación é competencia dos Estados membros ao non existir unha normativa comunitaria na materia”¹⁰⁶ e non poden, por tanto, considerarse discriminatorios¹⁰⁷.

38. O feito de que os Estados membros gocen dunha ampla discrecionalidade regulatoria no que atinxe ás normas que establecen os impostos directos que gravan as rendas do traballo, non implica que non deban respectar os principios comunitarios que garanten a libre circulación de traballadores. Por tanto, será contraria ao Dereito da Unión unha lexislación sobre o imposto da renda que, de xeito directo ou indirecto, dispense un trato menos favorábel aos traballadores fronteirizos con respecto aos traballadores que residen no Estado membro de emprego, precisamente por razón de non residiren aqueles no Estado membro de

¹⁰² Véxase o apartado 42 da sentenza Gilly.

¹⁰³ Véxase o apartado 44 da sentenza Gilly.

¹⁰⁴ Véxase o apartado 41 da sentenza Gilly.

¹⁰⁵ Véxase o apartado 46 da sentenza Gilly.

¹⁰⁶ Véxase o apartado 47 da sentenza Gilly.

¹⁰⁷ Véxanse os apartados 48 a 54 da sentenza Gilly.

emprego, pois deste xeito se estará limitando o seu dereito á libre circulación. A este respecto, o Tribunal de Xustiza declarou na sentenza do caso Schumacker¹⁰⁸ que, malia que “a materia dos impostos directos non está incluída como tal, na esfera de competencia da Comunidade, non é menos certo que os Estados membros deben exercer as competencias que conservan respectando o Dereito comunitario”¹⁰⁹, pois, “o principio de igualdade de trato en materia de retribución quedaría sen efecto se puidese ser quebrado por disposicións nacionais discriminatorias en materia de imposto sobre a renda”¹¹⁰.

39. Nesta sentenza, o Tribunal de Xustiza analizou a compatibilidade co Dereito comunitario da normativa alemá reguladora do imposto da renda nun caso de traballo fronteirizo. En concreto, analizou a compatibilidade da inaplicación dos mecanismos de *splitting*¹¹¹, regularización anual¹¹², compensación de perdas¹¹³ e consideración da renda global e da situación persoal e familiar do contribuínte para o cálculo do imposto¹¹⁴ aos traballadores fronteirizos empregados en Alemaña por razón de non residiren nese Estado membro. A sentenza que se analiza é consecuencia da reclamación formulada polo señor Schumacker diante negativa das autoridades alemás de lle aplicar os citados mecanismos, o que o levou a presentar unha reclamación que acabou sendo coñecida, en recurso de

¹⁰⁸ Sentenza do Tribunal de Xustiza do 14 de febreiro de 1995, asunto C-279/93.

¹⁰⁹ Véxase o apartado 21 da sentenza do caso Schumacker, no que se cita a do 4 de outubro de 1991, asunto C-246/89, caso Comisión vs. Reino Unido, apartado 12.

¹¹⁰ Véxase o apartado 23 da sentenza Schumacker.

¹¹¹ Mecanismo que consiste, en esencia, en sumar os ingresos dos dous cónxuxes e imputarlle a cada un deles a metade da contía resultante, para os efectos de tributación, atenuando deste xeito a progresividade do imposto diante dunha eventual diferenza do nivel de ingresos entre eles. Só resultaba de aplicación aos matrimonios nos que os dous membros tiveran a súa residencia en Alemaña e estiveran sometidos nese Estado membro ao imposto da renda por obriga persoal, o que prexudicaba a familias cun traballador fronteirizo empregado en Alemaña.

¹¹² É un procedemento que permite a restitución das cantidades retidas en exceso, o que acontecería no caso de experimentaren unha diminución de ingresos con respecto aos estimados para determinar o tipo de retención. Só resultaba de aplicación aos traballadores sometidos ao imposto por obriga persoal. Os traballadores sometidos ao imposto por obriga real, o que acontecía cos traballadores fronteirizos non residentes en Alemaña, non podían acollerse a este procedemento.

¹¹³ Os traballadores sometidos ao imposto por obriga persoal podían compensar coas rendas obtidas no traballo as perdas obtidas noutras actividades. Esta posibilidade non resultaba de aplicación aos traballadores fronteirizos non residentes en Alemaña, xa que estaban sometidos ao imposto por obriga real.

¹¹⁴ Os traballadores sometidos ao imposto por obriga persoal determinaban o imposto en función da súa capacidade contributiva global, o que implicaba que se tiña en conta a totalidade dos seus ingresos, os gastos sociais deducíbeis e a súa situación persoal e familiar. Para os que estaban sometidos por obriga real só se lles consideraban os ingresos obtidos en Alemaña e non se tiña en consideración a súa situación persoal e familiar. Podían deducir gastos sociais en función dun baremo establecido, e non en función dos efectivamente realizados.

casación, polo *Bundesfinanzhof*, órgano que formulou as cuestións prexudiciais que deron lugar á sentenza que se analiza¹¹⁵.

40. Entre outras cuestións, o *Bundesfinanzhof* preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se o principio de libre circulación de traballadores impedía que un Estado membro puidese establecer un tributo que gravase con maior rigor a un traballador con emprego no seu territorio e con domicilio noutro Estado membro; e se tiña relevancia o feito de que o citado traballador obtivera nese Estado membro a práctica totalidade dos seus ingresos (que era o caso do Sr. Schumacker) e que, en consecuencia, non obtivera no Estado membro de residencia ingresos abondo para estar suxeito a un imposto que tivera en conta a súa situación persoal e familiar¹¹⁶.

41. Na súa resposta, o Tribunal de Xustiza destaca o feito de que unha lexislación que utilice o criterio de residencia para os efectos de determinar o dereito a acollerse a vantaxes fiscais presenta o risco de prexudicaren máis aos traballadores nacionais doutros Estados membros, dado que os non residentes adoitan ser non nacionais do Estado membro en cuestión. Por tanto, esas vantaxes fiscais poden constituír unha discriminación indirecta baseada na nacionalidade. Porén, tamén destaca que, en materia de tributos directos, a situación dos residentes e dos non residentes non é, en principio, comparábel¹¹⁷. En efecto, normalmente os ingresos que obtén nun territorio un non residente constitúen unicamente unha parte dos seus ingresos globais. As persoas adoitan obter a maior parte dos mesmos no seu lugar de residencia. É precisamente neste lugar onde se pode apreciar con maior facilidade a súa capacidade contributiva e onde con maior precisión se pode ter en conta a súa situación persoal e familiar. En consecuencia, debe admitirse que, en principio, sexa o Estado membro de residencia o que grave con carácter global aos suxeitos pasivos, tendo en conta a súa situación persoal e familiar¹¹⁸. Por tanto, non pode considerarse, en termos

¹¹⁵ Véxanse os apartados 18 e 19 da sentenza Schumacker.

¹¹⁶ Véxase o apartado 25 da sentenza Schumacker. No referido á compatibilidade co dereito á libre circulación da normativa tributaria que restrinxe a posibilidade de acollerse a beneficios fiscais no Estado membro de emprego aos non residentes que obteñen nese estado a maior parte dos seus ingresos, pode verse tamén a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 16 de maio de 2000, asunto C-87/99, caso Zurstrassen. Nótese que esta sentenza está referida a un traballador fronteirizo, malia que non se diga, pois aínda que se afirme que o Sr. Zurstrassen reside en Luxemburgo, tamén se indica que regresa semanalmente a Bélxica, o seu país de orixe, onde reside a súa familia (véxase o apartado 8 da sentenza).

¹¹⁷ Véxanse os apartados 28, 29 e 31 da sentenza Schumacker.

¹¹⁸ Véxase o apartado 32 da sentenza Schumacker, no que se salienta que no Dereito fiscal internacional está asentado o principio de que lle corresponde ao Estado de residencia gravar aos suxeitos de maneira global, “tendo en conta os elementos inherentes á súa situación persoal e familiar”, e que así está recollido no modelo de convenio da OCDE en materia de dobre imposición.

xerais, discriminatorio o feito de que un Estado membro grave de xeito diferente as rendas dos residentes e dos non residentes, pois a situación dos mesmos non é comparábel¹¹⁹.

42. Aceptada, en termos de principio, a diferenza de trato fiscal entre os residentes e os non residentes, preséntase a problemática dos supostos nos que os non residentes obteñen a maior parte dos seus ingresos no Estado membro de emprego e non obteñen ingresos significativos no Estado membro de residencia. Esta é precisamente a situación habitual dos traballadores fronteirizos e constitúe o suposto examinado na sentenza que se analiza¹²⁰. Diante destes supostos, o Tribunal de Xustiza entende que entre un residente e un non residente “non existe diferenza de situación obxectiva algunha que poida xustificar unha diferenza de trato no que atinxe á consideración, para os fins do Imposto, da situación persoal e familiar do suxeito pasivo”¹²¹. En consecuencia, o traballador non residente podería verse discriminado ao non se lle ter en conta, nin no Estado membro de emprego nin no de residencia, a súa situación persoal e familiar, sen que exista razón algunha que permita xustificar esa discriminación¹²². Por tal razón, conclúe o Tribunal de Xustiza que o principio de libre circulación de traballadores “se opón á aplicación dunha normativa dun Estado membro que grave a un traballador nacional doutro Estado membro, que reside neste último Estado e exerce unha actividade por conta allea no territorio do primeiro Estado, con maior rigor que a un traballador que resida no territorio do primeiro Estado e ocupe nel o mesmo emprego, cando [...] o nacional do segundo Estado obtén os seus ingresos total ou case exclusivamente da actividade exercida no primeiro Estado e no segundo Estado non obtén ingresos abondo para estar suxeito nel a un imposto que permita ter en conta a súa situación persoal e familiar”¹²³.

43. O que non aclara o Tribunal de Xustiza nesta sentenza é a contía dos ingresos que cómpre obter no Estado membro de emprego para teren dereito a solicitaren no mesmo que se teñan en consideración as circunstancias persoais e familiares. Esta cuestión foi resolta, polo menos

¹¹⁹ Véxase o apartado 34 da sentenza Schumacker.

¹²⁰ Véxase o apartado 36 da sentenza Schumacker.

¹²¹ Véxase o apartado 37 da sentenza Schumacker.

¹²² Véxanse os apartados 38 a 46 da sentenza Schumacker. Como posíbeis xustificacións á diferenza de trato, rexeitadas polo Tribunal, esgrimíronse as dificultades de carácter administrativo para que o Estado membro de emprego teña coñecemento dos ingresos que obteñan no seu Estado membro de residencia os non residentes, así como a necesidade de garantir a coherencia do réxime tributario aplicábel.

¹²³ Véxase o apartado 47 da sentenza Schumacker.

parcialmente, na sentenza do caso Gschwind¹²⁴. Nela analizouse a compatibilidade das modificacións operadas na normativa do imposto da renda alemán como consecuencia da sentenza Schumacker co dereito á libre circulación de traballadores. Cómpre indicar que, tras a reforma, a Lei federal alemá sobre o imposto da renda (*Einkommensteuergesetz*, en adiante EStG) permitía acollerse ao *splitting* aos traballadores non residentes, cando como mínimo o 90% dos ingresos da unidade familiar estivesen suxeitos a tributación en Alemaña, ou cando os rendementos exentos do imposto sobre a renda alemán non superasen os 24.000 marcos alemáns (12.271,01 €) durante o ano civil¹²⁵. O Tribunal de Xustiza considerou que unha normativa que impoña este tipo de requisitos para os efectos de permitir ao traballador non residente acollerse no Estado de emprego a mecanismos coma o *splitting* era compatíbel coa libre circulación de traballadores, na medida en que permitía que se tivera en consideración, no Estado membro de emprego, a situación persoal e familiar cando non resultaba posíbel facelo no Estado membro de residencia, por carecer de ingresos nese Estado ou por seren estes insuficientes para tales efectos¹²⁶.

44. Retomando a análise da sentenza Schumacker, nela tamén se examina a compatibilidade co principio de libre circulación de traballadores, da imposibilidade que tiñan os traballadores empregados en Alemaña non residentes nese Estado membro de acollerse a determinados mecanismos de regularización previstos na lexislación dese Estado¹²⁷. Esta discriminación para os non residentes derivaría do feito de que para eles a retención na fonte que lles practicaba o empresario tiña efectos liberatorios do imposto. Por razóns de economía administrativa non se lles permitía alegar, entre outras cousas, a existencia de gastos necesarios para a obtención dos ingresos, que si podían alegar os residentes, e que poderían dar lugar a unha devolución parcial das cantidades retidas. En consecuencia, os traballadores non residentes podían estar en desvantaxe fronte aos

¹²⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza do 14 de setembro de 1999, asunto C-391/97. O suposto de feito que motivou esta sentenza é o seguinte. O Sr. Gschwind era un nacional neerlandés que residía xunto coa súa familia nos Países Baixos, preto da fronteira con Alemaña. Neste último país exercía unha actividade por conta allea nunha localidade que estaba situada preto da fronteira cos Países Baixos. A súa dona exercía unha actividade por conta allea nos Países Baixos (véxase o apartado 9 da sentenza). O 58% dos ingresos da parella procedían do traballo do Sr. Gschwind en Alemaña e o restante 42% dos ingresos familiares obtíñanse nos Países Baixos (véxanse os apartados 9, 10 e 29 da sentenza).

¹²⁵ Véxase o apartado 6 da sentenza Gschwind.

¹²⁶ Véxase o apartado 32 da sentenza Gschwind. No que atinxe aos argumentos do Goberno belga e da Comisión contrarios á compatibilidade da normativa controvertida co dereito á libre circulación, véxanse os apartados 17 a 20 da sentenza.

¹²⁷ Véxase o apartado 48 da sentenza Schumacker.

residentes¹²⁸. O Tribunal de Xustiza entende que non existe elemento algún que permita xustificar esta diferenza de trato¹²⁹ e, en consecuencia, afirma que o principio de libre circulación de traballadores “se opón a que a lexislación dun Estado membro en materia de impostos directos estableza a posibilidade de se acoller a procedementos como a regularización anual das retencións do Imposto sobre o Salario e a declaración-liquidación do Imposto sobre o Salario unicamente aos residentes, con exclusión das persoas físicas que non teñan o seu domicilio nin a súa residencia habitual no seu territorio pero que obteñen nel rendementos do traballo por conta allea”¹³⁰. Nótase que nesta cuestión resulta irrelevante o feito de que o traballador afectado obteña a práctica totalidade ou unicamente unha parte dos seus ingresos no Estado de emprego, en todo caso deberá ter a posibilidade de se acoller aos procedementos de regularización.

45. Tamén resulta de interese para o asunto que aquí ocupa a controversia xurdida en torno á posibilidade de que os Estados membros establezan tarifas distintas no imposto sobre a renda, en función de que os traballadores efectúen as súas cotizacións sociais nese Estado ou noutro Estado membro. Así estaba previsto na lexislación holandesa. En efecto, nos Países Baixos, tras a reforma operada na normativa fiscal e de Seguridade Social no ano 1989, estableceuse un sistema de percepción combinada do imposto da renda e das cotizacións sociais, de tal xeito que se utilizaba unha base unificada para o cálculo das cotizacións e do imposto da renda. No que atinxe ao imposto da renda estableceuse unha escala para aqueles traballadores residentes nos Países Baixos. Asimilaba aos residentes a aqueles non residentes que obtiveran como mínimo o 90% dos seus ingresos mundiais computábeis nos Países Baixos e consideraba cumprido este requisito cando o traballador estaba suxeito nos Países Baixos a cotizacións sociais conforme ao réxime xeral obrigatorio de seguros sociais (*volksverzekeringen*). Aos traballadores residentes e asimilados aplicáballes un tipo de gravame do 13% sobre o primeiro tramo da base liquidábel para o imposto da renda. Para ese mesmo tramo establecía un tipo de cotización do 22,1%. En consecuencia, a retención total —para o imposto da renda e para as cotizacións sociais— ascendía ao 35,1% sobre o primeiro tramo dos rendementos. Porén, os suxeitos non residentes ou asimilados eran sometidos a un tipo de gravame para o imposto da renda máis elevado sobre o primeiro tramo da base, concretamente do 25%. Elo implicaba que un traballador fronteirizo empregado nos Países Baixos que non estivera sometido a cotizacións nese

¹²⁸ Véxanse os apartados 50 a 52 da sentenza Schumacker.

¹²⁹ Véxanse os apartados 53 a 58 da sentenza Schumacker.

¹³⁰ Véxase o apartado 59 da sentenza Schumacker.

Estado membro debía soportar unha retención para os efectos do imposto da renda substancialmente máis elevada que outro traballador empregado nos Países Baixos que realizara cotizacións á Seguridade Social dese país¹³¹.

46. A compatibilidade desta normativa co dereito á libre circulación dentro da Unión foi obxecto de análise polo Tribunal de Xustiza na citada sentenza do caso Asscher¹³². Para o que neste punto interesa, o Alto Tribunal analizou a compatibilidade co dereito á libre circulación dentro da Unión dunha norma dun Estado membro que dispoña un tipo de gravame no imposto da renda máis alto a unha persoa que exerza unha actividade no seu territorio e outra actividade noutro Estado membro, no que resida, que a outra persoa que sexa residente nese Estado membro e exerza nel a mesma actividade. Tamén analizou se é relevante o feito de que ese traballador obteña menos do 90% dos seus ingresos mundiais no Estado membro no que traballa pero non reside¹³³.

47. Ao respecto, o Tribunal de Xustiza afirma que, en principio, o establecemento de diferenzas de trato na normativa fiscal entre os residentes e os non residentes pode resultar xustificábel, pois ambas categorías de persoas non se atopan nunha situación comparábel¹³⁴. No caso controvertido, a diferenza de trato estriba en que aos non residentes que obteñen nos Países Baixos menos do 90% dos seus ingresos se lles aplica un tipo de gravame do 25% sobre o primeiro tramo da base, mentres que aos residentes que exercen a mesma actividade económica se lles aplica un tipo de gravame do 13%, mesmo cando obteñen menos do 90% dos seus ingresos nos Países Baixos¹³⁵.

48. A xustificación do goberno neerlandés para a diferenza de trato era a necesidade de compensar a non aplicación da progresividade do imposto da que se beneficiaban os non residentes, xa que estes vían limitadas as súas obrigas fiscais nos Países Baixos aos ingresos obtidos nese Estado¹³⁶. Fronte a este argumento, o Tribunal de Xustiza recorda que —segundo o

¹³¹ Véxanse os apartados 3 a 9 da sentenza Asscher.

¹³² Véxase *supra*, núm. 26.

¹³³ Véxanse os apartados 23 e 35 da sentenza Asscher.

¹³⁴ Véxanse os apartados 36 a 44 da sentenza Asscher, nos que se fai eco da doutrina sentada na sentenza Schumacker, analizada máis arriba. O Tribunal acepta que a normativa controvertida “pode constituír unha discriminación indirecta por razón de nacionalidade” (apartado 39), e que para determinar se existe discriminación cómpre analizar se se están a “aplicar regras diferentes a situacións comparábeis ou ...[aplicando]... a mesma regra a situacións diferentes” (apartado 40).

¹³⁵ Véxase o apartado 45 da sentenza Asscher.

¹³⁶ Véxase o apartado 46 da sentenza Asscher.

convenio tipo da OCDE— os ingresos obtidos nun territorio por un non residente só poden ser sometidos a tributación nese Estado, quedando exentos no de residencia. Porén, o Estado de residencia pode ter en conta os citados ingresos para calcular a cota do imposto nese Estado, polo que se aplica a regra da progresividade¹³⁷. En consecuencia, considera que dado que tanto aos residentes como aos non residentes se lles aplica a regra da progresividade, pode sosterse que “os dous grupos de suxeitos pasivos están por tanto nunha situación comparábel a respecto de dita norma”¹³⁸, polo que aplicar aos non residentes un tipo de gravame incrementado constitúe unha discriminación indirecta prohibida nos tratados¹³⁹.

49. O Goberno neerlandés xustificaba a imposición dun tipo de gravame incrementado aos non residentes non obrigados a cotizar nos Países Baixos pola necesidade de evitar que estes experimentaran unha presión fiscal máis reducida que os residentes, derivada do feito de que estes últimos, malia ter que cotizar nos Países Baixos, non podían deducir esas cotizacións na súa base do imposto sobre a renda¹⁴⁰. Para o Tribunal de Xustiza esta argumentación non se sostén¹⁴¹, afirmando que a decisión de non permitir deducir as cotizacións sociais foi unha decisión das autoridades holandesas, que, por definición, afectaba unicamente aos obrigados a pagalas. Entende que establecer un tipo incrementado aos non residentes nesas condicións “equivale a sancionalos por non pagar cotizacións sociais nos Países Baixos”¹⁴² e que “a afiliación ou a non afiliación a un ou outro dos réximes nacionais de Seguridade Social non pode [...] xustificar a aplicación aos non residentes dun tipo de gravame incrementado”¹⁴³. E conclúe lembrando que a non afiliación ao réxime neerlandés de Seguridade Social no asunto analizado deriva da aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social e que os Estados membros non teñen competencia para determinar cando resulta aplicábel a súa propia lexislación, pois deben respectar a normativa comunitaria ao respecto. En consecuencia, non poden, mediante medidas fiscais, tratar de compensar a falta de abono de cotizacións sociais dun traballador ao réxime de Seguridade Social dese Estado¹⁴⁴.

¹³⁷ Véxase o apartado 47 da sentenza Asscher.

¹³⁸ Véxase o apartado 48 da sentenza Asscher.

¹³⁹ Véxase o apartado 49 da sentenza Asscher.

¹⁴⁰ Véxase o apartado 51 da sentenza Asscher.

¹⁴¹ Véxase o apartado 52 da sentenza Asscher.

¹⁴² Véxase o apartado 53 da sentenza Asscher.

¹⁴³ Véxase o apartado 54 da sentenza Asscher.

¹⁴⁴ Véxanse os apartados 60 e 61 da sentenza Asscher.

50. Finalmente, en materia de retribución tamén resultou problemático en supostos de traballo fronteirizo o método de cálculo de determinado complemento salarial pagado aos traballadores que —ao abeiro do disposto na normativa alemá¹⁴⁵— se acollían a un contrato a tempo parcial previo á xubilación. O asunto foi tratado polo Tribunal de Xustiza na sentenza Erny¹⁴⁶, onde se analizou a situación dun traballador fronteirizo empregado en Alemaña e con residencia en Francia que, en aplicación do Convenio Franco-Alemán para evitar a dobre imposición, abonaba o imposto da renda en Francia. Como consecuencia da maior progresividade do imposto alemán, os ingresos netos percibidos polo Sr. Erny eran superiores aos que percibiría de estar sometido ao imposto en Alemaña¹⁴⁷. Tras celebrar coa súa empresa un contrato de traballo a tempo parcial previo á xubilación, comezou a percibir o complemento previsto no convenio colectivo de aplicación¹⁴⁸, que a empresa cuantificaba aplicando con carácter ficticio o importe do imposto sobre os salarios que lle correspondería abonar no caso de ser residente en Alemaña. Dado que ese importe ficticio era maior que a cantidade efectivamente aboada en Francia polo Sr. Erny, a retribución neta que percibía non se achegaba ao 85% que lle correspondería segundo o convenio de empresa¹⁴⁹.

51. Ao considerarse discriminado pola empresa dada a súa condición de traballador fronteirizo, presentou unha demanda na que solicitou que para o cálculo do incremento non se lle aplicara con carácter ficticio o imposto sobre a renda alemán¹⁵⁰. Ao Tribunal do Traballo de Ludwigshafen am Rhein, que coñeceu a demanda do Sr. Erny, presentáronselle dúbidas de interpretación de normas de Dereito da Unión aplicábeis ao caso¹⁵¹. Decidiu, entón, formular unhas cuestións prexudiciais ao Tribunal de Xustiza a quen, en esencia, lle preguntou se era contrario ás citadas normas o xeito de proceder da empresa, isto é: empregar nun suposto de traballo fronteirizo a táboa que figura na orde ditada para desenvolver a Lei sobre o traballo a tempo parcial previo á xubilación, o que implicaba aplicar con carácter ficticio o imposto sobre a renda alemán, cando o traballador non estaba sometido —dada a súa condición de traballador fronteirizo— a el¹⁵². O Tribunal de remisión salientou que, con este proceder, os traballadores

¹⁴⁵ Lei sobre o traballo a tempo parcial previo á xubilación (Altersteilzeitgesetz).

¹⁴⁶ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 28 de xuño de 2012, asunto C-172/11.

¹⁴⁷ Véxase o apartado 14 da sentenza Erny.

¹⁴⁸ Véxanse os apartados 15 e 16 da sentenza Erny.

¹⁴⁹ Véxanse os apartados 17 a 22 da sentenza Erny.

¹⁵⁰ Véxanse os apartados 23 a 25 da sentenza Erny.

¹⁵¹ Artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e apartado 4 do artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/68 (hoxe Regulamento (UE) 492/2011).

¹⁵² Véxanse os apartados 27 e 34 da sentenza Erny.

fronteirizos suxeitos a imposición en Francia “perciben un importe moi inferior ao 85% dos ingresos netos que percibían antes do inicio do traballo a tempo parcial previo á xubilación, mentres que os traballadores suxeitos a imposición en Alemaña perciben un importe que corresponde a tanto alzado ao 85% dos seus ingresos netos anteriores”¹⁵³.

52. A resposta do Tribunal de Xustiza ás cuestións prexudiciais formuladas parte da afirmación de que o artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea prohíbe toda discriminación baseada na nacionalidade ao respecto do emprego, o traballo e a retribución¹⁵⁴, e que o apartado 4 do artigo 7 do Regulamento (CE) número 1612/1968 [hoxe Regulamento (UE) número 492/2011] determina a nulidade de toda cláusula de convenio colectivo que inclúa medidas discriminatorias para os traballadores nacionais doutros Estados membros, nomeadamente no que atinxe á retribución e ás demais condicións de traballo¹⁵⁵. Considera que o incremento que se abona aos traballadores en réxime de traballo a tempo parcial é un compoñente da retribución, polo que cae dentro do ámbito de aplicación das referidas disposicións do Dereito da Unión que establecen o principio de non discriminación¹⁵⁶, que “non só esixe que non se traten de maneira diferente situacións comparábeis senón tamén que situacións diferentes non sexan tratadas de xeito idéntico”¹⁵⁷. No caso analizado, entende que o cómputo ficticio do imposto sobre a renda alemán “ten unha incidencia desfavorábel na situación dos traballadores fronteirizos, xa que a dedución ficticia deste imposto ao determinar a base de cálculo do incremento desfavorece ás persoas que, como o Sr. Erny, residen e están suxeitos a imposición dun Estado membro distinto da República Federal de Alemaña, en relación cos traballadores residentes e suxeitos a imposición neste último Estado membro”¹⁵⁸, pois estes últimos perciben un importe que se corresponde aproximadamente co 85% dos ingresos netos que percibían anteriormente¹⁵⁹, mentres que os traballadores fronteirizos

¹⁵³ Véxase o apartado 26 da sentenza Erny. O Tribunal de remisión explica que isto é debido á maior progresividade do imposto alemán. Tamén indica que non se exclúe o feito de que os traballadores fronteirizos que tributan en Francia deban pagar en Francia por dito incremento. Téñase en conta que os traballadores suxeitos ao imposto en Alemaña non tributan por este incremento, aínda que se teña en conta para determinar o tipo de gravame aplicábel (véxase o apartado 18 da sentenza Erny).

¹⁵⁴ Véxase o apartado 35 da sentenza Erny.

¹⁵⁵ Véxase o apartado 37 da sentenza Erny.

¹⁵⁶ Véxase o apartado 38 da sentenza Erny. Indica que para tal conclusión é indiferente o feito de que parte do financiamento do mesmo proveña de fondos públicos.

¹⁵⁷ Véxase o apartado 40 da sentenza Erny.

¹⁵⁸ Véxase o apartado 42 da sentenza Erny.

¹⁵⁹ Véxase o apartado 43 da sentenza Erny.

perciben un importe que se sitúa moi por debaixo do citado 85%¹⁶⁰. Considera finalmente que os argumentos esgrimidos pola empresa demandada, baseados nas dificultades administrativas e nas consecuencias financeiras non poden ser estimados, pois en ningún caso xustifican a adopción de medidas discriminatorias¹⁶¹, como tampouco o argumento baseado na autonomía dos interlocutores sociais na fixación das condicións de traballo¹⁶², pois tal autonomía debe exercitarse respectando o Dereito da Unión, carecendo de relevancia o feito de que o Sr. Erny fose informado previamente do método de cálculo que se ía utilizar¹⁶³.

53. Por todo elo, conclúo que o artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e o apartado 4 do artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/1968 [hoxe Regulamento (UE) número 492/2011] “se opoñen a cláusulas de convenios colectivos e acordos individuais segundo as que un incremento salarial coma o discutido no asunto principal [...] debe calcularse de modo que o imposto sobre os salarios que se ha de pagar no Estado membro de emprego se deduce de maneira ficticia ao determinar a base de cálculo dese incremento, en tanto que, conforme a un Convenio para evitar a dobre imposición fiscal, os salarios [...] pagados aos traballadores que non residen no Estado membro de emprego están suxeitos a imposición no Estado membro de residencia deses traballadores”¹⁶⁴.

2. No goce de dereitos accesorios á actividade laboral

54. En ocasións, os traballadores fronteirizos ven dificultado o goce de dereitos accesorios á actividade laboral por conta propia ou allea por razón da súa residencia nun Estado membro distinto do de emprego. Aconteceu, en concreto, ao respecto da posibilidade de uso —con finalidade profesional e/ou particular— no Estado membro de residencia dun coche de empresa matriculado no Estado membro de emprego. O problema xurdiu ao respecto de traballadores fronteirizos que tiñan a súa residencia en Estados membros cuxa lexislación non permitía aos seus residentes o uso de automóbeis matriculados no estranxeiro, ou naqueles casos nos que permitindo o seu uso, esixía a realización de trámites administrativos e o abono impostos específicos para tal fin.

¹⁶⁰ Véxanse os apartados 44 e 45 da sentenza Erny.

¹⁶¹ Véxanse os apartados 47 e 48 da sentenza Erny.

¹⁶² Contemplada no artigo 152 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea

¹⁶³ Véxanse os apartados 49 a 51 da sentenza Erny.

¹⁶⁴ Véxase o apartado 54 da sentenza Erny.

55. Esta era a situación na que se atopaban, entre outros, os traballadores fronteirizos residentes en Dinamarca. En efecto, a normativa danesa, en principio, só permitía aos seus residentes a utilización en Dinamarca de automóbeis provistos de placas de matrícula danesa, o que implicaba o abono dun imposto de matriculación. Con carácter de excepción permitíaseles, previa autorización, o uso privado de vehículos matriculados no estranxeiro cando o uso principal dos mesmos se realizase fóra de Dinamarca¹⁶⁵. Esta normativa foi modificada con efectos de 1 de xullo de 1999. A partir dese momento, os residentes en Dinamarca podían utilizar nese Estado vehículos con matrícula estranxeira, esixíndolles o abono do imposto de matriculación a *pro rata* do tempo de uso dos mesmos en territorio danés.¹⁶⁶

56. A Comisión entendeu que a normativa danesa anterior a 1 de xullo de 1999, á que se acaba de facer referencia (en adiante réxime inicial), era contraria ao dereito á libre circulación de traballadores. Por tanto, enviou un requirimento a Dinamarca instándoa a adecuar a citada normativa ao Dereito da Unión. Tamén considerou que a normativa posterior a esa data (en adiante réxime modificado) era contraria ao citado dereito, polo que enviou a Dinamarca un requirimento complementario. Como queira que o Goberno danés na contestación a eses requirimentos non deu unha resposta satisfactoria, a Comisión decidiu interpoñer diante do Tribunal de Xustiza un recurso de incumprimento contra o citado Estado membro¹⁶⁷.

57. A Comisión entendía que a normativa controvertida entraba dentro do ámbito de aplicación do artigo 39 do Tratado da Comunidade Europea (hoxe artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), que garantía a libre circulación de traballadores dentro da Unión. Pola contra, o Goberno danés consideraba que a citada normativa quedaba fóra do seu ámbito, pois non supoñía obstáculo algún para o acceso ao mercado de traballo¹⁶⁸. Esta foi a primeira cuestión examinada polo Tribunal de Xustiza na súa sentenza e como punto de partida da súa análise, precisou que as

¹⁶⁵ Determinábase así o Decreto número 592 do Ministerio de Transportes, do 24 de xuño de 1996, relativo á matriculación de vehículos a motor. Véxanse os apartados 6 a 9 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Primeira) do 15 de setembro de 2005, asunto C-464/02, caso Comisión vs. Dinamarca.

¹⁶⁶ Cando se utilizaba un vehículo de empresa, o traballador en cuestión debía ter nesa empresa a súa principal ocupación, ademais o vehículo tiña que ser utilizado tanto en Dinamarca coma no Estado onde radicara a empresa que cedía o vehículo. Previase un sistema de abono diario ou trimestral do imposto e esixíase que no automóbil en cuestión se exhibira nun lugar visíbel unhas etiquetas adhesivas acreditativas do pagamento do mesmo (véxanse os apartados 13 a 25 da sentenza Comisión vs. Dinamarca).

¹⁶⁷ Véxanse os apartados 26 a 30 da sentenza Comisión vs. Dinamarca.

¹⁶⁸ Véxanse os apartados 32 e 33 da sentenza Comisión vs. Dinamarca.

disposicións contidas no Tratado da Comunidade Europea relativas á libre circulación de persoas “teñen por obxecto facilitar aos nacionais comunitarios o exercicio de calquera tipo de actividade profesional en todo o territorio da Comunidade e se ...[opoñen]... ás medidas que puideran colocar a estes nacionais nunha situación desfavorábel no suposto de que desexaran exercer unha actividade económica no territorio doutro Estado membro”¹⁶⁹. Serán, por tanto, contrarias á liberdade de circulación aquelas disposicións de Dereito nacional que impidan ou disuadan aos traballadores de abandonar o seu país de orixe para exercer esa liberdade, á marxe de que as disposicións en cuestión se apliquen con independencia da nacionalidade dos traballadores, sempre que condicionen o acceso de tales traballadores ao mercado de traballo¹⁷⁰. Considera que “as modalidades de exercicio dunha actividade poden condicionar tamén o acceso a esta mesma actividade” e que, por tanto, “unha normativa que se refira ás condicións de exercicio dunha actividade económica pode constituír un obstáculo á libre circulación”¹⁷¹. Isto é o que acontecería coa normativa controvertida. Por tanto, concluíu, non estaba excluída do ámbito de aplicación do artigo 39 do Tratado da Comunidade Europea (hoxe artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea)¹⁷².

58. Unha vez fixado que a normativa controvertida entra dentro do ámbito de aplicación da regulación do dereito á libre circulación de traballadores, cómpre determinar se efectivamente supón unha restrición a tal dereito e, no caso de supoñelo, se existe unha xustificación admisíbel para elo. Comezando pola análise da existencia dunha eventual restrición do dereito á libre circulación de traballadores por parte da normativa controvertida, o Tribunal de Xustiza recorda que o artigo 39 do Tratado da Comunidade Europea prohibe non só as discriminacións directas e indirectas, dado que tamén prohibe “as normativas nacionais que, aínda sendo aplicábeis con independencia da nacionalidade dos traballadores afectados, obstaculizan a libre circulación destes”¹⁷³. Considera que o réxime inicial podería disuadir aos empresarios doutros Estados membros a contratar a traballadores residentes en Dinamarca, pois lles obrigaría a matricular nese Estado o vehículo posto a disposición de tales traballadores. Por tanto, constituía un obstáculo para os traballadores residentes en Dinamarca o acceso a

¹⁶⁹ Véxase o apartado 34 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca, na que cita as do 15 de decembro de 1995, asunto C-415/93, caso Bosman, do 2 de outubro de 2003, asunto C-232/01, caso Van Lent, e do 29 de abril de 2004, asunto C-387/01, caso Weigel.

¹⁷⁰ Véxanse os apartados 35 e 36 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷¹ Véxase o apartado 37 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷² Véxase o apartado 38 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷³ Véxase o apartado 45 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

empregos noutros Estados membros¹⁷⁴. Pola súa banda, tras o 1 de xullo de 1999, o réxime inicial continuaba resultando tamén de aplicación para determinados traballadores fronteirizos con residencia en Dinamarca¹⁷⁵. Isto, segundo o Tribunal, tamén supuña un obstáculo á libre circulación para os traballadores residentes en Dinamarca que pretenderan desempeñar o seu emprego principal noutro Estado membro, xa que impoñía unha carga adicional, baixo a forma dun imposto de matriculación temporal, no suposto de cesión de uso de vehículo de empresa¹⁷⁶. Esta carga, ou ben suporía un sobrecusto salarial para o empresario, que se vería por tanto disuadido de contratar aos traballadores residentes en Dinamarca, ou ben afectaría directamente aos propios traballadores, que se verían retribuídos cun salario inferior ao percibido polos traballadores non residentes en Dinamarca¹⁷⁷. En ambos casos existiría unha limitación á libre circulación de traballadores, xa que —como indica o Tribunal— “o feito de que un traballador se atope en desvantaxe no plano das condicións laborais en relación cos seus colegas que residan no país do seu empresario, afecta directamente ao exercicio do seu dereito de libre circulación dentro da Comunidade”¹⁷⁸.

59. Tras determinar a existencia dunha restrición á libre circulación de traballadores por parte da normativa controvertida, é preciso analizar a existencia dunha eventual xustificación á mesma. Neste sentido o Goberno danés entendía que a normativa era lícita e compatíbel co Dereito comunitario e que a obriga de matriculación era o “corolario natural do exercicio da potestade tributaria”¹⁷⁹. Afirmou, en esencia, que tanto o réxime inicial coma o modificado estaban deseñados para evitar comportamentos fraudulentos para eludir o pagamento do imposto que grava os vehículos matriculados en Dinamarca e que as restricións establecidas eran proporcionais á finalidade pretendida¹⁸⁰.

60. O Alto Tribunal considera, ao respecto do réxime inicial —aplicábel tras a entrada en vigor do réxime modificado aos traballadores residentes en Dinamarca que desempeñasen un emprego non principal noutro Estado membro—, que para evitaren fraudes non se pode establecer unha presunción xeral de abuso e impedir a estes traballadores acollerse á posibilidade de abono do imposto de matriculación a *pro rata*, que si se lles

¹⁷⁴ Véxase o apartado 46 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷⁵ Véxanse os apartados 6 a 25 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷⁶ Véxase o apartado 47 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷⁷ Véxanse os apartados 48 e 49 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷⁸ Véxase o apartado 50 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁷⁹ Véxase o apartado 54 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

¹⁸⁰ Véxanse os apartados 55 a 59 da sentenza Comisión *vs.* Dinamarca.

permite aos traballadores residentes en Dinamarca que teñan o seu emprego principal noutro Estado membro¹⁸¹. No que atinxe ao réxime modificado, o Tribunal analiza a compatibilidade do establecemento do imposto de matriculación temporal previsto no mesmo co dereito á libre circulación de traballadores. Entende que naqueles casos nos que o automóbil de empresa vaia ser destinado principalmente á súa utilización en Dinamarca, este Estado membro poderá esixir o pagamento do imposto de matriculación sobre o citado vehículo. Porén, entende que cando o vehículo vaia ser utilizado principalmente fóra de Dinamarca, a vinculación do vehículo con este Estado é menor e, por tanto, non cabe establecer sobre o mesmo un imposto de matriculación¹⁸².

61. Dinamarca non foi o único Estado membro que veu cuestionada diante do Tribunal de Xustiza a súa lexislación interna por obstaculizar ou impedir o uso de vehículos de empresa por parte dos traballadores fronteirizos residentes no seu territorio. Tamén aconteceu ao respecto das normativas belga ou finesa¹⁸³. En Bélxica mesmo se chegaron a abrir procesos penais contra traballadores fronteirizos residentes nese Estado membro polo feito de utilizaren dentro do mesmo vehículos postos á súa disposición por unha empresa situada noutro Estado membro na que estes traballaban. Foi o que lle aconteceu aos señores Nadin e Durré. A compatibilidade da normativa belga que permitiu abrir un proceso penal contra os citados traballadores foi analizada na Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Primeira), do 15 de decembro de 2005¹⁸⁴, a raíz da presentación diante deste Tribunal dunha

¹⁸¹ Véxanse os apartados 63 a 68 da sentenza *Comisión vs. Dinamarca*.

¹⁸² Véxanse os apartados 70 a 83 da sentenza *Comisión vs. Dinamarca*.

¹⁸³ Ao respecto da normativa finesa véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Primeira) do 26 de febreiro de 2006, asunto C-232/03, caso *Comisión vs. Finlandia*, na que se declara que o citado Estado non respectou a liberdade de circulación de traballadores “ao impedir que os traballadores fronteirizos que residen en Finlandia e exercen un emprego noutro Estado membro poidan usar vehículos postos á súa disposición, por razón do seu cargo, polos seus empresarios establecidos noutro Estado membro e matriculados neste último Estado, pola única razón de que ditos traballadores fronteirizos residen en territorio finés, no que se introduciron os vehículos propiedade de ditos empresarios e ao impedir que os referidos traballadores fronteirizos poidan usar, para fins profesionais e privados, vehículos de empresa postos á súa disposición polos seus empresarios establecidos noutro Estado membro e matriculados neste último Estado, cando ditos vehículos non están destinados esencialmente ao seu uso en Finlandia con carácter permanente nin se usan de feito deste xeito, pola única razón de que ditos traballadores fronteirizos residen en territorio finés, no que se introduciron os vehículos propiedade de ditos empresarios” (Véxase DO C número 131, do 3 de xuño de 2006. Texto íntegro da sentenza só dispoñíbel en francés e finés).

¹⁸⁴ Asuntos acumulados C-151/04 e C-152/04. Esta non foi a única ocasión na que o Tribunal de Xustiza analizou a compatibilidade da normativa belga co Dereito comunitario a raíz dunha controversia relativa ao uso dun automóbil de empresa por parte dun traballador fronteirizo residente nese Estado membro. Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Cuarta) do 6 de xullo de 1988, asunto C-127/86, caso *Ledoux*.

cuestión prexudicial por parte do *Tribunal de Police* de Neufchâteau, na que se lle preguntou sobre a compatibilidade co dereito á libre circulación de traballadores e a liberdade de establecemento da normativa belga que obrigaba aos residentes nese Estado membro a matricular no mesmo o vehículo posto á súa disposición pola empresa para a que traballaban, situada noutro Estado membro, cando o traballador fose ao mesmo tempo accionista, administrador ou xerente da mesma¹⁸⁵.

62. En efecto, a normativa belga de circulación de vehículos obrigaba ás persoas residentes a matricular en Bélxica os vehículos que circulasen nese país, mesmo cando xa estiveran matriculados no estranxeiro. Porén, eximía dese requisito aos vehículos matriculados no estranxeiro utilizados por persoas físicas para o exercicio da súa profesión que lles fosen facilitados por un empresario estranxeiro para o que traballasen. Deberían, nestes casos, solicitar un certificado a expedir pola autoridade competente en materia do imposto sobre o valor engadido. Para que fose admisíbel a excepción, era precisa a existencia dunha relación real de subordinación entre o traballador e a empresa. Por esta razón, cando o traballador en cuestión fose un directivo da sociedade, para poder se acoller á exención cumpría acreditar que estaba sometido á autoridade dun representante da sociedade ou dun órgano da mesma¹⁸⁶.

63. O Sr. Nadin era un nacional belga residente nese país. Traballaba en Luxemburgo, como administrador da sociedade, Nadin-Lux SA. Utilizaba un vehículo matriculado en Luxemburgo, propiedade dunha sociedade financeira domiciliada tamén en Luxemburgo coa que Nadin-Lux SA tiña concertado un arrendamento financeiro. Iniciouse en Bélxica un proceso penal contra el a raíz dun control ao que foi sometido por parte do servizo de alfándegas e impostos especiais, no que se detectou que utilizaba, no exercicio da súa profesión, un vehículo matriculado no estranxeiro, propiedade dunha empresa estranxeira á que estaba vinculado por contrato de traballo, sen portar o correspondente certificado de IVE. Constaba no expediente de remisión que o Sr. Nadin solicitara o citado certificado e que

¹⁸⁵ Véxanse os apartados 28 e 29 da sentenza Nadin e Durré. Na sentenza faise referencia aos artigos 39 e 43 do Tratado da Comunidade Europea. Estas referencias deben considerarse efectuadas na actualidade aos artigos 45 e 49 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Tamén se fai referencia ao artigo 10 do Tratado da Comunidade Europea. Este artigo foi derogado co Tratado de Lisboa. O seu contido pode atoparse, en esencia, no artigo 4, punto 3, do Tratado da Unión Europea.

¹⁸⁶ Así o establecían o artigo 3 do Real decreto do 20 de xullo de 2001 e a Circular número 1/2000 da Administración de Facenda belga do 3 de maio de 2000 (véxanse os apartados 7 a 10 da sentenza Nadin e Durré).

lle fora denegado sobre a base de que desempeñaba unha función de administrador na empresa que o empregaba¹⁸⁷.

64. O Sr. Durré era tamén un nacional belga residente nese país e empregado en Luxemburgo. Estaba contratado pola sociedade Delisalade SA. Esta empresa inicialmente fora unha sociedade de responsabilidade limitada unipersoal, propiedade súa, pero posteriormente se transformou en sociedade anónima, converténdose este en socio minoritario e administrador da mesma. En virtude do establecido no contrato de traballo que unía ao Sr. Durré con Delisalade SA, a empresa puxo un vehículo á súa disposición, que podía utilizar tamén con fins privados. O Sr. Durré non estaba en posesión do certificado de IVE correspondente a ese vehículo. Tras ser sometido a un control por parte dos servizos de alfándegas e impostos especiais, iniciouse un proceso penal contra el ao se detectar que circulaba por territorio belga cun automóbil matriculado en Luxemburgo, incumprindo, por tanto, a obriga de telo matriculado en Bélxica, que se lle esixía para poder utilizar o vehículo nese país, ao ser residente no mesmo; elo con independencia de que o automóbil estivera xa matriculado no estranxeiro¹⁸⁸.

65. A primeira cuestión analizada polo Tribunal de Xustiza na súa resposta á cuestión prexudicial formulada foi a relativa á condición de traballadores por conta allea ou por conta propia dos Sres. Nadin e Durré, pois en función dela veríanse abeirados pola liberdade de circulación de traballadores ou pola liberdade de establecemento. Indica o Tribunal que existe relación laboral naqueles casos nos que “unha persoa realiza, durante un tempo determinado, en favor doutra e baixo a dirección desta, certas prestacións polas cales percibe unha remuneración” e, pola contra “debe cualificarse de actividade non asalariada [...] a actividade que unha persoa exerce sen que exista relación de subordinación”¹⁸⁹, mais con todo entende que non lle corresponde a el determinar a existencia ou non de subordinación nos supostos controvertidos¹⁹⁰. Tendo en consideración que a lexislación belga permite aos traballadores por conta allea residentes en Bélxica circular por ese país cun vehículo matriculado no estranxeiro e posto á súa disposición pola empresa situada no estranxeiro para a que traballan, circunscribe a resposta á cuestión prexudicial formulada a

¹⁸⁷ Véxanse os apartados 16 a 21 da sentenza Nadin e Durré.

¹⁸⁸ Véxanse os apartados 22 a 27 da sentenza Nadin e Durré.

¹⁸⁹ Véxase o apartado 31 da sentenza Nadin e Durré, no que se cita a Sentenza do 20 de novembro de 2001, asunto C-268/99, caso Jany e outros.

¹⁹⁰ Véxase o apartado 32 da sentenza Nadin e Durré.

analizar a compatibilidade coa liberdade de establecemento da prohibición de tal posibilidade no caso de traballo por conta propia¹⁹¹.

66. O Tribunal recorda que, con independencia da nacionalidade dos traballadores afectados —como xa indicara noutras sentenzas¹⁹²—, unha disposición de Dereito nacional que impida ou disuada a un nacional dun Estado membro a abandonar o seu país de orixe para exercer o dereito á libre circulación constitúe un obstáculo á liberdade de circulación establecida nos Tratados¹⁹³. Entende ademais que “non cabe dúbida algunha de que unha obriga de matriculación como a controvertida nos litixios principais constitúe igualmente un obstáculo á libre circulación de persoas na medida en que impón tal obriga aos traballadores por conta propia”¹⁹⁴.

67. Sentada a existencia dunha restrición á libre circulación de persoas derivada da lexislación controvertida, o Tribunal analizou a existencia dunha eventual xustificación á mesma.¹⁹⁵ Tanto o Goberno belga coma o do Reino Unido, que presentou observacións no procedemento, esgrimiron eventuais xustificacións á restrición á liberdade de circulación, que foron rexeitadas polo Tribunal de Xustiza. Así, por parte do Goberno belga alegouse a necesidade de eludir a evasión fiscal e de evitar abusos, ao que lle respondeu o Tribunal que para acadar tal obxectivo non cabe establecer unha presunción xeral de abuso sobre a base de que un traballador por conta propia residente en Bélxica utilice nese Estado membro un automóbil posto á súa disposición pola empresa na que traballa, establecida noutro Estado membro¹⁹⁶. Tamén alegou a necesidade dunha identificación fiábel, ao que lle respondeu o Tribunal que todos os Estados membros contan cun sistema de matriculación de vehículos, polo que resulta posíbel identificar ao propietario de calquera vehículo con independencia do Estado membro no que estea matriculado¹⁹⁷. Por último, o Goberno belga esgrimiou razóns de seguridade viaria, que o Tribunal non comparte, indicando que esta si podería xustificar unha restrición á libre circulación, pero puntualiza que,

¹⁹¹ Véxase o apartado 33 da sentenza Nadin e Durré.

¹⁹² Entre elas na do 15 de setembro de 2005, asunto C-464/02 caso Comisión vs. Dinamarca que acaba de ser analizada.

¹⁹³ Véxase o apartado 35 da sentenza Nadin e Durré.

¹⁹⁴ Véxase o apartado 36 da sentenza Nadin e Durré, que ten en conta a doutrina da citada sentenza Comisión vs. Dinamarca.

¹⁹⁵ Non entrou a analizar se nos casos controvertidos os automóbeis postos a disposición dos señores Nadin e Durré estaban destinados a ser utilizados principalmente en Bélxica, o que permitiría sometelos ao imposto de matriculación nese país, pois tal análise lle correspondía ao xuíz nacional (véxanse os apartados 41 e 42 da sentenza Nadin e Durré).

¹⁹⁶ Véxanse os apartados 45 e 46 da sentenza Nadin e Durré.

¹⁹⁷ Véxase o apartado 48 da sentenza Nadin e Durré.

isto só sería posíbel no caso de que a normativa belga esixira controis adicionais para a matriculación de vehículos no seu territorio, dado que, en caso contrario, o principio de equivalencia e recoñecemento mutuo consagrado na Directiva 96/96/CE do Consello, do 20 de decembro de 1996, obriga ao Goberno belga a recoñecer o certificado de inspección técnica de vehículos expedido noutro Estado membro¹⁹⁸. Pola súa banda, o Goberno do Reino Unido fixo referencia á necesidade de protección do medio ambiente, que se levaría a cabo penalizando na matriculación aos vehículos máis contaminantes. Esta tamén sería, segundo o Tribunal de Xustiza, unha xustificación válida á restrición da libre circulación, pero entende que non resultaba aplicábel aos asuntos controvertidos, onde a obriga de matriculación tiña unicamente un obxectivo de índole fiscal¹⁹⁹. Por todo elo, conclúe o Alto Tribunal que a normativa belga discutida é contraria ao dereito de establecemento, toda vez que impón “a un traballador por conta propia residente nese Estado membro a obriga de matricular nel un vehículo de empresa posto á súa disposición pola sociedade para a que traballa, establecida nun segundo Estado membro, cando dito vehículo non estea destinado a ser utilizado esencialmente con carácter permanente no primeiro Estado membro nin, de feito, sexa utilizado dese xeito”²⁰⁰.

3. En materia de Dereito colectivo do traballo

68. O dereito á igualdade de trato e á non discriminación tamén ten repercusión no ámbito do Dereito colectivo do traballo, de modo que os traballadores fronteirizos —coma os restantes traballadores que fan uso do dereito á libre circulación— tamén teñen garantido, en virtude das disposicións do Regulamento (UE) número 492/2011, os dereitos sindicais no Estado membro de emprego, sen que o feito de residiren nun Estado membro distinto do de emprego poida abeirar limitación algunha no seu goce²⁰¹. En concreto, o artigo 8 garántelles o dereito á afiliación sindical nas mesmas condicións que os traballadores nacionais e o exercicio dos dereitos sindicais, incluídos o dereito de sufraxio activo e pasivo, tanto nas organizacións sindicais coma nos órganos de representación dos traballadores dentro das empresas²⁰².

¹⁹⁸ Véxanse os apartados 49 e 50 sentenza Nadin e Durré.

¹⁹⁹ Véxase o apartado 52 da sentenza Nadin e Durré.

²⁰⁰ Véxase o apartado 55 da sentenza Nadin e Durré.

²⁰¹ Para unha análise do dereito de participación dos traballadores no ámbito da Unión Europea véxase FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006).

²⁰² Este dereito tamén incluíría o de fundaren sindicatos. A este respecto, véxase RENTERO JOVER, J., “Trabajadores comunitarios: Derechos laborales y sindicales”, cit., páx. 343.

69. Porén, debe terse en conta unha excepción ao principio de igualdade de trato e de non discriminación en materia de Dereito colectivo do traballo permitida no propio Regulamento (UE) número 492/2011. Fai referencia á elixibilidade para postos de administración e dirección de organizacións sindicais. Para estes supostos prevese a posibilidade de establecer limitacións consistentes na prohibición da xestión de organismos de Dereito público, así como do exercicio de funcións de Dereito público. En todo caso, téñase en conta que a limitación non deriva da condición de traballadores fronteirizos senón, no seu caso, do feito de non ser nacionais do Estado membro de emprego²⁰³.

C) Acceso ás vantaxes sociais

70. Tal e como se adiantou, o apartado 2 do artigo 7 do Regulamento (UE) número 492/2011 indica que os traballadores que fan uso da liberdade de circulación teñen dereito a beneficiarse das mesmas vantaxes sociais das que gozan os traballadores nacionais²⁰⁴. O recoñecemento do referido dereito por parte dos traballadores migrantes, disposto na normativa reguladora do dereito á libre circulación de traballadores, ten como finalidade facilitar a mobilidade dos mesmos no seo da Unión Europea²⁰⁵. As vantaxes sociais comprenden, en palabras do Tribunal de Xustiza, “todas as vantaxes que, vinculadas ou non a un contrato de traballo, se recoñecen aos traballadores nacionais por razón, principalmente, da súa condición de traballadores ou polo mero feito de que teñen a súa residencia habitual en territorio nacional”²⁰⁶.

²⁰³ O parágrafo segundo do apartado 1 do artigo 8 establece a condición de mínimos dos dereitos aos que se fai referencia no parágrafo primeiro, pois indica que tales disposicións “non irán en detrimento das lexislacións ou regulamentacións que, en determinados Estados membros, concedan dereitos máis amplos aos traballadores procedentes doutros Estados membros”.

²⁰⁴ O concepto de vantaxe social “foi o máis controvertido en torno ao traballo fronteirizo”, véxase CABEZA PEREIRO, J., “Os traballadores transfronteirizos”, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2006), pág. 30.

²⁰⁵ O Tribunal de Xustiza declarou ao respecto das vantaxes sociais que a súa “extensión aos traballadores migrantes permite facilitar a mobilidade destes no interior da Comunidade”. Véxase o apartado 48 *in fine* da sentenza Hendrix e o apartado 39 *in fine* da sentenza Meints.

²⁰⁶ Véxase o apartado 48 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 11 de setembro de 2007, asunto C-287/05, caso Hendrix, na que cita as do 27 de marzo de 1985, asunto 249/83, caso Hoeckx, apartado 20 e do 12 de maio de 1998, asunto C-85/96, caso Martínez Sala, apartado 25. Véxase tamén o apartado 12 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 18 de xullo de 2007, asunto C-213/05, caso Geven.

71. É un concepto amplo que, tal e como indicou o Alto Tribunal europeo, non pode ser interpretado de xeito restritivo.²⁰⁷ Así, deben ser consideradas vantaxes sociais beneficios de moi diversa natureza, que van desde axudas a persoas por razón de discapacidade a indemnizacións por despedimento, pasando por bolsas de estudo ou axudas relacionadas coa natalidade. O Tribunal de Xustiza ten declarado, en controversias referidas especificamente a supostos de traballo fronteirizo, que constitúen vantaxes sociais para os traballadores migrantes a prestación de crianza establecida pola Lei alemá relativa á concesión de prestacións e permisos de crianza (*Bundeserziehungsgeldgesetz*, en adiante «BERzGG»)²⁰⁸; determinadas indemnizacións concedidas a traballadores agrícolas despedidos por cese de actividade do seu empresario, acaecido dentro dun programa estatal de racionalización do sector produtivo²⁰⁹; o financiamento dos estudos do fillo dun traballador, cando este continúe sufragando a manutención de aquel²¹⁰; as prestacións concedidas polos *Länder* alemás en favor de invidentes, xordos e discapacitados²¹¹; a prestación en favor de mozos discapacitados establecida pola Lei de asistencia á discapacidade en favor de mozos discapacitados (denominada *Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten*, do 24 de abril de 199, en adiante Wajong)²¹²; ou a

²⁰⁷ Véxase o apartado 39 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 27 de novembro de 1997, asunto C-57/96, caso Meints.

²⁰⁸ Véxase o apartado 2 da sentenza do caso Hartmann, citada, e o apartado 13 da Sentenza do caso Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 18 de xullo de 2007, asunto C-213/05, caso Geven. En ambas faise referencia á sentenza do 12 de maio de 1998, asunto, C-85/96, caso Martínez Sala. Véxase tamén o apartado 27 da Sentenza da Sala Quinta do 10 de outubro de 1996, asuntos acumulados C-245/94 e C-312/94, caso Hoyer e Zachow, no que se determina que a prestación de crianza alemá debe asimilarse a unha prestación familiar e, polo tanto, queda incluída dentro do ámbito de aplicación da normativa da Unión de coordinación dos sistemas de Seguridade Social. Para a análise desta prestación, véxase *infra*, núm. 296.

²⁰⁹ Véxanse os apartados 37 a 42 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 27 de novembro de 1997, asunto C-57/96, caso Meints. Para a análise desta prestación, véxase *infra*, núm. 92.

²¹⁰ Véxase o apartado 19 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 8 de xuño de 1999, asunto C-337/97, caso Meeusen, na que se cita a do 26 de febreiro de 1992, asunto C-3/90, caso Bernini. Véxase o apartado 40 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 20 de xuño de 2013, asunto C-202/12, caso Giersch e outros. Para a análise desta prestación véxase *infra*, núm. 84 e ss.

²¹¹ Véxase o apartado 34 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 5 de maio de 2011, asunto C-206/2010, caso Comisión vs. Alemaña. Para unha análise desta prestación véxase, *infra*, núms. 87 e ss. e 149.

²¹² Véxase o apartado 49 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 11 de setembro de 2007, asunto C-287/05, caso Hendrix. Véxase o apartado 51 desta sentenza, na que se indica que a prestación en cuestión constitúe tamén unha prestación especial en metálico de carácter non contributivo. Para a análise desta prestación véxase *infra*, núms. 77 e 332 e ss.

axuda para o aforro-pensión prevista na Lei federal alemá sobre o imposto da renda (*Einkommensteuergesetz*, en adiante EStG)²¹³.

72. Malia a dicción taxativa do apartado 2 do artigo 7 do Regulamento (UE) número 492/2011, o dereito ao goce das vantaxes sociais por parte dos traballadores fronteirizos resultou controvertida, precisamente polo feito de residiren e traballaren en distintos Estados membros. Por exemplo, alegouse que esta categoría de traballadores non podería en ningún caso ampararse na citada norma para poder gozar das vantaxes sociais, pois a mesma non prevía a exportación de tales vantaxes²¹⁴, ou que recoñecerlles o dereito ao goce das vantaxes sociais no Estado membro de emprego os colocaría nunha situación máis favorábel ao respecto dos traballadores que traballan e residen nun mesmo Estado membro, pois poderían lucrarse das mesmas en dous Estados membros distintos (o de emprego e o de residencia)²¹⁵. Analizarase de seguido o dereito dos traballadores fronteirizos a accederen ás vantaxes sociais e a repercusión que sobre o acceso ás mesmas pode derivarse do feito de teren a residencia e o emprego en distintos Estados membros. Por razón de sistemática, examínanse separadamente os dereitos en materia de aloxamento e vivenda, de acceso a prestacións, e de indemnizacións e axudas por extinción de contrato.

1. En materia de aloxamento e vivenda

73. O Regulamento (UE) número 492/2011 contén disposicións referidas ao acceso ao aloxamento e á vivenda dos traballadores que fan uso da liberdade de circulación. Indica que os traballadores nacionais dun Estado membro que estean empregados noutro Estado membro gozarán “de todos

²¹³ Véxanse os apartados 39 a 50 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 10 de setembro de 2009, asunto C-269/07, caso Comisión vs. Alemaña. Para unha análise da aplicabilidade aos supostos de traballo fronteirizo dos mecanismos previstos na EStG, véxase *supra*, núm. 39 e ss.

²¹⁴ Sostivérono así os Gobernos francés e neerlandés no caso Meints. Véxase o apartado 49 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 27 de novembro de 1997, asunto C-57/96. Véxase tamén o apartado 28 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 24 de setembro de 1998, asunto C-35/97, caso Comisión vs. Francia.

²¹⁵ Esta foi a argumentación do Goberno alemán e do Reino Unido en contra da posibilidade de que a esposa non traballadora dun traballador fronteirizo puidera solicitar no Estado membro de emprego do seu marido unha prestación de crianza, que se outorgaba ás persoas domiciliadas ou residentes nese Estado membro que tivesen un fillo a cargo e se ocupasen do seu coidado e educación sen exercerem actividade laboral a xornada completa. Véxanse os apartados 4 e 16 da sentenza Hartmann. Esta argumentación tamén foi sostida polos mesmos gobernos no caso Geven. Véxase o apartado 14 desa sentenza. Véxase tamén o apartado 28 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 24 de setembro de 1998, asunto C-35/97, caso Comisión vs. Francia.

os dereitos e vantaxes concedidos aos traballadores nacionais en materia de aloxamento, incluíndo o acceso en propiedade da vivenda que necesite[n]”²¹⁶. Este dereito debe ser matizado nos supostos de traballo fronteirizo, por razón das características definitorias desta modalidade de traballo. No que atinxe ao dereito ao aloxamento no Estado membro de emprego, os traballadores fronteirizos poderán estar eventualmente interesados no mesmo, dada a posibilidade de regreso semanal e non necesariamente diario ao Estado de residencia. Neste suposto, deberán estar na mesma situación que os traballadores nacionais do Estado de emprego que precisen un aloxamento para os días de semana no lugar de emprego, sen que poidan sufrir discriminación de ningunha clase por mor da súa residencia noutro Estado membro.

74. Cousa distinta é o acceso á propiedade dunha vivenda no Estado membro de emprego. Estes traballadores, en principio, non estarán interesados en adquirir unha vivenda nese Estado membro, pero, no suposto de que o estivesen, non poderán ser discriminados polo feito de residiren noutro Estado membro e, en consecuencia, deberán recibir o mesmo trato que os traballadores nacionais do Estado membro en cuestión que estean en circunstancias análogas a eles (isto é, que residan nun territorio ou rexión distintos do lugar de emprego)²¹⁷.

75. Para rematar esta cuestión, débese salientar que o Regulamento (UE) número 492/2011 non garante expresamente a igualdade de trato dos traballadores fronteirizos no Estado membro de residencia con respecto aos traballadores que traballan e residen no mesmo. Sen embargo, a falta dun pronunciamento expreso sobre este asunto por parte do Tribunal de Xustiza, debe considerarse que estes traballadores, que, como se veu²¹⁸, teñen garantida a igualdade de trato por teren feito uso do seu dereito á libre circulación fronte ao seu Estado de orixe, non poderán ser discriminados neste polo feito de traballaren noutro Estado membro. En consecuencia, nesta cuestión deberán ser tratados coma os restantes

²¹⁶ Véxase o apartado 1 do artigo 9. O apartado 2 deste artigo establece o dereito destes traballadores a “se inscribir nas listas de solicitantes de vivendas na rexión na que estea[n] empregado[s]” nas mesmas condicións que os nacionais dese Estado membro. Ao respecto dos familiares do traballador residentes Estado membro de orixe presúmese, para os efectos dos dereitos derivados da inclusión nas listas, que son residentes no Estado membro de emprego, sempre que a lexislación dese Estado estableza tal presunción ao respecto dos seus nacionais.

²¹⁷ Nótese que o apartado 2 do artigo 9 fai referencia “as listas de solicitante de vivendas na rexión na que estea empregado”.

²¹⁸ A este respecto véxanse o apartado 32 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 27 de xuño de 1996, asunto C-107/94, caso Asscher. Véxase tamén o apartado 21 da do 12 de maio de 1998 (Pleno), asunto C-336/96, caso Gilly.

traballadores que traballan dentro dese Estado membro nun lugar distinto ao da súa residencia²¹⁹.

2. En materia de prestacións

76. En determinados casos, cuestionouse o acceso dos traballadores fronteirizos a concretas vantaxes sociais en forma de prestacións polo feito de non seren residentes no Estado membro de emprego. Isto aconteceu ao respecto dos seguintes beneficios: a prestación de asistencia a mozos discapacitados existente nos Países Baixos, a prestación de crianza prevista na lexislación alemá, a bolsa de estudos en beneficio de fillos de traballadores neerlandesa, e a prestación en favor de invidentes, xordos e discapacitados outorgada ao abeiro da normativa de determinados *Länder* alemás.

77. Comezando pola prestación de asistencia a mozos e mozas discapacitados neerlandesa, recollida na Lei de asistencia á discapacidade en favor de mozos discapacitados (*Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicaptten*, en adiante Wajong), debe indicarse que esta prestación, ademais de ser considerada unha vantaxe social²²⁰, constitúe unha prestación especial en metálico non contributiva. Tal e como se verá máis adiante²²¹, este tipo de prestacións son obxecto de regulación específica por parte da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade

²¹⁹ O acceso a unha vivenda no Estado membro de residencia por parte dos traballadores fronteirizos tamén pode ter consecuencias orde tributaria no Estado membro de emprego, naqueles casos en que estean sometidos no mesmo ao imposto da renda por obriga persoal. Véxase a este respecto a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 10 de setembro de 2009, asunto C-269/07, caso Comisión vs. Alemaña. Nela o Tribunal declarou contrario ao artigo 39 do Tratado das Comunidades Europeas (hoxe artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea) e ao artigo 7, apartado 2 do Regulamento (CEE) número 1612/68 (hoxe Regulamento (UE) número 492/2011) a normativa alemá sobre o imposto da renda na medida en que non permitía acollerse aos beneficios fiscais previstos para os casos de adquisición de vivenda habitual aos traballadores fronteirizos empregados en Alemaña por razón de que o inmóbel adquirido non estaba situado en Alemaña. Véxanse os apartados 70 a 85 da referida sentenza. Véxase tamén a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 16 de outubro de 2008, asunto C-527/06, caso Renneberg. Nesta segunda sentenza o Tribunal declara contrario ao artigo 39 do Tratado da Comunidade Europea (hoxe artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea) a normativa dun Estado membro que se opoñía a que un cidadán comunitario, non residente no Estado membro no que obtén a case totalidade das súas rendas impositíbeis, tivese en consideración no mesmo os rendementos negativos derivados dunha vivenda da súa propiedade situada no Estado membro de residencia para os efectos do imposto sobre a renda, mentres que si se lle permitía a un traballador residente nese Estado. Véxase tamén a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 18 de xaneiro de 2008, asunto C-152/05, caso Comisión vs. Alemaña.

²²⁰ Véxase *supra*, núm. 71 e o apartado 49 da sentenza Hendrix.

²²¹ Véxase *infra*, núm. 323 e ss.

Social que, en esencia, determina que sexan facilitadas no Estado membro de residencia e de conformidade coa súa lexislación²²². Pois ben, o Tribunal entende que as disposicións contidas naquela normativa deben ser interpretadas á luz do obxectivo de “contribuír ao establecemento da máis ampla liberdade posíbel no ámbito da circulación dos traballadores migrantes”²²³, e tamén que “o artigo 7, apartado 2, do Regulamento núm.1612/68 constituía a expresión particular, no ámbito específico das vantaxes sociais, do principio de igualdade de trato”²²⁴. Por tanto, só será posíbel opor o cumprimento dun requisito de residencia para teren dereito a unha prestación como a regulada na Wajong “no caso de que dito requisito estea xustificado obxectivamente e sexa proporcionado ao obxectivo formulado”²²⁵. O Tribunal entende que establecer un requisito de residencia para teren dereito ao acceso a esta concreta prestación está xustificado, pois é unha prestación que está estreitamente ligada ao contexto socioeconómico do Estado membro que a establece e, ademais, forma parte das prestacións especiais en metálico non contributivas²²⁶. Por último, entende que o establecemento do requisito de residencia non vai máis alá do necesario para acadar o obxectivo lexítimo da lei nacional, tanto máis cando permite, con carácter excepcional, a inaplicación do mesmo cando a súa aplicación puidera dar lugar a unha situación de inxustiza maior²²⁷. Por todo elo chegou á conclusión de que non é contraria ao artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/68²²⁸ unha lexislación nacional adoptada en aplicación da normativa comunitaria reguladora das prestacións especiais en metálico non contributivas que estableza un requisito de residencia para o acceso a unha prestación como a Wajong²²⁹.

78. Tamén se cuestionou, desde a perspectiva das vantaxes sociais, o dereito ao goce da prestación de crianza alemá por parte de traballadores fronteirizos empregados en Alemaña e residentes noutro Estado membro²³⁰. Para a análise desta cuestión resulta particularmente relevante a doutrina contida na sentenza do caso Hartmann, na que se analiza non só o dereito

²²² Véxase o artigo 70 do Regulamento (CE) número 883/2004.

²²³ Véxase o apartado 52 da sentenza Hendrix, na que cita a do 8 de marzo de 2001, asunto C-215/99, caso Jauch, apartado 20.

²²⁴ Véxase o apartado 53 da sentenza Hendrix. As referencias ao Regulamento (CEE) número 1612/68 deben entenderse efectuadas na actualidade ao Regulamento (UE) número 492/2011.

²²⁵ Véxase o apartado 54 da sentenza Hendrix.

²²⁶ Véxase o apartado 55 da sentenza Hendrix.

²²⁷ Véxanse os apartados 56 e 57 da sentenza Hendrix.

²²⁸ Regulamento sobre libre circulación de traballadores vixente na data da sentenza. As referencias ao mesmo deben entenderse hoxe efectuadas ao Regulamento (UE) número 492/2011.

²²⁹ Véxase o apartado 58 da sentenza Hendrix.

²³⁰ Para a análise desde o punto de vista de Seguridade Social véxase *infra*, núm. 296 e ss.

ao goce deste tipo de prestacións no Estado membro de emprego por parte dos traballadores fronteirizos, senón mesmo dos seus consortes. No que neste punto interesa, formulóuselle unha cuestión prexudicial ao Tribunal de Xustiza relativa a se constitúe unha discriminación indirecta, prohibida na normativa reguladora do dereito á libre circulación de traballadores, denegarlle no Estado membro de emprego unha prestación de crianza á consorte dun traballador fronteirizo sobre a base de que a persoa solicitante non ten emprego nin a súa residencia no mesmo²³¹.

79. O Tribunal de Xustiza indica que, no caso analizado, á solicitante só se lle pode conceder a prestación demandada “se dita prestación constitúe para o seu esposo unha vantaxe social”, xa que ela é unicamente “unha beneficiaria indirecta do trato nacional concedido ao traballador migrante”²³². Entrando na análise deste extremo, indica que unha prestación como a controvertida “que permite que un dos pais se dedique á educación dun fillo de curta idade, compensando as cargas familiares [...], beneficia á familia na súa integridade, con independencia do proxenitor que a solicite” e, por tanto, “a concesión de dita prestación ao cónxuxe do traballador pode rebaixar a obriga que ten este último de contribuír ás cargas familiares, e por tanto, constitúe para el unha «vantaxe social»”²³³.

80. Unha vez establecido que o goce dunha prestación como a de crianza alemá por parte do consorte dun traballador fronteirizo constitúe para o propio traballador unha vantaxe social, cómpre determinar se é conforme á normativa comunitaria a negativa a conceder tal prestación polo feito de non residir nin traballar a persoa solicitante no Estado membro que a concede. Segundo recorda o Tribunal, a normativa comunitaria sobre liberdade de circulación de traballadores prohibe “non só as discriminacións manifestas, baseadas na nacionalidade, senón tamén calquera forma de discriminación encuberta que, aplicando outros criterios de diferenciación, conduza de feito ao mesmo resultado”²³⁴. En consecuencia, “a menos que estea xustificada obxectivamente e sexa proporcionada ao obxectivo perseguido, unha disposición de Dereito nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cando, pola súa propia natureza, poida afectar máis aos traballadores migrantes que aos traballadores nacionais e implique por conseguinte o risco de prexudicaren, en particular, aos primeiros”²³⁵. Entende o Alto Tribunal que isto é o que

²³¹ Véxanse os apartados 14 e 21 da sentenza Hartmann.

²³² Véxase o apartado 25 da sentenza Hartmann.

²³³ Véxase o apartado 26 da sentenza Hartmann.

²³⁴ Véxase o apartado 29 da sentenza Hartmann, no que cita a sentenza Meints (apartado 44).

²³⁵ Véxase o apartado 30 da sentenza Hartmann, no que cita a sentenza Meints (apartado 45).

acontece no caso analizado, pois un requisito coma o de residencia é máis doado de cumprir polos traballadores nacionais que polos migrantes procedentes doutros Estados membros, ou polos seus cónxuxes²³⁶.

81. O Goberno alemán alegou que a prestación controvertida tiña por obxecto permitir que sexan os pais os que se encarguen directamente do coidado dos seus fillos, renunciando ou limitando a súa actividade económica. Pretendeu xustificar a esixencia do requisito de emprego ou residencia da persoa solicitante en Alemaña á necesidade de existencia dun vínculo real desa persoa coa sociedade alemá, dado que a prestación en cuestión é un instrumento de política familiar destinado a promover a natalidade en Alemaña²³⁷. A resposta do Tribunal de Xustiza constata o feito de que a normativa nacional analizada non esixía en todos os casos o cumprimento do requisito de residencia, dado que permitía, entre outros, aos traballadores fronteirizos gozar por si mesmos desta prestación cando o seu emprego en Alemaña non se puidera considerar menor ou de escasa entidade²³⁸.

82. Entende o Tribunal que a citada normativa non establecía como único vínculo aceptábel a residencia en Alemaña, senón que tamén consideraba como vínculo suficiente que a persoa en cuestión realizara unha contribución significativa ao mercado de traballo alemán²³⁹. Nestas circunstancias conclúe que non se lle pode negar ao cónxuxe dun traballador fronteirizo empregado en Alemaña o acceso á prestación de crianza prevista na lexislación dese Estado membro sobre a base de que non reside nin está empregado no mesmo²⁴⁰. E todo isto porque, recórdese, o goce da mesma por parte do cónxuxe do traballador fronteirizo representa unha vantaxe social para o propio traballador²⁴¹.

83. Por tanto, o elemento relevante para determinar o dereito ao goce dunha vantaxe social como a prestación de crianza alemá por un traballador fronteirizo (ou o seu consorte) é a realización por parte de aquel dunha contribución significativa ao mercado de traballo do Estado membro de emprego²⁴². En consecuencia, cando o vínculo con este Estado non teña

²³⁶ Véxase o apartado 31 da sentenza Hartmann.

²³⁷ Véxanse os apartados 32 e 33 da sentenza Hartmann.

²³⁸ Véxanse os apartados 34 e 35 da sentenza Hartmann.

²³⁹ Véxase o apartado 36 da sentenza Hartmann.

²⁴⁰ Véxase o apartado 37 da sentenza Hartmann.

²⁴¹ Véxase o apartado 26 da sentenza Hartmann.

²⁴² Para unha análise dos coñecidos como *minijobs* en Alemaña, véxase ARUFE VARELA, A., "Los "minijobs" alemanes. Un estudio de su régimen jurídico, laboral y de seguridad social

entidade suficiente, será posíbel negarlle o goce de tal prestación ao traballador fronteirizo. Enténdese que a realización dun emprego menor no Estado membro de emprego por parte do traballador fronteirizo non constitúe vínculo abondo para ter dereito a gozar no mesmo dunha vantaxe social de tales características, que foi o suposto analizado polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso da Sra. Geven²⁴³, que era unha cidadá neerlandesa residente nos países baixos que realizaba un traballo de entre 3 e 14 horas semanais en Alemaña, polo que percibía unha remuneración entre os 40 e os 168,70 marcos alemás. Nunha situación destas características o Tribunal considera que “constitúe unha xustificación lícita para denegar a vantaxe social controvertida, o feito de que o traballador que non reside no Estado membro de que se trate non teña unha actividade profesional suficientemente significativa neste Estado”²⁴⁴, e conclúe que a normativa comunitaria reguladora do dereito á libre circulación de traballadores “non se opón a que a normativa nacional dun Estado membro exclúa a unha nacional doutro Estado membro que reside nese Estado e exerce unha actividade profesional menor (entre tres e catorce horas semanais) no primeiro Estado do beneficio dunha vantaxe social coas características da prestación alemá de crianza, exclusión baseada en que dita persoa non ten no primeiro Estado nin o seu domicilio nin a súa residencia habitual”²⁴⁵.

84. Outra vantaxe social en forma de prestación da que se cuestionou o dereito ao seu goce con cargo ao Estado membro de emprego nos supostos de traballo fronteirizo é o financiamento de estudos dos fillos, que o Tribunal de Xustiza considera que constitúe unha vantaxe social para o propio traballador cando este continúe facéndose cargo da manutención do fillo²⁴⁶. Contra a posibilidade do goce deste tipo de prestacións no Estado membro de emprego por parte dos traballadores fronteirizos, alegouse que o principio de igualdade de trato tiña unicamente por finalidade facilitar a mobilidade dos traballadores e a súa integración, así como da súa familia, no Estado membro de acollida. Segundo este argumento, a concesión dunha bolsa de estudos para que o fillo dun traballador fronteirizo realice estudos no estranxeiro excedería esta finalidade e, por tanto, o establecemento dun requisito de residencia no Estado membro que

comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo* (2012), páxs. 17 a 36.

²⁴³ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 18 de xullo de 2007, asunto C-213/05.

²⁴⁴ Véxase o apartado 26 da sentenza Geven.

²⁴⁵ Véxase o apartado 30 da sentenza Geven.

²⁴⁶ Véxase *supra*, núms. 71 e 76. Véxase tamén o apartado 19 da sentenza Meeusen e o apartado 40 da sentenza Giersch e outros.

outorga a prestación para a concesión desta vantaxe ao fillo dun traballador fronteirizo estaría xustificada²⁴⁷.

85. Esta cuestión foi analizada polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Meeusen na que conclúe que “un Estado membro non pode supeditar a concesión dunha vantaxe social [...] ao requisito de que os beneficiarios desta teñan a súa residencia no territorio nacional de dito Estado membro”²⁴⁸. Engade que o principio de igualdade de trato “tamén está destinado a impedir as discriminacións efectuadas en prexuízo dos descendentes que estean a cargo do traballador” e, “por conseguinte, poden acollerse ao apartado 2 do artigo 7 para obter un financiamento dos seus estudos nas mesmas condicións que as que se aplican aos fillos dos traballadores nacionais”²⁴⁹. Conclúe, pois, que é discriminatorio esixir aos traballadores nacionais doutros Estados membros un requisito de residencia no Estado membro de emprego cando ese requisito non se esixa aos traballadores nacionais do citado Estado²⁵⁰, pois un requisito de tales características “prexudica especialmente aos traballadores fronteirizos que, por definición, teñen a súa residencia noutro Estado membro, no que residen así mesmo por regra xeral os membros da súa familia”²⁵¹. Determina, por tanto, que “o fillo a cargo dun nacional dun Estado membro, que exerce unha actividade por conta allea noutro Estado membro se ben conservando a súa residencia no Estado membro do cal é nacional, pode invocar o apartado 2 do artigo 7 do Regulamento núm. 1612/68 para obter un financiamento de estudos nas mesmas condicións que as que se aplican aos nacionais do Estado de emprego e, en particular, sen que se poida esixir un requisito suplementario relativo á residencia do fillo”²⁵².

86. Sobre a posibilidade de obter a citada bolsa de estudos nos supostos en que a actividade desenvolta polo traballador fronteirizo sexa por conta propia²⁵³, o Tribunal de Xustiza parte da existencia na normativa comunitaria da liberdade de establecemento, consagrada hoxe no artigo 49

²⁴⁷ Véxase o apartado 20 da sentenza Meeusen.

²⁴⁸ Véxase o apartado 21 da sentenza Meeusen. No apartado 80 da sentenza Giersch e outros matiza esta afirmación. Considera que se o obxectivo da vantaxe social en cuestión é aumentar a proporción de residentes posuidores dunha ensinanza superior no Estado membro, constitúe un obxectivo lexítimo unha diferenza de trato no acceso á mesma. Porén, a esixencia dun requisito de residencia nese Estado excede o necesario para acadar tal obxectivo, pois non ten en conta outros elementos representativos da conexión real entre o solicitante e o Estado en cuestión. Por conseguinte tal requisito de residencia é contrario á libre circulación de traballadores.

²⁴⁹ Véxase o apartado 22 da sentenza Meeusen.

²⁵⁰ Véxase o apartado 23 da sentenza Meeusen.

²⁵¹ Véxase o apartado 24 da sentenza Meeusen.

²⁵² Véxase o apartado 25 da sentenza Meeusen.

²⁵³ Véxase o apartado 26 da sentenza Meeusen.

do Tratado de Funcionamento da Unión Europea²⁵⁴, que “garante a aplicación do trato nacional aos nacionais dun Estado membro que desexen exercer unha actividade por conta propia noutro Estado membro e prohibe toda discriminación, por razón de nacionalidade que obstaculice o acceso a dita actividade ou ao seu exercicio”²⁵⁵. A citada prohibición de discriminación alcanza “a todo obstáculo ás actividades por conta propia dos nacionais doutros Estados membros que consista nun trato diferenciado a estes últimos en comparación cos propios nacionais, previsto por unha disposición legal, regulamentaria ou administrativa dun Estado membro ou resultante da aplicación de dita disposición ou de prácticas administrativas”²⁵⁶. Esta prohibición do trato diferenciado tamén pretende evitar as discriminacións en prexuízo dos descendentes a cargo do traballador por conta propia²⁵⁷, razón pola cal o Tribunal de Xustiza conclúe que “o fillo a cargo dun nacional dun Estado membro, que exerce unha actividade por conta propia noutro Estado membro se ben conservando a súa residencia no Estado membro do cal é nacional, pode obter un financiamento dos seus estudos nas mesmas condicións que as que se aplican aos fillos dos nacionais do estado de establecemento e, en particular, sen que se poida impor un requisito suplementario relativo á residencia do fillo”²⁵⁸.

87. Para rematar a análise do goce das vantaxes sociais en forma de prestación por parte dos traballadores fronteirizos, cómpre facer referencia á controversia xurdida ao respecto de certas prestacións outorgadas polos *Länder* alemás en favor de invidentes, xordos e discapacitados. O abono destas prestacións, segundo a normativa alemá, esixía como requisito que o solicitante tivera o seu domicilio ou residencia habitual no *Land* ao que lle solicitaba a prestación²⁵⁹. En consecuencia, os traballadores fronteirizos empregados en Alemaña non tiñan acceso ás citadas prestacións por razón da súa residencia noutro Estado membro.

88. A Comisión entendeu que o establecemento dun requisito de domicilio ou residencia no *Land* en cuestión para ter dereito á citada prestación era contraria, entre outras, ás normas que regulan a libre circulación de traballadores, polo que interpuxo, ao abeiro do artigo 258 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, un recurso de incumprimento contra a

²⁵⁴ A sentenza fai referencia ao artigo 52 do Tratado da Comunidade Europea.

²⁵⁵ Véxase o apartado 27 da sentenza Meeusen *initio*.

²⁵⁶ Véxase o apartado 27 da sentenza Meeusen *in fine*.

²⁵⁷ Véxase o apartado 29 da sentenza Meeusen.

²⁵⁸ Véxase o apartado 30 da sentenza Meeusen.

²⁵⁹ Véxase o apartado 5 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 5 de maio de 2011, asunto C-206/10, caso Comisión *vs.* Alemaña.

República Federal de Alemaña²⁶⁰. No recurso, a Comisión sostivo que calquera vantaxe social que conceda un Estado membro aos seus cidadáns por razón de residencia ou pola súa condición de traballadores entra dentro do ámbito de aplicación da normativa da Unión relativa á libre circulación de traballadores e, por tanto, os traballadores fronteirizos tamén deben poder gozar das mesmas. En consecuencia, o establecemento dun requisito de residencia para o acceso a tales prestacións non pode estar xustificado²⁶¹. Pola contra, o Goberno alemán entendía que as prestacións controvertidas, en tanto que prestacións de enfermidade, entraban dentro do ámbito de aplicación da normativa da Unión relativa á coordinación en materia de Seguridade Social e que o ámbito de aplicación desa normativa e a relativa á libre circulación de traballadores era distinto²⁶².

89. A resposta do Tribunal de Xustiza parte do feito, non controvertido polas partes, de que as prestacións en cuestión constitúen unha vantaxe social. Entende, por tanto, que lles resultaba de aplicación o previsto no apartado 2 do artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/68²⁶³. Segundo recorda o Tribunal, esta norma prohibe non só “as discriminacións manifestas, baseadas na nacionalidade, senón tamén calquera xeito de discriminación encuberta que, aplicando criterios de diferenciación, conduza de feito ao mesmo resultado”²⁶⁴. Engade que, a menos que estea xustificada obxectivamente e sexa proporcional á finalidade perseguida, debe considerarse discriminatoria unha disposición de Dereito nacional que “pola súa propia natureza, poida afectar máis aos traballadores migrantes que aos traballadores nacionais e implique o risco de prexudicaren, en particular, aos primeiros”²⁶⁵, que é o que acontece cun requisito como o de residencia, que será cumprido con maior facilidade polos traballadores nacionais que polos migrantes²⁶⁶. Por tanto, conclúe que é contrario á libre circulación de traballadores dentro da Unión o establecemento dun requisito de residencia dentro do *Land* correspondente para teren dereito ao

²⁶⁰ Véxanse os apartados 8 a 18 da sentenza Comisión vs. Alemaña.

²⁶¹ Véxase o apartado 32 da sentenza Comisión vs. Alemaña.

²⁶² No que atinxe á natureza das prestacións controvertidas, véxase o apartado 14 da sentenza Comisión vs. Alemaña. Ao respecto da alegación da existencia dun distinto ámbito de aplicación da normativa relativa á libre circulación de traballadores e de coordinación en materia de Seguridade Social, véxase o apartado 33 da sentenza Comisión vs. Alemaña.

²⁶³ Véxase o apartado 34 da sentenza Comisión vs. Alemaña. A referencia ao Regulamento (CEE) número 1612/68 debe entenderse referida na actualidade ao Regulamento (UE) número 492/2011.

²⁶⁴ Véxase o apartado 36 da sentenza Comisión vs. Alemaña, no que se fai referencia á sentenza Meints (que foi citada *supra*, núms. 70 a 72 e será analizada *infra*, núm. 92 e ss).

²⁶⁵ Véxase o apartado 37 da sentenza Comisión vs. Alemaña, no que se volve citar a sentenza Meints.

²⁶⁶ Véxase o apartado 38 da sentenza Comisión vs. Alemaña.

goce dunha da prestación en favor de invidentes, xordos e discapacitados como a controvertida²⁶⁷.

90. Xa para finalizar a análise desta sentenza, cómpre salientar a resposta dada polo Tribunal de Xustiza á alegación efectuada polo Goberno alemán sobre a existencia dun suposto ámbito de aplicación diferenciado da normativa da Unión relativa á coordinación dos réximes de Seguridade Social e da normativa relativa á libre circulación de traballadores²⁶⁸. O Tribunal acepta que as dúas teñen distinto ámbito de aplicación *ratione personae*, pero indica que a normativa relativa á libre circulación de traballadores, polo seu alcance xeral, pode entrar dentro do ámbito específico da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social no que atinxe ás vantaxes sociais que tamén entran dentro do ámbito de aplicación desta última²⁶⁹. Non son, por tanto, ámbitos de aplicación necesariamente excluíntes.

3. En materia de indemnizacións e axudas por extinción de contrato

91. En ocasións, cuestionouse o dereito dos traballadores fronteirizos a accederen a determinadas vantaxes sociais por causa de extinción de contrato de traballo, previstas en determinados convenios colectivos, que serán analizadas de seguido. Non se tratará neste apartado o acceso dos traballadores fronteirizos ás prestacións de desemprego previstas nas lexislacións nacionais, pois esta cuestión será abordada de xeito específico dentro da parte correspondente á acción protectora en materia de Seguridade Social²⁷⁰. Examináranse aquí, por tanto, unicamente tres sistemas indemnizatorios complementarios á prestación de desemprego cuxa aplicación a supostos de traballo fronteirizo foi cuestionada polo feito de residiren estes traballadores nun Estado membro distinto do de emprego. Tal e como se verá de seguido, en dous casos cuestionouse o dereito desta categoría de traballadores a accederen a estas indemnizacións, e noutro unicamente foi cuestionado o mecanismo para a determinación da contía da indemnización nun caso de traballo fronteirizo.

92. Na sentenza do caso Meints²⁷¹ analizouse a compatibilidade co Dereito da Unión do réxime de indemnización dos traballadores que se retiraban da agricultura (*Vergoedingsregeling voor uittrekking van werknemers in de*

²⁶⁷ Véxase o apartado 41 da sentenza Comisión *vs.* Alemaña.

²⁶⁸ Á que se fixo referencia *supra*, núm. 88.

²⁶⁹ Véxase o apartado 39 da sentenza Comisión *vs.* Alemaña.

²⁷⁰ Véxase *infra*, núm. 232 e ss.

²⁷¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 27 de novembro de 1997, asunto C-57/96.

landbouw). Era unha vantaxe social establecida na lexislación neerlandesa²⁷², que non estaba prevista para os supostos de traballo fronteirizo e consistía nunha indemnización complementaria á prestación de desemprego en favor dos traballadores agrícolas que perderan o seu emprego como consecuencia da aplicación de medidas para a reestruturación do sector agrícola nos Países Baixos²⁷³. Un dos requisitos que se esixía para accederen a ela era ter dereito a percibir unha prestación de desemprego ao abeiro da Lei sobre desemprego holandesa (*Werkloosheidswet*)²⁷⁴. O señor Meints era un traballador fronteirizo alemán, empregado nunha explotación agrícola neerlandesa e residente en Alemaña²⁷⁵ que tras quedar en situación de desemprego, como consecuencia da decisión do seu empregador de deixar as terras a barbeito, comezou a percibir o subsidio de desemprego en Alemaña e solicitou ás autoridades neerlandesas que lle concederan a indemnización prevista no *Vergoedingsregeling voor uittreding van werknemers in de landbouw*²⁷⁶. Esta pretensión foi desestimada sobre a base de que, ao non residir o solicitante nos Países Baixos, non percibía unha prestación de desemprego conforme á lexislación neerlandesa e, por tanto, non cumpría un dos requisitos esixidos para ter dereito á indemnización²⁷⁷. Ao órgano xudicial que coñeceu o recurso formulado polo Sr. Meints contra a citada desestimación presentáronsele dúbidas da compatibilidade do réxime indemnizatorio controvertido co Dereito comunitario e, entre outras cousas, preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se “un Estado membro pode supeditar a concesión dunha vantaxe social [...] ao requisito de que os beneficiarios teñan a súa residencia no territorio nacional dese Estado”²⁷⁸.

93. A resposta do Tribunal de Xustiza parte de recordar que o principio de igualdade de trato —consagrado tanto nos Tratados coma no Regulamento relativo á libre circulación de traballadores— “prohibe non só as discriminacións manifestas, baseadas na nacionalidade, senón tamén calquera forma de discriminación encuberta que, aplicando criterios de

²⁷² O Tribunal de Xustiza declarou que a citada prestación non constitúe unha prestación de desemprego senón unha vantaxe social. Sobre os argumentos para esta conclusión, véxase *infra*, núm. 241 e ss.

²⁷³ Véxanse os apartados 8 a 10 da sentenza Meints.

²⁷⁴ Véxase o apartado 11 da sentenza Meints.

²⁷⁵ Véxase o apartado 15 da sentenza Meints.

²⁷⁶ Véxase o apartado 16 da sentenza Meints. Tal e como se verá no apartado relativo ás prestacións por desemprego (*infra*, núm. 232 e ss.), os traballadores fronteirizos en situación de desemprego total perciben as prestacións no Estado membro de residencia e conforme á súa propia lexislación.

²⁷⁷ Véxase o apartado 17 da sentenza Meints.

²⁷⁸ Véxase o apartado 43 da sentenza Meints.

diferenciación, conduza ao mesmo resultado”²⁷⁹. Por tanto, “a menos que estea xustificada obxectivamente e sexa proporcionada ao obxectivo perseguido, unha disposición de Dereito nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cando, pola súa propia natureza, poida afectar máis aos traballadores migrantes que aos traballadores nacionais e implique, por conseguinte, o risco de prexudicaren, en particular, aos primeiros”²⁸⁰. É o que acontece co establecemento dun requisito de residencia, que será cumprido con maior facilidade por parte dos traballadores nacionais dese Estado que por parte dos traballadores migrantes procedentes doutros Estados membros²⁸¹.

94. O Tribunal de Xustiza entende que non pode ser admitido o argumento do Goberno neerlandés en favor do establecemento dun requisito consistente en percibir unha prestación ao abeiro da lexislación dese Estado membro para teren dereito á indemnización²⁸². As autoridades neerlandesas alegaban na súa defensa que o réxime de indemnización non establecía expresamente un requisito de residencia, aínda que se remitía á Lei de desemprego, que si o esixía. A citada remisión normativa non tería por obxecto establecer un requisito de residencia, senón garantir que os traballadores que se beneficien da indemnización non se atopan en situación de desemprego pola súa propia vontade²⁸³. Pois ben, o Tribunal entende que o establecemento dun requisito de residencia para os efectos de impediren que as persoas en situación de desemprego voluntario accedan á indemnización controvertida “non é nin necesario nin axeitado para alcanzar ...[tal]... obxectivo”, pois “o lugar de residencia do solicitante non ten relevancia algunha no que atinxe á cuestión de se este último se atopa en situación de desemprego por razóns imputábeis a el mesmo”²⁸⁴.

95. Tamén sostiña o Goberno neerlandés que os traballadores fronteirizos non podían beneficiarse do disposto no artigo 7 do Regulamento número 1612/68 —vixente no momento dos feitos que motivaron a sentenza—, para os efectos de gozaren de vantaxes sociais, pois a citada norma non prevía a posibilidade de exportalas²⁸⁵. O Tribunal de Xustiza rexeitou categoricamente esta alegación e recordou que o citado Regulamento prevía de xeito expreso no seu considerando cuarto que o dereito á libre

²⁷⁹ Véxase o apartado 44 da sentenza Meints.

²⁸⁰ Véxase o apartado 45 da sentenza Meints, na que se cita a Sentenza do 23 de maio de 1996, asunto C-237/94, caso O’Flynn, apartado 20.

²⁸¹ Véxase o apartado 46 da sentenza Meints.

²⁸² Véxase o apartado 48 da sentenza Meints.

²⁸³ Véxase o apartado 47 da sentenza Meints.

²⁸⁴ Véxase o apartado 48 da sentenza Meints.

²⁸⁵ Véxase o apartado 49 da sentenza Meints.

circulación debía recoñecerse indistintamente, entre outros, aos traballadores fronteirizos e que o artigo 7 se refería sen reservas aos traballadores nacionais dun Estado membro²⁸⁶. Por tanto, concluíu que “un Estado membro non pode supeditar a concesión dunha vantaxe social [...] ao requisito de que os beneficiarios da vantaxe teñan a súa residencia no territorio nacional dese Estado”²⁸⁷.

96. Tamén se cuestionou o acceso dos traballadores fronteirizos a unha concreta vantaxe social prevista no Convenio Xeral de Protección Social para os Traballadores das Sociedades Siderúrxicas do Leste e do Norte Afectadas polas Reconversiones (*Convention Générale de Protection Sociale pour le Personnel des Sociétés Sidérurgiques de L'est et du Nord Concernées par les Restructurations*), do 24 de xullo de 1979²⁸⁸. Este convenio establecía un réxime específico de protección para os traballadores maiores de 55 anos que cesaran anticipadamente na súa actividade laboral²⁸⁹ e, dentro del, incluía unha regulación diferenciada para os traballadores fronteirizos domiciliados en Bélxica²⁹⁰. Malia a existencia desa regulación diferenciada, os traballadores fronteirizos tiñan garantido o importe dos ingresos que se lles garantía aos traballadores non fronteirizos²⁹¹, e mesmo as prestacións complementarias de xubilación que se establecían para estes²⁹²; pero non recibían os puntos gratuítos de xubilación complementaria que si recibían os traballadores non fronteirizos até a idade de xubilación²⁹³. Esta diferenza de trato motivou un recurso da Comisión diante do Tribunal de Xustiza, tras recibir denuncias de traballadores fronteirizos belgas afectados, que se consideraban discriminados polas disposicións do Convenio²⁹⁴.

97. O recurso baseouse na diferenza de trato que se ofrecía no citado convenio para os casos de despedimento aos traballadores nacionais e aos traballadores fronteirizos residentes en Bélxica, o que atentaría contra a

²⁸⁶ Véxase o apartado 50 da sentenza Meints. A referencia ao considerando cuarto do Regulamento (CEE) número 1612/68 debe entenderse hoxe efectuada ao considerando quinto do Regulamento (UE) número 492/2011 e a referencia ao artigo 7 daquel Regulamento debe considerarse realizada ao mesmo artigo do Regulamento de 2011.

²⁸⁷ Véxase o apartado 51 da sentenza Meints.

²⁸⁸ Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (sala Quinta) do 24 de setembro de 1998, asunto C-35/97, caso Comisión vs. Francia.

²⁸⁹ Nos seus artigos 18 a 27.

²⁹⁰ O artigo 18 do Convenio indica que “a cesación anticipada dos traballadores fronteirizos domiciliados en Bélxica, con 55 anos ou máis, se realizará de acordo co establecido no anexo VI” (véxase o apartado 9 da sentenza).

²⁹¹ Véxase o apartado 14 da sentenza Comisión vs. Francia.

²⁹² Véxase o apartado 16 da sentenza Comisión vs. Francia.

²⁹³ Véxanse os apartados 13 e 16 da sentenza Comisión vs. Francia.

²⁹⁴ Véxase o apartado 17 da sentenza Comisión vs. Francia.

libre circulación de traballadores establecida no Tratado Constitutivo da Comunidade Europea —hoxe Tratado de Funcionamento da Unión Europea— e, máis en concreto, contra o disposto no apartado 1 do artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/68 —hoxe Regulamento (UE) número 492/2011—²⁹⁵, pois “mentres que as persoas que cesan anticipadamente na súa actividade a partires dos 55 e residen en Francia obteñen, até a idade normal de xubilación, puntos gratuítos, esta vantaxe non se concede ás persoas na mesma situación que residen en Bélxica”²⁹⁶, o que implica que “as condicións de despido dos traballadores que residen en Francia son [...] máis favorábeis que as que se aplican aos traballadores fronteirizos que residen en Bélxica”, o que, segundo a Comisión, “pode xerar unha discriminación encuberta baseada na nacionalidade”²⁹⁷.

98. É preciso recordar que, segundo reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza, “a regra de igualdade de trato [...] prohibe non só as discriminacións manifestas, baseadas na nacionalidade, senón tamén calquera outra forma de discriminación encuberta que, aplicando outros criterios de diferenciación, conduza de feito ao mesmo resultado”²⁹⁸ e que “a menos que estea xustificada obxectivamente, e sexa proporcionada ao obxectivo perseguido, unha disposición de Dereito nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cando, pola súa propia natureza, poida afectar máis aos traballadores migrantes que aos traballadores nacionais e implique por conseguinte o risco de prexudicar, en particular aos primeiros”²⁹⁹. O requisito de residencia establecido polo convenio controvertido para outorgar puntos gratuítos de xubilación entraría dentro deste suposto, pois será cumprido con maior facilidade por parte dos traballadores nacionais —franceses neste caso—, que polos traballadores dos restantes Estados membros³⁰⁰.

99. Por outra banda, o Tribunal de Xustiza recorda que os traballadores fronteirizos, en contra do alegado polo Goberno francés, si poden beneficiarse do principio de igualdade de trato previsto no artigo 7 do

²⁹⁵ Determina que “no territorio doutros Estados membros e por razón da súa nacionalidade, o traballador nacional dun Estado membro non poderá ser tratado de xeito diferente que os traballadores nacionais, no que atinxe ás condicións de emprego e de traballo, especialmente en materia de retribución, de despedimento e de reintegración profesional ou de novo emprego, se tivera quedado en situación de desemprego”.

²⁹⁶ Véxase o apartado 22 da sentenza Comisión *vs.* Francia.

²⁹⁷ Véxase o apartado 23 da sentenza Comisión *vs.* Francia.

²⁹⁸ Véxase o apartado 37 da sentenza Comisión *vs.* Francia, no que se citan as do 12 de febreiro de 1974, asunto 152/73, caso Sotgiu e do 27 de novembro de 1997, caso Meints, asunto C-57/96. Véxase tamén o apartado 51.

²⁹⁹ Véxase o apartado 38 da sentenza Comisión *vs.* Francia.

³⁰⁰ Véxase o apartado 39 da sentenza Comisión *vs.* Francia.

Regulamento (CEE) número 1612/68 —hoxe Regulamento (UE) número 492/2011— “do mesmo xeito que calquera outro traballador contemplado por esta disposición”, xa que o considerando cuarto do citado Regulamento “prevé expresamente que o dereito á libre circulación debe recoñecerse indistintamente aos traballadores [...] fronteirizos [...], e o seu artigo 7 se refire, sen restricións, ao «traballador nacional dun Estado membro»”³⁰¹.

100. Por conseguinte, dado que Francia non invocou elemento algún que xustificara obxectivamente o trato discriminatorio dos traballadores fronteirizos denunciado, o Tribunal de Xustiza entendeu que debía considerarse contrario ao principio de igualdade de trato [recollido actualmente no apartado 2 do artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e no apartado 1 do artigo 7 do Regulamento (UE) número 492/2011], un réxime de xubilación complementaria coma o establecido no Convenio Xeral de Protección Social para os Traballadores das Sociedades Siderúrxicas do Leste e Norte Afectadas polas Reconversiones, do 24 de xullo de 1979, en tanto que excluía aos traballadores fronteirizos do beneficio de asignación de puntos de xubilación complementaria cando a súa actividade laboral cesara anticipadamente, que si recoñecía aos traballadores que residían en Francia³⁰².

101. O terceiro suposto no que se analizou a prohibición de discriminación dos traballadores fronteirizos no acceso ás vantaxes sociais con ocasión de despedimento fai referencia a unha axuda económica transitoria establecida nun convenio colectivo en favor dos traballadores afectados polo mesmo que quedaran en situación de desemprego. Neste caso non se cuestionou o dereito dos traballadores fronteirizos a beneficiarse desta vantaxe social senón, unicamente, o mecanismo para a determinación da súa contía. O asunto foi analizado polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Merida³⁰³. Segundo consta na mesma, o convenio colectivo sobre Seguridade Social dos traballadores por conta allea das forzas estacionadas no territorio de la República Federal de Alemaña (*Tarifvertrag zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland*), do 31 de agosto de 1971, establecía unha axuda económica transitoria (*Überbrückungsbeihilfe*) aos

³⁰¹ Véxase o apartado 40 da sentenza Comisión vs. Francia.

³⁰² Véxase o apartado 53 da sentenza Comisión vs. Francia.

³⁰³ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 16 de setembro de 2004, asunto C-400/02.

traballadores afectados polo mesmo que quedaran en situación de desemprego³⁰⁴.

102. O Sr. Merida era un traballador fronteirizo residente en Francia que traballaba como empregado civil das forzas francesas estacionadas en Baden-Baden (Alemaña)³⁰⁵. En aplicación do Convenio Franco-Alemán para evitar a dobre imposición do 21 de xullo de 1959, as retribucións brutas obtidas polo Sr. Merida en Alemaña estaban sometidas a imposición en Francia, unha vez deducidas as cotizacións á Seguridade Social alemá. Dado que a progresividade do imposto sobre a renda en Francia era menor que en Alemaña, as retribucións netas que percibía eran máis elevadas que as doutro empregado na súa mesma situación pero con residencia en Alemaña³⁰⁶. Ao rescindir o seu contrato de traballo, o Sr. Merida comezou a beneficiarse da axuda transitoria prevista no convenio. Para determinar a base de cálculo da mesma, as autoridades alemás tomaron en consideración a contía do imposto sobre a renda que correspondería aplicar se o interesado tributara en Alemaña (máis elevado) e non o que efectivamente lle correspondía pagar en Francia (máis baixo). En consecuencia, e malia que o convenio determinaba que a contía efectivamente percibida polo Sr. Merida (pola suma da prestación de desemprego percibida en Francia e a axuda transitoria) fose do 100% das retribucións percibidas o mes anterior á extinción da relación laboral, a cantidade efectivamente percibida era inferior, como consecuencia da maior progresividade do imposto sobre a renda alemán que ficticiamente se lle imputou³⁰⁷. Desconforme con esta situación, o Sr. Merida interpuxo sucesivos recursos, chegando finalmente en casación ao *Bundesarbeitsgericht*, a quen se lle presentaron dúbidas sobre a compatibilidade das decisións adoptadas para o cálculo da axuda transitoria controvertida co artigo 39 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea (hoxe artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea). Por tanto, preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se, nun caso coma o de autos, era compatíbel co citado artigo tomar en consideración ficticiamente o imposto alemán sobre os salarios para os efectos de determinar o importe da axuda transitoria establecida no citado convenio³⁰⁸.

³⁰⁴ Véxanse os apartados 2, 4 e 5 da sentenza Merida. Para unha análise da lexislación laboral alemá, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas: estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

³⁰⁵ Véxase o apartado 8 da sentenza Merida.

³⁰⁶ Véxanse os apartados 7 e 9 da sentenza Merida.

³⁰⁷ Véxanse os apartados 4 e 10 da sentenza Merida.

³⁰⁸ Véxanse os apartados 11 a 17 da sentenza Merida.

103. O Tribunal de Xustiza fundamenta a súa resposta tanto no artigo 39 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea [hoxe artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea], coma no apartado 4 do artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/68 [hoxe Regulamento (UE) número 492/2011]³⁰⁹. Recorda de novo que a regra de igualdade de trato recollida nos citados artigos “prohibe non só as discriminacións manifestas, baseadas na nacionalidade, senón tamén calquera discriminación encuberta que, aplicando outros criterios de diferenciación, conduza de feito ao mesmo resultado”³¹⁰, tamén que “o principio de non discriminación esixe que non se traten de maneira diferente situacións que son comparábeis e que situacións diferentes non sexan tratadas de maneira idéntica”³¹¹ e, por tanto, que “a menos que estea xustificada obxectivamente e sexa proporcionada ao obxectivo perseguido, unha disposición de Dereito nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cando, pola súa propia natureza, poida afectar máis aos traballadores migrantes que aos traballadores nacionais e implique por conseguinte o risco de prexudicaren, en particular, aos primeiros”³¹².

104. Entrando na análise da situación de autos, considera que os traballadores fronteirizos afectados pola normativa controvertida se ven prexudicados ao respecto dos traballadores que traballan e residen no mesmo Estado membro, pois estes últimos perciben durante o primeiro ano posterior á extinción da relación laboral uns ingresos equivalentes ás retribucións que terían percibido de continuar en activo, cousa que non acontece cos traballadores fronteirizos que se atopan na situación na que se atopaba o Sr. Merida, que percibían unha cantidade inferior³¹³. En consecuencia, entendeu que o artigo 39 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea e o apartado 4 do artigo 7 do Regulamento (CEE) número 1612/68 “se opoñen a unha normativa nacional prevista por un convenio colectivo, segundo o cal o importe dunha prestación social como a axuda económica transitoria, aboada polo Estado membro de emprego, se calcule de xeito que o imposto sobre os salarios devindicados neste Estado sexa deducido de maneira ficticia ao determinar a base de cálculo de dita axuda, mentres que, de acordo cun convenio para evitar a dobre imposición, os soldos, salarios e retribucións análogas aboadas aos traballadores que non residen no Estado membro de emprego só están

³⁰⁹ Véxanse os apartados 18 e 19 da sentenza Merida.

³¹⁰ Véxase o apartado 21 da sentenza Merida, na que cita a do 23 de maio de 1996, asunto C-237/94, caso O’Flynn.

³¹¹ Véxase o apartado 22 da sentenza Merida, na que se cita a do 17 de xullo de 1997, asunto C-354/95, caso National Farmers’ Unión e outros.

³¹² Véxase o apartado 23 da sentenza Merida, na que se cita a sentenza do caso O’Flynn, citada.

³¹³ Véxanse os apartados 24 a 28 da sentenza Merida.

suxeitos a imposición no Estado membro de residencia destes últimos”³¹⁴. Descartou, por tanto, as xustificacións esgrimidas polas autoridades alemás, relativas a supostas dificultades administrativas derivadas da aplicación de distintos modos de cálculo en función do lugar de residencia dos interesados e do aumento das cargas financeiras³¹⁵.

III. A Seguridade Social

A) Consideracións previas

105. O dereito á libre circulación de traballadores, establecido no artigo 45 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e desenvolvido por medio do Regulamento (UE) número 492/2011, quedaría incompleto de se garantir unicamente aos traballadores a igualdade en materia de emprego sen adoptar medidas para corrixir as distorsións que, en materia de Seguridade Social, se puideran derivar para os mesmos por faceren uso de tal dereito³¹⁶. Por esta razón, enfatízase que “*el haber circulado intracomunitariamente no debe servir para perjudicar al trabajador en el acceso a las prestaciones sociales, pues ello repercutiría negativamente en la efectividad de dicho derecho básico*”³¹⁷. En consecuencia, o propio Tratado de Funcionamento da Unión Europea prevé, precisamente dentro do capítulo relativo á libre circulación de traballadores³¹⁸, a adopción dunha normativa da Unión en materia de Seguridade Social. Por Seguridade Social entendemos, seguindo a MARTÍNEZ GIRÓN, J., “*aquella concreta modalidade de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de rentas de trabajo mediante prestaciones, sobre todo dinerarias, que el*

³¹⁴ Véxase o apartado 37 da sentenza Merida.

³¹⁵ Véxanse os apartados 29 e 30 da sentenza Merida.

³¹⁶ Tal e como se indicou, “*el derecho a la libre circulación de trabajadores quedaría desdibujado si, en el ámbito de la Seguridad social, no se adoptaran medidas protectoras de los derechos de los trabajadores que circulan dentro del espacio europeo*” [véxase MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, *Revista xurídica galega*, número 56 (2007), páx. 46]. No mesmo sentido indicouse que “*el desarrollo de una legislación comunitaria en materia de Seguridad Social es una condición esencial para el ejercicio a la libre circulación regulado en el Tratado de la Comunidad Europea*” [véxase GARCÍA VIÑA, J., “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* número 64 (2006), páx. 63]. Véxase tamén MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Fuentes y principios de aplicación de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social”, *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011), páx. 15.

³¹⁷ Véxase MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, cit., páx. 48.

³¹⁸ Capítulo I do Título IV.

Estado financia”³¹⁹. En concreto, o artigo 48 do Tratado³²⁰ —vinculando a liberdade de circulación de traballadores cos dereitos de Seguridade Social— prevé que o Parlamento Europeo e o Consello por medio do procedemento lexislativo ordinario establezan un sistema para garantir aos traballadores por conta allea e por conta propia “a acumulación de todos os períodos tomados en consideración polas distintas lexislacións nacionais para adquirir e conservar o dereito ás prestacións sociais, así como para o cálculo destas ...[e]... o pagamento das prestacións ás persoas que residan nos territorios dos Estados membros”.

106. Na actualidade, o cumprimento desta previsión materializouse no Regulamento (CE) número 883/2004, do 29 de abril de 2004, do Parlamento Europeo e do Consello, de coordinación en materia de Seguridade Social³²¹. Tal e como se recoñece nos considerandos primeiro e quinto do mesmo, as normas de coordinación en materia de Seguridade Social que contén forman parte do dereito á libre circulación de persoas e teñen por finalidade garantir a igualdade de trato dos traballadores dentro da Unión ao respecto das lexislacións nacionais en materia de Seguridade Social. Para a aplicación deste Regulamento, e seguindo a previsión contida no artigo 89 do mesmo³²², publicouse o Regulamento (CE) número 987/2009, do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004, sobre coordinación dos sistemas de Seguridade Social³²³. Estas dúas normas constitúen a normativa de referencia en materia de coordinación dos sistemas de Seguridade Social na Unión Europea. As citadas normas regulan desde o punto de vista da coordinación en materia de Seguridade Social todos os supostos de migración dentro da Unión Europea e non unicamente o traballo fronteirizo. De todos modos, o propio Regulamento (CE) número 883/2004 deixa constancia da gran relevancia que poden ter estas normas para esta categoría de traballadores e salienta no seu considerando oitavo a especial importancia que o principio de igualdade de trato ten para aqueles traballadores que residen nun Estado membro distinto do que traballan, “incluídos os traballadores fronteirizos”³²⁴.

³¹⁹ Véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, Netbiblo (A Coruña, 2013), pág. 3.

³²⁰ Antes artigo 42 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europea.

³²¹ DO L, número 166, do 30 de abril de 2004.

³²² Estabelece que “as normas de aplicación do presente Regulamento se fixarán noutro Regulamento”.

³²³ DO L, número 284, do 30 de outubro de 2009.

³²⁴ Para unha análise de conxunto da normativa da Unión Europea de coordinación en materia de Seguridade Social, véxase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Directora), *La coordinación de*

107. Cómpre salientar que o artigo 48 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea só permite que a normativa que se publique ao seu abeiro coordine ou articule as lexislacións de Seguridade Social dos Estados membros, non resultando posíbel sobre a súa base harmonizar os sistemas de Seguridade Social dos mesmos³²⁵. Sobre este particular chamou a atención en varias ocasións o Tribunal de Xustiza, indicando que o citado artigo “permite que subsistan as diferenzas entre os réximes de Seguridade Social dos diversos Estados membros e, por conseguinte, nos dereitos das persoas que traballan neles ...[pois]... non afecta ás diferenzas de fondo e de procedemento entre os réximes de Seguridade Social dos Estados membros”³²⁶. En consecuencia, e tamén en palabras do Tribunal de Xustiza, “o Tratado CE non garante a un traballador que a extensión das súas actividades a máis dun Estado membro ou o seu traslado a outro Estado membro sexan neutros en materia de Seguridade Social”. Tendo en consideración as disparidades das lexislación de Seguridade Social dos Estados membros, “tal extensión ou tal traslado poden, segundo os casos, ser máis ou menos vantaxosos para o traballador no ámbito da protección social”, polo tanto, “aínda no caso en que a súa aplicación resulte menos favorábel, dita lexislación non é contraria aos artigos 39 CE e 43 CE [hoxe artigos 45 e 49 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea] se non prexudica a dito traballador con relación a quen exercen todas as súas actividades no Estado membro en que aquela se aplica ou con relación a quen xa estaban suxeitos á mesma anteriormente e se non conduce pura e simplemente a un abono de cotizacións sociais a fondo perdido”³²⁷.

los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, Editorial Laborum (Murcia, 2010).

³²⁵ Recórdese que, tal e como se ten salientado, a Unión Europea carece de competencias exclusivas en materia social, e que a Seguridade Social é unha das materias sobre as que a Unión Europea ten competencia para establecer normas para a articulación dos múltiples sistemas de Seguridade Social, non sobre a súa substancia [véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 92 (2011), páx. 75 a 79 e 92 e 93. Dispoñíbel en http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2_011/Revista_MTIN_92.pdf]. Para unha ampliación desta cuestión, véxase, do mesmo autor, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi, (Cizur Menor, [Navarra], 2009) e “La competencia comunitaria en materia de Seguridad Social”, *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011), páxs. 5 a 14. Sobre o concepto de harmonización no ámbito social, véxase GÁRATE CASTRO, J., *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, cit., páxs. 31 a 33.

³²⁶ Véxase o apartado 40 da sentenza do 1 de outubro de 2009 (Gran Sala), asunto C-3/08, caso Leyman, no que citan as Sentenzas do 7 de febreiro de 1991, asunto C-227/89, caso Rönfeldt; e do 5 de outubro de 1994, asunto C-165/91, caso Van Munster.

³²⁷ Véxase o apartado 45 da sentenza Leyman, na que cita a do 19 de marzo de 2002, asuntos C-393/99 y C-394/99, caso Hervein e outros; e do 9 de marzo de 2006, asunto C-493/04, caso Piatkowski. Pola súa banda, na Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 18 de abril de 2013, asunto C-5458/11, caso Mulders, establécese a imposibilidade de interpretar a

108. A preocupación por garantir a igualdade de trato aos traballadores migrantes en materia de Seguridade Social no seo da Unión é unha constante que pode atoparse desde os mesmos orixes da mesma, cando se constituíu a Comunidade Económica Europea no ano 1958. En efecto, unhas das primeiras normas de Dereito derivado publicadas entón regularon esta cuestión. Foron o Regulamento número 3 sobre a Seguridade Social dos traballadores migrantes e o Regulamento número 4 de aplicación do anterior, publicados ese mesmo ano³²⁸. Poucos anos despois publícase un referido exclusivamente aos traballadores fronteirizos, foi o Regulamento número 36/63/CEE do Consello, do 2 de abril de 1963, relativo á Seguridade Social dos traballadores fronteirizos³²⁹. Tanto os Regulamentos número 3 e 4 coma o Regulamento número 36/63/CEE foron substituídos polo Regulamento (CE) número 1408/71, do Consello, do 14 de xullo de 1971, relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea e aos membros da súa familia que se desprazan dentro da Comunidade³³⁰. Tal e como xa se ten salientado, a partires da entrada en vigor deste Regulamento as normas de coordinación en materia de Seguridade Social dos traballadores fronteirizos foron incluídas xunto coas dos restantes traballadores migrantes dentro da Comunidade³³¹. Este Regulamento e o número 574/72 do Consello, do 21 de marzo de 1972³³², que estableceu as modalidades de aplicación do mesmo, permaneceron en vigor, coas innumerábeis modificacións ás que foron sometidos, durante case corenta anos, dando lugar a unha riquísima xurisprudencia do Tribunal de Xustiza. Das sentenzas que compoñen a mesma, un número significativo delas analizan supostos de traballo

normativa da Unión relativa á libre circulación de traballadores e de coordinación en materia de Seguridade Social de xeito que implique que un traballador que fíxo uso da citada liberdade comunitaria faga cotizacións a fondo perdido nun dos Estados membros polos que circulou (véxanse os apartados 47 e 48 e a decisión da sentenza).

³²⁸ Ambas normas foron publicadas no DO número 30, do 16 de decembro de 1958. Os Regulamentos número 1 e 2 da Comunidade Económica Europea foron publicados no DO número 17, do 6 de outubro de 1958, e referíanse unicamente a cuestións organizativas da mesma. En concreto, o número 1 referíase á determinación das linguas da Comunidade Económica Europea e o número 2 ás identificacións dos membros do Parlamento Europeo.

³²⁹ DO número 62, do 20 de abril de 1963. Esta norma establecía as normas de coordinación en materia de Seguridade Social nos supostos de traballo fronteirizo. Constaba dunhas disposicións xerais, de disposicións sobre determinación de lexislación aplicábel e de disposicións particulares referidas ás distintas categorías de prestacións. Sobre estas últimas, contemplaba as prestacións de enfermidade e maternidade, de accidente de traballo e enfermidade profesional, familiares e de desemprego.

³³⁰ DO L, número 149, do 5 de xullo de 1971.

³³¹ Sobre este tema, véxase CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho interno de los Estados miembros”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13 (A Coruña, 2009), páx. 60.

³³² DO L, número 74, do 27 de marzo de 1972.

fronteirizo. Serán estas sentenzas as que se traten aquí, dado que a maior parte delas continúan resultando de aplicación, *mutatis mutandis*, co novo Regulamento, porque o Regulamento (CE) número 883/2004 non introduce variacións significativas ao respecto do traballo fronteirizo, sobre todo no que atinxe á determinación da lexislación aplicábel. No que se refire ás disposicións particulares para as distintas categorías de prestacións, esta afirmación será matizada cando se analice cada unha delas. En calquera caso, o que se pode apreciar na nova normativa é un esforzo de sistematización e simplificación ao respecto da situación anterior e unha certa ampliación da acción protectora para os traballadores fronteirizos, da que se dará conta no seu momento cando se analicen as distintas prestacións.

109. A relevancia do Regulamento (CE) número 883/2004 e do Regulamento (CE) número 987/2009 na regulación de Seguridade Social nos supostos de traballo fronteirizo non é parella ao número de ocasións nas que estas normas se refiren de xeito expreso ao fenómeno. Así o primeiro só se refire a el en dez ocasións: dúas veces nos seus considerandos³³³, seis no seu articulado³³⁴, e dúas nos seus anexos³³⁵. Pola súa banda, o segundo só se refire expresamente a el dúas veces: unha nos considerandos³³⁶ e outra no articulado³³⁷, exclusión feita en ambos casos das referencias a normas de Dereito interno contidas nos seus anexos³³⁸. De feito, unicamente en tres ocasións nestes Regulamentos se establece unha regulación específica e diferenciada para os supostos de traballo fronteirizo, dúas en relación coas prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas e unha en relación coas prestacións por desemprego de traballadores por conta propia³³⁹. Isto non implica que a citada normativa non teña en consideración o fenómeno do traballo fronteirizo, pois a regulación contida na citada normativa contén particularidades a considerar na súa aplicación en supostos de traballo

³³³ Véxanse os considerandos oitavo e vixésimo terceiro.

³³⁴ Véxanse os artigos 1, 18, 28, 37, 65 e 65 *bis*. Na versión orixinal do Regulamento figuraba tamén unha referencia no artigo 62, pero a modificación operada no mesmo por parte do Regulamento (CE) número 988/2009 eliminouna, ao substituír a expresión “traballador fronteirizo” que figuraba no orixinal por “desempregados”.

³³⁵ Véxanse os anexos III e V, referidos os dous exclusivamente ao traballo fronteirizo.

³³⁶ Véxase o considerando décimo terceiro.

³³⁷ Véxase o artigo 29.

³³⁸ Así, por exemplo, a referencia ao Convenio do 24 de marzo de 1994, sobre a Seguridade Social dos traballadores fronteirizos contida no apartado referido a Bélxica-Luxemburgo, no anexo II do Regulamento (CE) número 987/2004.

³³⁹ Véxanse os artigos 18 e 28 do Regulamento (CE) número 883/2004 e o artigo 29 do Regulamento (CE) número 987/2009, así como o artigo 65 *bis* do Regulamento (CE) número 883/2004.

fronteirizo que cómpre analizar. A esta análise dedicarase, este capítulo, primeiro, ao respecto da determinación da lexislación aplicábel e, despois, ao respecto das distintas categorías de prestacións de Seguridade Social incluídas dentro do campo de aplicación material da citada normativa.

110. Xa para rematar este apartado introdutorio, cómpre deixar constancia da análise que desde a perspectiva de xénero, fixo o Tribunal de Xustiza na aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social³⁴⁰. Trátase da sentenza do caso Brouwer³⁴¹, un suposto referido ao cálculo dunha pensión de xubilación dunha traballadora fronteiriza. O certo é que a doutrina establecida a este respecto polo Alto Tribunal resulta de aplicación a todos os supostos incluídos dentro do campo de aplicación desta normativa, pero, en calquera caso, o feito de que o suposto concreto que motivou o pronunciamento fose unha situación de traballo fronteirizo obriga a facer aquí referencia expresa ao mesmo³⁴². A Sra. Brouwer era unha cidadá belga residente en Bélxica que traballou como traballadora fronteiriza nos Países Baixos desde o ano 1960 até o 31 de decembro de 1998. A partires do 1 de xaneiro de 1999 comezou a percibir unha pensión de xubilación anticipada en Bélxica³⁴³, onde tiña dereito a percibir unha pensión de xubilación completa até que cumprira os sesenta e cinco anos, sen ben a partires dese momento, a carga da prestación correspondería aos Países Baixos. Chegado o momento presentou unha solicitude de pensión de xubilación, que foi calculada, segundo a normativa belga aplicábel, sobre a base duns salarios diarios ficticios. A contía destes salarios era fixada anualmente sobre a base do salario medio percibido polos traballadores en Bélxica durante o ano anterior que até o ano 1994 era inferior a correspondente ás mulleres traballadoras que a dos homes

³⁴⁰ Para unha análise máis ampla sobre a normativa da Unión relativa á igualdade de homes e mulleres e a súa incorporación ao Dereito interno español, véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Mercado de trabajo y protección social: su consideración desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y de las principales reformas legislativas operadas en España, en el bienio 2006-2007”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 12 (2008) páx. 623 e ss.

³⁴¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Cuarta) do 29 de xullo de 2010, asunto C-577/08.

³⁴² Para unha análise desde a perspectiva de xénero entre as lexislacións laborais de distintos Estados membros da Unión Europea pode consultarse, ao respecto de Alemaña e España, MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., “La igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral en España y Alemania”, en LÓPEZ ARRANZ M.A., FARALDO CABANA, C. e MILLOR ARIAS, M.P. (Coordinadoras), *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), páxs. 39 a 56. Véxase tamén MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., *Igualdad de mujeres y hombres en Alemania; estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2009).

³⁴³ Véxase o apartado 8 da sentenza Brouwer.

traballadores, razón pola que a Sra. Brouwer impugnou o importe da pensión que lle fora concedida³⁴⁴.

111. O Tribunal do Social de Hasselt (*arbeidsrechtbank te Hasselt*), que coñeceu o recurso presentado pola Sra. Brouwer contra a negativa das autoridades belgas de estimar a súa impugnación, entendeu que a existencia de escalas diferenciadas nun caso como o de autos era contraria ás normas constitucionais de igualdade, así como ao artigo 141 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea (hoxe artigo 157 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea). En consecuencia, obrigou á administración demandada a calcular de novo a pensión tomando como base os salarios ficticios aplicados aos traballadores fronteirizos masculinos durante o período controvertido³⁴⁵. A administración condenada presentou entón recurso de apelación diante do Tribunal do traballo de Amberes (*arbeidshof te Antwerpen*) a quen se lle presentaron dúbidas sobre a interpretación de normativa comunitaria, pero non do artigo 141 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea, senón da Directiva do Consello número 79/7/CEE, do 19 de decembro de 1978, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de Seguridade Social³⁴⁶. Preguntoulle, por tanto, ao Tribunal de Xustiza se a citada directiva se opoñía a unha normativa nacional que para o cálculo das pensións de xubilación e vellez das traballadoras fronteirizas utilizaba salarios ficticios e/ou globais inferiores aos utilizados para o cálculo desas pensións no caso dos traballadores fronteirizos masculinos³⁴⁷.

112. Para dar resposta á cuestión formulada, o Tribunal de Xustiza entendeu que era preciso dividir o período controvertido en dous: por unha banda, entre o día 1 de xaneiro de 1968 e o 22 de decembro de 1984, e por outro entre o 23 de decembro de 1984 e o 31 de decembro de 1994. A razón desta división fundouse en que o día 23 de decembro de 1984 rematara o prazo para a adaptación das normativas internas nacionais á citada directiva. Por tanto, non era posíbel considerar a situación anterior a esa data á luz da citada norma. Este primeiro período podería analizarse unicamente á luz do disposto no artigo 119 do Tratado constitutivo da Comunidade Europea (posteriormente renumerado como 141), pero indicou que as prestacións controvertidas non entraban dentro de ámbito de aplicación do citado artigo e, por tanto, non era posíbel acollerse ao

³⁴⁴ Véxanse os apartados 9, 10 e 11 da sentenza Brouwer.

³⁴⁵ Véxanse os apartados 12 a 15 da sentenza Brouwer.

³⁴⁶ DO L, número 6, do 10 de xaneiro de 1979.

³⁴⁷ Véxanse os apartados 17 e 27 da sentenza Brouwer.

mesmo³⁴⁸. No que atinxe ao segundo período non lle ofreceu dúbida ao Tribunal que o Reino de Bélxica incumprira as obrigas derivadas da citada directiva —tal e como acabou recoñecendo o propio Goberno belga— ao aplicar para un mesmo traballo ou para un do mesmo valor un sistema de cálculo baseado en salarios diarios ficticios e/ou globais superiores para os traballadores fronteirizos masculinos que para as traballadoras fronteirizas³⁴⁹. En consecuencia, debe concluírse que será contraria á normativa da Unión calquera disposición de Dereito interno dos Estados membros con efectos a partir do 23 de decembro de 1984 que, en materia de Seguridade Social, establece escalas diferenciadas para homes e mulleres para os efectos de efectuar o cálculo de prestacións de Seguridade Social.

B) A determinación da lexislación de Seguridade Social aplicábel

113. O Regulamento (CE) número 883/2004 dedícalle a esta cuestión o seu título II, que se denomina, precisamente, “determinación da lexislación aplicábel”³⁵⁰. As normas que se conteñen no título resultan, loxicamente, de aplicación a todas as persoas sometidas ao Regulamento³⁵¹, e non unicamente ás que realizan traballo fronteirizo. De feito, no conxunto de artigos que compoñen o título non aparece referencia expresa algunha ao traballo fronteirizo, aínda que se poidan atopar referencias implícitas ao mesmo, do mesmo xeito que ocorría no Regulamento de 1971. Pola súa banda, o Regulamento (CE) número 987/2009 tamén lle dedica á determinación da lexislación aplicábel o seu título II³⁵², no que tampouco se conteñen referencias expresas ao traballo fronteirizo, a pesar de que tamén se atopan nel referencias implícitas a este tipo de traballo. A inexistencia de referencias explícitas ao traballo fronteirizo no título II tanto do Regulamento de base coma no de aplicación non oculta o feito de que a determinación da lexislación aplicábel resulte dunha grande relevancia para este tipo de traballadores, dada a súa especial conexión con normativas de Seguridade Social de distintos Estados membros, derivada do tránsito constante entre o Estado membro de residencia e o Estado membro de emprego. Elo xustifica que sexa preciso realizar unha análise

³⁴⁸ Véxase o apartado 29 da sentenza Brouwer, na que se cita a do 21 de maio de 1971, asunto 80/70, caso Defrenne.

³⁴⁹ Véxanse os apartados 30 e 31 da sentenza Brouwer.

³⁵⁰ Composto polos artigos 11 a 16. Para unha análise de conxunto deste título, véxase RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La ley aplicable en el Reglamento 883/2004”, en *El futuro europeo de la protección social*, Editorial Laborum (Murcia, 2010), páxs. 43 a 52.

³⁵¹ Véxase o artigo 11 do Regulamento.

³⁵² Composto polos artigos 14 ao 21.

desta normativa xenérica baixo a concreta perspectiva do fenómeno do traballo fronteirizo.

114. Como criterio xeral na determinación da lexislación aplicábel optouse polo criterio da unicidade, isto é a aplicación da lexislación dun único Estado membro ás relacións de Seguridade Social ás que lle resulte de aplicación a normativa da Unión sobre coordinación nesta materia. Pretendeuse con elo —tal e como se indica no propio Regulamento de base— “evitar a concorrencia de diversas lexislacións nacionais aplicábeis e as complicacións que elo podería entrañar”³⁵³ e —en palabras do Tribunal de Xustiza— “suprimiren as desigualdades de trato derivadas dunha acumulación parcial ou total das lexislacións aplicábeis”³⁵⁴. Así, o apartado 1 do artigo 11 do Regulamento de base comeza indicando que “as persoas ás cales lles sexa aplicábel o presente Regulamento estarán sometidas á lexislación dun único Estado membro”. O certo é que, malia a dicción taxativa, o criterio vence en certas ocasións, xa que o propio Regulamento contempla supostos nos que resultará de aplicación a lexislación de máis dun Estado membro, tal e como se verá máis adiante³⁵⁵.

1. Norma xeral

115. Estabéllese o principio de *lex loci laboris* como norma xeral para a determinación da lexislación de Seguridade Social aplicábel ás situacións que caen dentro do ámbito de aplicación dos Regulamentos de coordinación sobre esta materia. En efecto, xa o propio considerando 17 do Regulamento de base indica que “para garantir do xeito máis eficaz posíbel

³⁵³ Véxase o considerando 15 do Regulamento (CE) número 883/2004.

³⁵⁴ Véxase tamén o apartado 43 da Sentenza do Tribunal de Xustiza do 15 de febreiro de 2000, asunto C-169/98, caso Comisión vs. Francia

³⁵⁵ É o caso, por exemplo, da persoa que exerza un emprego como funcionario para máis dun Estado membro —véxase a letra b) do apartado 3 do artigo 11 do Regulamento (CE) número 883/2004—, ou o caso previsto no apartado 3 do artigo 14 dese Regulamento. En calquera caso a opción polo principio de unicidade é maior nos actuais Regulamentos que na normativa anterior. Así, por exemplo, o antigo Regulamento de base contemplaba no seu artigo 14 *quarter* a posibilidade de sometemento simultáneo á lexislación de dous Estados membros naqueles casos nos que o traballador exercera simultaneamente unha actividade por conta allea e unha actividade por conta propia en distintos Estados membros até en dezaioito supostos diferentes, recollidos todos eles no anexo VII do mesmo. Sobre o alcance do principio de unicidade á luz da normativa anterior, véxase a doutrina establecida na Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 7 de xullo do 2005, asunto C-227/03, caso Von Pommeren-Bourgoniën, en virtude da cal se determina que é posíbel que a lexislación dun Estado membro manteña a afiliación obrigatoria a determinadas ramas da Seguridade Social cando o traballador deixou de traballar no seu territorio sempre que exista a posibilidade de continuar afiliado con carácter voluntario ás ramas para as que cesou a afiliación obrigatoria e que as condicións da afiliación voluntaria non sexan máis gravosas que as da obrigatoria. Véxase tamén a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 9 marzo de 2006, asunto C-493/04, caso Piatkowski.

a igualdade de trato de todas as persoas que traballen no territorio dun Estado membro, procede determinar como lexislación aplicábel, por norma xeral, a do Estado membro no que o interesado realiza unha actividade por conta allea ou propia”. Para materializar esta previsión, a letra a) do apartado 3 do artigo 11 establece que “a persoa que exerza unha actividade por conta allea ou propia nun Estado membro estará suxeita á lexislación dese Estado membro”. Neste punto, o novo Regulamento non se aparta do establecido no antigo Regulamento (CEE) número 1408/71³⁵⁶ que, por idénticas razóns, optou tamén pola norma da *lex loci laboris* como regra xeral para a determinación da lexislación aplicábel³⁵⁷. Por tanto, un traballador fronteirizo estará sometido, en principio e a salvo do que se dirá, á lexislación de Seguridade Social do Estado membro de emprego.

116. Sen embargo, cando o traballador realiza actividades en máis dun Estado membro, a aplicación do principio de *lex loci laboris* non abonda para determinar unha única lexislación aplicábel. Nestes supostos é preciso acudir a regras adicionais que permitan esa determinación. Para elo no Regulamento de base óptase por distinguir tres tipos de actividade e darlle prioridade aos puntos de conexión derivados dunhas actividades sobre os derivados doutras, para os efectos de realizar esa determinación³⁵⁸. Os tres tipos de actividade aos que se refire son: o traballo por conta propia, o traballo por conta allea e o emprego de funcionario³⁵⁹. Ademais, prevé a utilización de puntos de conexión adicionais, para o suposto de que se

³⁵⁶ Este principio xeral enunciábase no Regulamento do 71 nas letras a) e b) do apartado 2 do artigo 13.

³⁵⁷ O considerando número 10 do Regulamento do 71 tamén vinculaba a aplicación, como norma xeral, do principio *lex loci laboris*, á igualdade de trato dos traballadores empregados no territorio dun Estado membro.

³⁵⁸ Véxase o artigo 13 do Regulamento (CE) número 883/2004.

³⁵⁹ As letras a), b) e d) do artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004 definen «actividade por conta allea», «actividade por conta propia» e «funcionario», respectivamente. Segundo nel se indica, as dúas primeiras fan referencia a “toda actividade ou situación asimilada considerada como tal para os efectos da lexislación de Seguridade Social do Estado membro no que se exerza dita actividade ou se produza dita situación”; mentres que o terceiro é definido como “a persoa considerada como funcionario ou asimilado polo Estado membro do que depende a Administración que o ocupa”. Nótese que no derogado Regulamento (CEE) número 1408/71 se definían no artigo 1 as expresións «traballador por conta allea» e «traballador por conta propia», mentres que no título correspondente á determinación da lexislación aplicábel se utilizaban as expresións «actividade por conta allea», «actividade por conta propia», o que ocasionou unha controversia que foi resolta polo Tribunal de Xustiza (Sala Quinta), na Sentenza do 30 de xaneiro de 1997, asunto C-221/95, caso Hervein, na que se indica que “cómpre entender por «actividade por conta allea» e «actividade por conta propia» as actividades que estean consideradas como tales para os efectos da aplicación da lexislación en materia de Seguridade Social do Estado membro en cuxo territorio se exercen ditas actividades” (apartado 22 da sentenza), co que equiparou a realización de actividades por conta allea ou propia coas expresións de traballador por conta allea ou propia (apartado 21 da sentenza).

exerzan actividades do mesmo tipo en distintos Estados e, en consecuencia, o criterio de priorización polo tipo de actividade non sirva, ou non sexa abondo para determinar a lexislación aplicábel³⁶⁰.

117. Cando o traballador fronteirizo realice actividades por conta propia en máis dun Estado membro deberá aplicárselle a lexislación do Estado membro de residencia se realiza unha parte substancial da súa actividade nese Estado membro³⁶¹. Cando non sexa así, resultará de aplicación a lexislación do Estado membro no que se atope o centro de intereses das súas actividades, pois así o establece o apartado 2 do artigo 13 do Regulamento (CE) número 883/2004³⁶². Para determinar o centro de intereses do traballador por conta propia deberanse ter en consideración “todos os aspectos das súas actividades profesionais e, en particular, o lugar onde se atope a sede fixa e permanente das actividades do interesado, o carácter habitual ou a duración das actividades que exerza, o número de servizos prestados e a vontade do interesado, segundo se desprenda de todas as circunstancias”³⁶³.

118. En todos os casos nos que unha persoa realice actividades en dous ou máis Estados membros —o que no caso de traballadores fronteirizos poderá acontecer tanto nos supostos de traballo parcialmente fronteirizo como en supostos de pluriactividade en distintos Estados membros que non sexan o de residencia— estará obrigada a poñelo en coñecemento da institución que designe a autoridade competente do Estado membro de residencia. Esta institución deberá, con carácter provisional, determinar a lexislación aplicábel e informar ás autoridades designadas dos Estados

³⁶⁰ Estas normas non se aplican unicamente a supostos de pluriactividade en distintos Estados membros nos que estea presente o fenómeno do traballo fronteirizo, pero o certo é que na maioría das ocasións en que se dea esa pluriactividade estarase diante deste tipo de traballo.

³⁶¹ Ao respecto das implicacións desta determinación para os efectos de cotización á Seguridade Social, véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 26 de maio de 2005, asunto C-249/04, caso Allard. Véxase tamén o Auto do Tribunal de Xustiza do 20 de outubro de 2000, asunto C-242/99, caso Vogler, que dá resposta a unha cuestión prexudicial formulada polo Tribunal Social de Augsburg (*Sozialgericht Augsburg*). Nel declara que un traballador residente no Estado membro do que é nacional que exerce no mesmo unha actividade por conta propia e simultaneamente exerce unha actividade por conta propia noutro Estado membro, está sometido exclusivamente á lexislación de Seguridade Social do Estado membro de residencia.

³⁶² Estabelece que “a persoa que exerza normalmente unha actividade por conta propia en dous ou máis Estados membros estará suxeita a: a) a lexislación do Estado membro de residencia, se exerza unha parte substancial da súa actividade en dito Estado membro, ou b) a lexislación do Estado membro no que se atope o centro de intereses das súas actividades, se non reside nun dos Estados membros nos que exerza unha parte substancial da súa actividade”.

³⁶³ Véxase o apartado 9 do artigo 14 do Regulamento (CE) número 987/2009. Véxase tamén o apartado 10, onde se indica que para os efectos da aplicación do previsto no apartado 9 deberá considerarse “a situación prevista para os 12 meses civís seguintes”.

membros nos que o traballador realice actividades, así como ao propio traballador³⁶⁴. Se no prazo de dous meses, a contar desde a notificación, as autoridades notificadas non formulan obxección, a determinación terá o carácter de definitiva. As autoridades notificadas poderán amosar a súa desconformidade coa determinación provisional de dous xeitos: ben solicitando que se establezcan contactos entres as autoridades dos Estados membros afectados para, entre elas, determinar a lexislación aplicábel, ou ben simplemente informando á autoridade que efectuou a notificación que non pode aceptar aínda a determinación ou que ten outra opinión ao respecto.³⁶⁵ Unha vez determinada con carácter definitivo a lexislación aplicábel, deberá notificarse este extremo sen demora ao interesado³⁶⁶.

2. Excepcións á norma xeral

119. Para continuar a análise da determinación da lexislación de Seguridade Social aplicábel aos traballadores fronteirizos, cómpre facer referencia ás catro excepcións á regra xeral de *lex loci laboris* existentes na normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social que poden afectar a esta categoría de traballadores, tres delas no Regulamento de base e unha no de aplicación. A primeira refírese ao desempeño dun posto de funcionario, a segunda ao suposto de desprazamento laboral temporal a outro Estado membro, a terceira aos supostos en que os traballadores perciban unha prestación por desemprego total, e a cuarta a situacións de pluriemprego en distintos Estados membros por conta dun empregador establecido fóra da Unión Europea.

120. A segunda das excepcións indicadas precisa ser puntualizada. Cando un traballador fronteirizo, por conta allea ou propia, se desprace temporalmente do Estado membro de emprego a outro Estado membro, mesmo ao Estado de residencia, continuará sometido á lexislación do Estado membro de orixe³⁶⁷, pois o artigo 12 non permite establecer distincións entre os traballadores desprazados en función do seu lugar de residencia. Máis problemática resultará a súa consideración como traballador fronteirizo durante o período que dure o desprazamento se, como consecuencia do mesmo, non lle resulta posíbel o regreso diario ou

³⁶⁴ Véxanse os apartados 1, 2 e 5 do artigo 16 do Regulamento (CE) número 987/2009. Se o interesado non lle proporciona a información á institución do lugar de residencia, esta deberá proceder igualmente á determinación provisional da lexislación aplicábel tan pronto como sexa informada por outra das institucións afectadas. Determinao así o apartado 6 do citado artigo.

³⁶⁵ Véxanse os apartados 3 e 4 do artigo 16 do Regulamento (CE) número 987/2009.

³⁶⁶ Véxase o apartado 5 do artigo 16 do Regulamento (CE) número 987/2009.

³⁶⁷ Enténdase Estado membro de emprego, pois é este o que determina a lexislación de Seguridade Social aplicábel.

semanal ao Estado membro de residencia desde o Estado membro no que está destacado. Malia o silencio do Regulamento ao respecto desta cuestión, a solución máis coherente é a de non modificar a súa condición de traballador fronteirizo durante o período no que estea destacado noutro Estado membro, pois deste xeito non verá alterada a súa situación en materia de Seguridade Social, que é o que pretende precisamente o artigo 12 do Regulamento ao establecer a norma particular. Esta interpretación é compatible coa propia definición de traballador fronteirizo dada no Regulamento³⁶⁸, que cando establece a periodicidade coa que debe realizarse o regreso do Estado membro de emprego ao Estado membro de residencia, utiliza o adverbio «normalmente»³⁶⁹, o que permitiría incluír unha excepción a esa periodicidade cando o traballador sexa desprazado temporalmente.

121. Nos casos en que os traballadores fronteirizos son desprazados temporalmente, pero non a outro Estado membro, senón dentro do propio Estado de emprego, non se presenta problema algún a respecto da lexislación de Seguridade Social aplicábel, que seguirá sendo, loxicamente, a mesma. O problema preséntase ao respecto de se é posíbel continuar considerándoos como traballadores fronteirizos durante o período de desprazamento temporal nos casos en que non lles resulte posíbel regresar ao Estado de residencia diaria ou semanalmente. Téñase en conta que a eventual modificación da súa condición de traballadores fronteirizos condicionará o goce das prestacións de Seguridade Social á que teñan dereito, tal e como se verá máis adiante. A solución neste caso preséntase máis escura, pois é un suposto non contemplado pola normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social. Con todo, os argumentos utilizados para os casos de desprazamento temporal a outro Estado membro, parecen resultar tamén pertinentes para este suposto. Modificar a condición de traballadores fronteirizos durante o período de desprazamento temporal dentro do Estado membro de emprego colocaría a este tipo de traballadores nunha posición desfavorábel con respecto aos restantes traballadores aos que resulta de aplicación a normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social, o que iría en contra da liberdade de circulación establecida no Regulamento (UE) número 492/2011.

³⁶⁸ Véxase o artigo 1. f).

³⁶⁹ Nótese que o artigo di “normalmente a diario ou ao menos unha vez por semana”; a inexistencia dunha coma despois da expresión a diario permite entender que o adverbio refírese ás dúas posibilidades (diaria ou semanal) e non só á primeira.

122. A problemática que se acaba de analizar ao respecto do desprazamento temporal de traballadores fronteirizos non se daba no Regulamento (CEE) número 1408/71, pois nel se contemplaba expresamente esta posibilidade. En efecto, a propia definición da figura indicaba que “o traballador fronteirizo que estea destacado pola empresa da que depende normalmente, ou que preste os seus servizos no territorio do mesmo Estado membro ou de outro Estado membro, conservará a condición de traballador fronteirizo durante un tempo que non excederá de catro meses, aínda cando durante a súa estadía como destacado non poida regresar cada día ou polo menos unha vez por semana, ao lugar de residencia”³⁷⁰.

123. No que atinxe á terceira excepción ao principio de *lex loci laboris* establecida no Regulamento de base, fai referencia aos supostos de traballadores que reciban unha prestación por desemprego total e residan nun Estado membro distinto do Estado membro competente. Son os traballadores aos que lles resulta de aplicación o artigo 65 do citado Regulamento. Este artigo afecta en grande medida aos casos de traballo fronteirizo, e determina a aplicación da lexislación do Estado membro de residencia, e non a do Estado membro de emprego.

3. Imperatividade da normativa sobre lexislación aplicábel

124. As normas contidas no título II do Regulamento (CE) número 883/2004 constitúen, en palabras do Tribunal de Xustiza, “un sistema completo e uniforme de normas de conflito de leis, cuxo obxectivo é someter aos traballadores que se desprazan dentro da Comunidade ao réxime de Seguridade Social dun único Estado membro para evitar a acumulación de lexislacións nacionais aplicábeis e as complicacións que poden resultar delo”³⁷¹. No caso das persoas que exerzan actividades en máis dun Estado membro, a lexislación do Estado membro que resulte de aplicación deberá considerar ao traballador en cuestión como se exercera a totalidade das súas actividades, ou percibira a totalidade dos seus ingresos, nese Estado membro, pois así o determina o apartado 4 do artigo 13 do Regulamento (CE) número 883/2004. En consecuencia, deberá considerar os ingresos obtidos nos outros Estados membros para os efectos de determinar as cotizacións sociais que correspondan. Esta obriga alcanza non só aos gravames que teñan a consideración de cotizacións sociais

³⁷⁰ Artigo 1. b) do Regulamento (CEE) número 1408/71.

³⁷¹ Véxase o apartado 31 da Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 15 de marzo de 2001, asunto C-444/98, caso de Laat, no que se citan as do 10 de febreiro de 2000, asunto C-202/97, caso FTS e do 9 de novembro de 2000, asunto C-404/98, caso Plum.

segundo a súa propia lexislación, afecta tamén aos restantes gravames que, con independencia da denominación e consideración que se lles dea nesa lexislación, teñan como finalidade o financiamento do seu réxime de Seguridade Social. Así o estableceu o Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Allard³⁷² e nas sentenzas dos casos Comisión vs. Francia³⁷³.

125. O primeiro caso trata dun traballador que realiza actividades profesionais por conta propia tanto no Estado membro de residencia (Bélxica) coma noutro Estado membro (Francia). O Instituto nacional de Seguridade Social para traballadores autónomos (*Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants*, en adiante INASTI) tomou en consideración a totalidade dos ingresos do señor Allard (tanto os obtidos en Bélxica coma os obtidos en Francia) para os efectos de determinar o importe da cotización de moderación, que era unha contribución imposta con carácter transitorio que se aplicaba a determinados traballadores por conta propia en función do nivel dos seus ingresos profesionais, pero que non xeraba por si o dereito a beneficiarse de prestación algunha. O tribunal que coñeceu o recurso do Sr. Allard contra a decisión da INASTI considerou que a cotización controvertida semellaba máis un imposto de crise que unha cotización social, polo que suspendeu o procedemento e lle preguntou ao Tribunal de Xustiza se a normativa comunitaria se opoñía a un gravame coma o controvertido, na medida en que tomaba en consideración a totalidade dos ingresos obtidos por un traballador por conta propia que residía no territorio do Estado que impoñía tal gravame pero que exercía actividades profesionais simultaneamente nese e noutro Estado membro³⁷⁴.

126. A resposta do Tribunal de Xustiza indica que o criterio determinante para establecer a aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social “é o da afectación específica ao financiamento do réxime de Seguridade Social dun Estado membro [e que] por tanto, é indiferente a este respecto a existencia ou non de contrapartidas en concepto de prestacións”³⁷⁵, e, en consecuencia, a cotización de moderación entra dentro do ámbito de aplicación da referida normativa, dado que a recadación obtida pola mesma está destinada ao réxime de pensións de xubilación e de supervivencia dos traballadores por conta propia³⁷⁶. Dito isto, afirma que a normativa sobre determinación de

³⁷² Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 26 de maio de 2005, asunto C-249/04.

³⁷³ Sentenzas do Tribunal de Xustiza do 15 de febreiro de 2000, asuntos 34/98 e 169/98.

³⁷⁴ Véxanse os apartados 6 a 15 da sentenza Allard.

³⁷⁵ Véxase o apartado 16 da sentenza Allard, no que cita as do 15 de febreiro de 2000, asuntos C-34/98 e C-169/98, casos Comisión vs. Francia.

³⁷⁶ Véxanse os apartados 17 e 18 da sentenza Allard.

lexislación aplicábel contida no Regulamento de coordinación en materia de Seguridade Social establece que un traballador que realice actividades por conta propia no Estado membro de residencia e noutro Estado membro debe estar sometido á lexislación do Estado membro de residencia e que para este traballador deberanse ter en conta a totalidade das actividades por conta propia realizadas noutros Estados membros, como se as tivera realizado no Estado membro de residencia³⁷⁷. Por tanto, conclúe o Tribunal, para a determinación da cotización de moderación que lle correspondía efectuar ao Sr. Allard, as autoridades belgas debían ter en consideración tanto os ingresos obtidos por este traballador en Bélxica coma os obtidos en Francia³⁷⁸.

127. O carácter imperativo da normativa comunitaria de coordinación da lexislación aplicábel tamén impide establecer calquera tipo de gravame que poida ser considerado como cotización social cando segundo a citada normativa a súa lexislación non resulte aplicábel. Determinouno así o Tribunal de Xustiza ao respecto de dous gravames establecidos pola lexislación francesa que afectaban, entre outros, aos traballadores fronteirizos residentes no seu territorio aos que lles resultaba de aplicación a lexislación de Seguridade Social doutro Estado membro. Os gravames en cuestión denominábanse contribución para o reembolso da débeda social (en adiante CRDS)³⁷⁹ e contribución social xeneralizada (en adiante CSX)³⁸⁰.

128. Tanto unha coma outra resultaban de aplicación aos traballadores fronteirizos residentes en Francia, a pesar de que a estes traballadores non

³⁷⁷ Así o establecían o apartado 1 do artigo 13, o punto 2 do artigo 14 *bis* e o apartado 1 do artigo 14 *quinqüies* do Regulamento (CEE) número 1408/71. Véxanse os apartados 19 a 21 da sentenza Allard. As citadas referencias correspóndense coas contidas no apartado 1 do artigo 11 e na letra a) do apartado 2 e no apartado 5 do artigo 13 do Regulamento (CE) número 883/2004.

³⁷⁸ Véxanse os apartados 22 a 24 da sentenza Allard.

³⁷⁹ Véxanse os apartados 6 a 12 da sentenza Comisión *vs.* Francia, asunto C-34/98. A CRDS consistía nun gravame do 0,5% que se lle aplicaba aos rendementos do traballo e ás prestacións substitutorias. Os ingresos obtidos con este gravame destinábanse, indirectamente, a substentar o réxime de Seguridade Social. Estaban suxeitas a el as persoas físicas que tiñan o seu domicilio fiscal en Francia para os efectos do imposto da renda, considerándose que se cumpría este requisito polo feito de ter en Francia o domicilio ou a residencia principal. Para o cálculo da CRDS tomábanse en consideración os rendementos de traballo e as prestacións substitutorias estranxeiras sometidas en Francia ao imposto da renda.

³⁸⁰ Véxanse a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 15 de febreiro de 2000, Comisión *vs.* Francia asunto C-169/98. A CSX. era un gravame do 7,5% que se aplicaba, entre outros, aos rendementos do traballo e ás prestacións substitutorias obtidas tanto en Francia coma no estranxeiro polas persoas con domicilio ou residencia principal en Francia. As súas recadacións destinábanse á Caixa Nacional do Prestacións Familiares, ao Fondo de Solidariedade para a Vellez e aos réximes obrigatorios do seguro de enfermidade.

lles resultaba de aplicación a lexislación francesa en materia de Seguridade Social³⁸¹. A Comisión entendía que someter á CRDS e á CSX, polos rendementos obtidos noutro Estado membro, aos traballadores residentes en Francia aos que non lles resultaba de aplicación a lexislación de Seguridade Social francesa ía en contra do Dereito comunitario e instaron ao Goberno Francés a que corrixira esta situación. Pola Contra, o Goberno francés entendía que os gravames controvertidos constituían impostos e, por tanto, non estaban sometidos á normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social³⁸².

129. O Tribunal de Xustiza, nas sentenzas ditadas a raíz dos recursos formulados pola Comisión contra Francia, indica que debe ser considerado contrario ás normas sobre determinación da lexislación aplicábel —por implicar unha dobre cotización— “gravar a un traballador, por un mesmo rendimento, con cargas sociais derivadas da aplicación de varias lexislacións nacionais, cando unicamente pode ter a condición de asegurado ao respecto dunha soa de ditas lexislacións”³⁸³. Ao respecto da CRDS, considera que “ten por obxecto específico e directo amortizar os déficits do réxime xeral de Seguridade Social francés e se inserta no contexto da reforma xeral da protección social en Francia, dirixida a garantir o equilibrio financeiro futuro de dito réxime”³⁸⁴, e en canto á CSX, indica que “vai destinada específica e directamente ao financiamento da Seguridade Social en Francia, asignándose os correspondentes ingresos á Caixa Nacional de Prestacións Familiares, ao Fondo de Solidariedade para a Vellez e aos réximes obrigatorios de enfermidade”³⁸⁵. En consecuencia, tanto unha como outra gardan unha relación directa e de suficiente entidade co réxime de Seguridade Social francés para que deban ser comprendidas dentro do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social e, por tanto, afectadas pola regra de non acumulación de lexislacións aplicábeis e de prohibición de dobre cotización³⁸⁶, resultando indiferente que ningún dos dous gravames analizados implique por si mesmo o dereito ao goce de prestacións de Seguridade Social, dado que o criterio determinante para considerar un

³⁸¹ Véxanse os apartados 29 e 30 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-34/98 e o apartado 11 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-169/98. Véxase tamén a letra a) do apartado 3 do artigo 11 do Regulamento (CE) número 883/2004.

³⁸² Véxanse os apartados 13 a 18 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-34/98 e os apartados 12 a 17 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-169/98.

³⁸³ Véxase o apartado 31 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-34/98 e o apartado 29 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-169/98.

³⁸⁴ Véxase o apartado 37 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-34/98.

³⁸⁵ Véxase o apartado 35 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-169/98.

³⁸⁶ Véxase o apartado 36 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-34/98 e o apartado 34 da sentenza *Comisión vs. Francia*, asunto C-169/98.

gravame incluído dentro do ámbito da Seguridade Social non é ese, senón o da “afectación específica [...] ao financiamento do réxime de Seguridade Social dun Estado membro”³⁸⁷.

130. Xa para finalizar, é preciso indicar que o Tribunal de Xustiza tamén considerou que os gravames analizados eran contrarios á liberdade de circulación establecida nos Tratados, xa que vulneraban o principio de igualdade de trato. Isto sería debido ao feito de que mentres os traballadores con residencia e emprego en Francia só estarían obrigados a financiaren o réxime de Seguridade Social francés, os traballadores residentes en Francia empregados noutros Estados membros que, en aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social, estiveran obrigados a contribuíren ao financiamento do réxime de Seguridade Social do estado membro de emprego, tamén estarían obrigados, por mor da CRDS e da CSX, a financiaren, aínda que só parcialmente, o réxime de Seguridade Social de Francia, en canto que Estado de residencia. Por tanto, o establecemento dos citados gravames aos traballadores residentes en Francia aos que, en aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social, lles resulte de aplicación a lexislación de Seguridade Social doutro Estado membro, vulnera a liberdade de circulación de traballadores e a liberdade de establecemento consagradas nos artigos 45 e 49 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, respectivamente, en canto que supón para os citados traballadores unha vulneración do principio de igualdade de trato³⁸⁸.

C) Acción protectora

131. O título III do Regulamento (CE) 883/2004, denominado “disposicións particulares para as distintas categorías de prestacións” establece, ao longo dos nove capítulos dos que se compón³⁸⁹, as normas específicas de coordinación para cada unha das distintas ramas de Seguridade Social que entran dentro do seu ámbito de aplicación

³⁸⁷ Véxanse os apartados 39 e 40 da sentenza Comisión vs. Francia, asunto C-34/98 e os apartados 37 e 38 da sentenza Comisión vs. Francia, asunto C-169/98.

³⁸⁸ Véxanse os apartados 43 a 49 da sentenza Comisión vs. Francia, asunto C-34/98 e os apartados 40 a 47 da sentenza Comisión vs. Francia, asunto C-169/98. As referencias contidas nestas sentenzas aos artigos 39 e 43 do Tratado CE deben entenderse efectuadas hoxe aos citados artigos 45 e 49 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

³⁸⁹ Os nove capítulos denomínanse respectivamente: prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas; prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional; subsidios de defunción; prestacións de invalidez; pensións de vellez e de supervivencia; prestacións de desemprego; prexubilación; prestacións familiares; e prestacións especiais en metálico non contributivas.

material³⁹⁰. Pola súa parte, o título III³⁹¹ do Regulamento (CE) número 987/2009 establece ao longo dos seis capítulos que o integran as normas de aplicación de determinadas prestacións tratadas no Regulamento (CE) número 883/2004³⁹².

132. Polas súas peculiaridades, o traballo fronteirizo, dentro das normas que compoñen a regulación de certas prestacións, é obxecto dun tratamento específico que cómpre analizar. No que atinxe a outras prestacións, malia a inexistencia de regulación particular para este tipo de traballadores, o Tribunal de Xustiza pronunciouse sobre as mesmas en asuntos relacionados con eles, polo que tamén deberán ser analizadas. Non procede, sen embargo, tratar aquí as prestacións onde non aparece especificidade algunha relacionada co traballo fronteirizo, que é o que acontece cos subsidios de defunción³⁹³ e coas prestacións de prexubilación³⁹⁴. En consecuencia, trataranse as prestacións nas que existen particularidades normativas ou pronunciamentos xurisprudencias que atinxan ao traballo fronteirizo, que son as que se consideran a continuación.

1. No caso de prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas

a) Consideracións previas

133. Dentro do título III do Regulamento (CE) número 883/2004, as prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas aparecen reguladas no capítulo 1, que leva, precisamente, esa

³⁹⁰ O artigo 3 do Regulamento indica que o mesmo será de aplicación a toda a lexislación relativa ás ramas da Seguridade Social relacionadas coas prestacións de: enfermidade; maternidade e paternidade asimiladas; invalidez; vellez; supervivencia; accidentes de traballo e de enfermidade profesional; desemprego; prexubilación e familiares, así como aos subsidios de defunción. Bardante disposición en contrario do Anexo XI do Regulamento aplicarase aos réximes de Seguridade Social xerais e especiais, contributivos e non contributivos, así como aos réximes relativos ás obrigas do empregador ou do armador. Tamén se aplicará ás prestacións en metálico non contributivas. Pero non se aplicará á asistencia social e sanitaria nin ás prestacións respecto ás cales un Estado membro asuma a responsabilidade dos danos causados ás persoas e preveña unha compensación, tales como as concedidas ás vítimas de guerra e de accións militares ou das súas consecuencias; as vítimas de delitos, asasinato ou actos terroristas; as vítimas de danos ocasionados por axentes do Estado membro no exercicio das súas funcións, ou as vítimas que se viran prexudicadas por razóns políticas ou relixiosas ou debido á súa orixe.

³⁹¹ Que ten a mesma denominación que o título III do Regulamento (CE) número 883/2004.

³⁹² O Regulamento (CE) número 987/2009 non trata da prexubilación nin das prestacións en metálico non contributivas. As prestacións de invalidez, vellez e de supervivencia trátaas conxuntamente no capítulo IV.

³⁹³ Estas prestacións, que poderían encadrarse dentro das prestacións de vellez e supervivencia, aparecen reguladas de xeito illado no capítulo 3.

³⁹⁴ Reguladas no capítulo 7.

denominación³⁹⁵. Está composto por dezanove artigos, do 17 ao 35, agrupados en tres seccións denominadas respectivamente: “persoas aseguradas e membros das súas familias, con excepción dos titulares de pensións e membros das súas familias”³⁹⁶; “titulares de pensións e membros das súas familias”³⁹⁷, e “disposicións comúns”³⁹⁸. Tamén se regulan estas prestacións ao longo dos 11 artigos que compoñen o capítulo I do título III do Regulamento (CE) número 987/2009³⁹⁹, así como no artigo 87 do mesmo, titulado “exame médico e control administrativo”, situado no título V⁴⁰⁰. Este último artigo non resulta de aplicación exclusiva ás prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas, senón a todas aquelas prestacións reguladas nos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social nas que resulte preciso realizar exames médicos ou controis administrativos aos beneficiarios ou solicitantes das prestacións, ou a algún membro das súas familias⁴⁰¹.

134. As normas que regulan as prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas para os traballadores fronteirizos deben buscarse ao longo do articulado citado, nomeadamente naqueles artigos en que se regulan as situacións de residencia en Estado membro distinto do de emprego. Atópanse ademais, concretamente no Regulamento (CE) número 883/2004, dous artigos que regulan aspectos destas prestacións relativos especificamente ao suposto do traballo fronteirizo. Trátase dos artigos 18 e 28, que se encadran nas seccións primeira e segunda, respectivamente. Cómpre salientar que ambos artigos foron parcialmente modificados polo Regulamento (CE) 988/2009⁴⁰², e que estes dous artigos foron os únicos do

³⁹⁵ O considerando 19 do Regulamento (CE) número 883/2004 xustifica a regulación conxunta das prestacións de maternidade e paternidade asimiladas dado que en ocasións estas prestacións “poden ser gozadas tanto polo pai como pola nai” e que cando son gozadas polo pai “a natureza destas prestacións é distinta das prestacións parentais e pode asimilarse ás prestacións de maternidade *stricto sensu* por concederse durante os primeiros meses de vida do recém nado”.

³⁹⁶ Artigos 17 a 22.

³⁹⁷ Artigos 23 a 30.

³⁹⁸ Artigos 31 a 35.

³⁹⁹ Artigos 22 ao 32. O capítulo leva tamén por título “prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas”.

⁴⁰⁰ O referido título denomínase “disposicións diversas, transitorias e finais” e consta de dez artigos. Opera coma un “caixón de xastre”, pois regula aspectos tan dispares como a “conversión de moedas” (artigo 90), as “disposicións transitorias” (artigo 93) ou a cláusula derogatoria (artigo 96).

⁴⁰¹ Sobre o procedemento para o exame médico e control administrativo véxase *infra*, núm. 200 e ss.

⁴⁰² Regulamento (CE) número 988/2009 do Parlamento Europeo e do Consello do 16 de setembro de 2009, polo que se modifica o Regulamento (CE) número 883/2004, sobre a coordinación dos sistemas de Seguridade Social, e se determina o contido dos seus anexos.

capítulo que sufriron, até o de agora, modificacións. Por último, tamén o Regulamento (CE) número 987/2009, no seu artigo 29, regula especificamente o suposto do traballo fronteirizo.

135. A regulación que se establece nestes Regulamentos para as prestacións de enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas é distinta segundo estas prestacións sexan «en especie» ou «en metálico». Trátase dunha distinción que ten consecuencias directas para o caso concreto da protección dos traballadores fronteirizos, pois —tal e como puxo de manifesto o Tribunal de Xustiza no asunto Gaumain-Cerri e Barth⁴⁰³— “o feito de que as prestacións constitúan prestacións «en especie» ou «en metálico» pode determinar que lexislación é aplicábel”⁴⁰⁴. Debe considerarse, ademais, que as lexislacións de Seguridade Social dos distintos Estados membros ofrecen unha variada tipoloxía de prestacións⁴⁰⁵, de modo que, en ocasións, resulta difícil, ao respecto dalgunhas delas, o seu encaixe dentro das distintas categorías de prestacións reguladas polas citadas normas.

136. Para establecer a distinción entre prestacións «en especie» e «en metálico» no caso de prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas débese acudir, en primeiro lugar, ao disposto no inciso i) do punto *v bis*) do artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004, que indica que se consideran prestacións en especie, “aos efectos do título III, capítulo I (prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas), as definidas ou admitidas como tales pola lexislación que aplique o Estado membro e que estean destinadas a prover, facilitar, aboar directamente ou reembolsar os custes da atención sanitaria e dos produtos e servizos accesorios de dita atención”, engadindo que “isto inclúe as prestacións en especie de longa duración”. A definición foi introducida no Regulamento de base por medio da reforma operada no mesmo a través do Regulamento (CE) número 988/2009 e veu superar a ausencia de definición normativa da que adoecían anteriormente os Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social, e que complicaba a delimitación dos dous tipos de prestación⁴⁰⁶. A definición de prestacións «en especie» contida no Regulamento de base foi

⁴⁰³ Sentenza da Sala Segunda do 8 de xullo de 2004, asuntos acumulados C-502/01 e C-31/02.

⁴⁰⁴ Véxase o apartado 25 da sentenza Gaumain-Cerri e Barth.

⁴⁰⁵ O considerando 23 do Regulamento salienta as “diferenzas entre os diversos sistemas nacionais”, precisamente para referirse aos seus efectos sobre os traballadores fronteirizos.

⁴⁰⁶ Cómpre sinalar que os Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social continúan sen incluír unha definición de prestacións «en metálico», se cadra por considerarse innecesario, dada a posibilidade de elaborar esta definición por simple oposición ás prestacións «en especie».

precisada por parte da Comisión Administrativa de Coordinación dos sistemas de Seguridade Social⁴⁰⁷ (en adiante Comisión Administrativa), que indicou que se deben considerar incluídas dentro das mesmas “as prestacións en especie do seguro de dependencia que dan dereito ao pagamento directo completo ou parcial de determinados gastos derivados da situación de dependencia do asegurado e nos que se tivera incorrido para o seu beneficio directo”⁴⁰⁸, así como aquelas que non derivan dun seguro de dependencia, pero que presentan as mesmas características e perseguen os mesmos obxectivos que as anteriores⁴⁰⁹.

137. Para completar a distinción entre os dous tipos de prestación cómpre acudir, en segundo lugar, á doutrina establecida sobre a mesma polo Tribunal de Xustiza, pois —malia que non existen sentenzas que clarifiquen este asunto á luz do Regulamento (CE) número 883/2004— pode constatarase a existencia dunha xurisprudencia consolidada ao respecto do derogado Regulamento (CEE) número 1408/71, que continúa resultando de utilidade. En concreto, na sentenza do caso Molenaar⁴¹⁰, o Alto Tribunal indicou —precisamente a propósito dun suposto de traballo fronteirizo— que “o concepto de «prestacións en especie» non exclúe que dita prestación consista en pagamentos efectuados pola institución debedora, especialmente en forma de asunción ou de reembolso de gastos, e que o concepto de «prestacións en metálico» comprende esencialmente as

⁴⁰⁷ Ao respecto da Comisión Administrativa de Coordinación dos Sistemas de Seguridade Social véxanse os artigos 71 e 72 do Regulamento (CE) número 883/2004, nomeadamente a letra a) deste último artigo, que establece como tarefa da Comisión a de “resolver todas as cuestións administrativas ou de interpretación derivadas das disposicións do presente Regulamento, do Regulamento de aplicación, ou de calquera outro convenio ou acordo celebrado dentro do marco de ditos Regulamentos, sen menoscabo do dereito que asista ás autoridades, institucións e persoas interesadas a recorrer aos procedementos previstos e ás xurisdicións sinaladas polas lexislacións dos diversos Estados membros, polo presente Regulamento e polo Tratado”.

⁴⁰⁸ Véxase a letra a) do punto 2 da Decisión número S5, do 2 de outubro de 2009, para a interpretación do concepto de prestacións en especie segundo se define no artigo 1, letra *v bis*, do Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, en caso de enfermidade ou maternidade, de acordo co artigo 17, o artigo 19, o artigo 20, o artigo 22, o artigo 24, apartado 1, o artigo 25, o artigo 26, o artigo 27, apartados 1, 3, 4 e 5, o artigo 28, o artigo 34 e o artigo 36, apartados 1 e 2, do Regulamento (CE) número 883/2004, así como para determinar os importes que se reembolsarán de conformidade cos artigos 62, 63 e 64 do Regulamento (CE) número 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello (DO C número 106, do 24 de abril de 2010). Nela indícase, ademais, que “as prestacións destas características están esencialmente destinadas a completar as prestacións en especie do seguro de enfermidade co fin de mellorar a saúde e as condicións de vida das persoas dependentes”.

⁴⁰⁹ Véxase a letra b) do punto 2 da Decisión número S5, do 2 de outubro de 2009.

⁴¹⁰ Sentenza do pleno do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 5 de marzo de 1998, asunto C-160/96.

prestacións destinadas a compensar a perda de salario do traballador”⁴¹¹. En consecuencia, non se poden considerar prestacións «en metálico» todas aquelas que consistan no aboamento dunha cantidade diñeiraria, senón só aquelas prestacións en diñeiro que teñan a finalidade de contrarrestar a perda de ingresos que experimenta o traballador como consecuencia da continxencia. Tampouco poden ser consideradas «prestacións en especie» só aquelas consistentes na entrega de produtos ou servizos, pois, en ocasións, poden implicar pagamentos diñeirarios, cando estes teñan a finalidade de resarcir os gastos que se soportaron para recibir atención sanitaria, ou produtos ou servizos accesorios á mesma (isto é, unha finalidade distinta á de compensar a minoración de ingresos por mor da continxencia).

138. Na citada sentenza do caso Molenaar que, como se dixo, atinxía a un suposto de traballo fronteirizo, o Tribunal de Xustiza analizou a natureza do seguro de asistencia alemán, que é un dos supostos nos que se manifesta a dificultade de encaixe á que se fixo referencia máis arriba. As dúbidas que se presentaron sobre este seguro non se referían unicamente á súa consideración como prestación «en especie» ou «en metálico», senón mesmo sobre a súa inclusión dentro do seguro de enfermidade. Segundo se indica na propia sentenza, o seguro de dependencia alemán, “dá dereito, en primeiro lugar, a prestacións destinadas a cubrir os gastos ocasionados polos coidados prestados a domicilio por terceiras persoas” e que “estas prestacións, denominadas «coidados a domicilio», cuxa contía depende do grao de necesidade da persoa de que se trate, poden proporcionarse, a elección do asegurado, ben en forma de coidados dispensados por organismos autorizados, ben en forma de subsidio mensual denominado «subsidio por coidados», que permite ao beneficiario elixir a forma de axuda que considere máis axeitada á súa situación”⁴¹². Tamén “dá dereito, ademais, á asunción dos gastos ocasionados polos coidados dispensados ao asegurado en centros de acollida ou en establecementos de asistencia, a prestacións destinadas a suplir a ausencia de vacacións do terceiro que se ocupe habitualmente do asegurado, a prestacións e indemnizacións que cobren diversos gastos ocasionados polo estado de necesidade da persoa, como a compra e a instalación de equipamento especializado ou a realización de obras a domicilio”⁴¹³, e “por último, en determinadas

⁴¹¹ Véxase o apartado 31 da sentenza Molenaar. Nel cítase unha sentenza anterior do 30 de xuño de 1966, asunto 61/65, caso Vaasen-Gobbles no que xa se establecía esta doutrina. Véxase tamén a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Segunda) do 8 de xullo de 2004, asuntos acumulados C-502/01 e C-31/02, casos Gaumain-Cerri e Barth, apartado 26.

⁴¹² Véxase o apartado 5 da sentenza Molenaar.

⁴¹³ Véxase o apartado 6 da sentenza Molenaar.

circunstancias [...] faise cargo do pago do seguro de vellez e invalidez e do seguro de accidentes do terceiro que asista á persoa asegurada”⁴¹⁴.

139. O Tribunal de Xustiza entende que as prestacións do seguro de asistencia entran dentro das prestacións do seguro de enfermidade, aínda que presenten características propias⁴¹⁵, pois están destinadas “a completar as prestacións do seguro de enfermidade, ao que, por outra parte, están vinculadas desde o punto de vista da organización, con fin de mellorar o estado de saúde e as condicións de vida das persoas necesitadas de coidados especiais”⁴¹⁶. Dentro delas, as “destinadas a cubrir gastos ocasionados polos coidados dispensados ao asegurado, tanto no seu domicilio coma en establecementos especializados, as adquisicións de equipamento e a realización de obras están indubidabelmente incluídas entre as «prestacións en especie»”. No que atinxe ao subsidio por coidados, malia estar “destinado a cubrir determinados gastos ocasionados pola necesidade de coidados, en particular os relativos ao auxilio proporcionado por un terceiro, e non a compensar unha perda de salario sufrida polo beneficiario, non é menos certo que presenta características que o distinguen das prestacións en especie do seguro de enfermidade”⁴¹⁷, pois o pagamento é periódico e non está supeditado á realización previa de determinados gastos, nin se esixe a presentación de documentos acreditativos dos gastos ocasionados. Ademais, a contía do mesmo fíxase con independencia dos gastos efectivamente realizados e, por último, o beneficiario dispón dunha ampla liberdade na utilización das cantidades que se lle abonan, que mesmo pode consistir en gratificar a unha persoa próxima que o coide⁴¹⁸. Por todo elo, cómpre considerar que o subsidio por coidados está incluído dentro das «prestacións en metálico» do seguro de enfermidade⁴¹⁹.

140. Tamén ao respecto do seguro de asistencia alemán se pronunciou o Tribunal de Xustiza nun asunto relacionado con traballadores fronteirizos. Trátase da sentenza do citado caso Gaumain-Cerri e Barth⁴²⁰. Neste caso as dúbidas presentáronse ao respecto das cotizacións aos seguros de vellez e invalidez e de accidente da persoa que se encarga do coidado da persoa

⁴¹⁴ Véxase o apartado 7 da sentenza Molenaar.

⁴¹⁵ Véxase o apartado 24 da sentenza Molenaar.

⁴¹⁶ Véxase o apartado 25 da sentenza Molenaar.

⁴¹⁷ Véxase o apartado 33 da sentenza Molenaar.

⁴¹⁸ Véxase o apartado 34 da sentenza Molenaar.

⁴¹⁹ Véxase o apartado 36 da sentenza Molenaar.

⁴²⁰ Véxase *supra*, núm. 135. Nesta sentenza, malia tratarse do mesmo seguro que o analizado no caso Molenaar, denomínase seguro de dependencia e non de asistencia. Véxanse o apartado 3 das sentenzas dos casos Molenaar e Gaumain-Cerri e Barth.

beneficiaria do seguro de asistencia, e elo en relación cos dous asuntos acumulados que resolve a sentenza.

141. O Tribunal de Xustiza refundiu en dúas as cuestións prexudiciais formuladas polos órganos xurisdicionais de remisión que deron lugar á sentenza. A primeira refírese á posibilidade de incluír dentro das prestacións do seguro de enfermidade a asunción (por parte da entidade que asegura o risco de dependencia) das cotizacións sociais do seguro de vellez do terceiro que presta asistencia a domicilio a unha persoa dependente. Na súa resposta, o Alto Tribunal reproduce a doutrina sentada ao respecto do seguro de asistencia alemán no xa citado caso Molenaar, que encadra estas prestacións dentro das do seguro de enfermidade⁴²¹, e conclúe que, por tanto, “as prestacións destinadas a garantir o risco de vellez dun terceiro que presta asistencia a unha persoa dependente [...] tamén constitúen «prestacións de enfermidade» das que é beneficiaria a persoa dependente”⁴²².

142. A segunda cuestión refírese, en esencia, á posibilidade de denegar a asunción das cotizacións do seguro de vellez dun terceiro que se ocupa do coidado dunha persoa dependente baseándose en que un ou outra residen no territorio dun Estado membro distinto do competente. Na súa resposta, o Alto Tribunal parte tamén da doutrina sentada no caso Molenaar, que reproduce, consistente na inclusión do subsidio por coidados entre as «prestacións en metálico» do seguro de enfermidade⁴²³. Entende, ademais, que “a propia asunción das cotizacións ao seguro de vellez do terceiro que desenvolve actividades de asistencia a domicilio tamén debe considerarse prestación en metálico do seguro de enfermidade polo seu carácter accesorio á asignación de asistencia propiamente dita, no sentido de que a complementa directamente a través dun dos seus posíbeis fins, a saber, o recurso á asistencia a domicilio dun terceiro, que pretende facilitar”⁴²⁴.

143. Outro caso no que se manifestaron dificultades de encaixe, nun suposto relacionado tamén co traballo fronteirizo, foi ao respecto da asignación federal de asistencia austríaca, cuestión que foi resolta polo Tribunal de Xustiza no caso Jauch⁴²⁵. Segundo indica o Tribunal na

⁴²¹ Véxase o apartado 19 Gaumain-Cerri e Barth, no que reproduce o contido dos apartados 22 a 25 da sentenza do caso Molenaar.

⁴²² Véxase o apartado 20 da sentenza Gaumain-Cerri e Barth.

⁴²³ Véxanse os apartados 24 a 26 da sentenza Gaumain-Cerri e Barth, o último dos cales reproduce os apartados 31 a 36 da sentenza do caso Molenaar.

⁴²⁴ Véxase o apartado 27 da sentenza Gaumain-Cerri e Barth.

⁴²⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Pleno) do 8 de marzo de 2001, asunto C-215/99.

sentenza, a finalidade desta asignación de asistencia é a de “garantir, mediante unha contribución uniforme, axuda e asistencia ás persoas que o necesitan, co fin de aumentar as súas oportunidades de vivir de xeito autónomo e conforme coas súas necesidades”⁴²⁶. A norma que regulaba esta asignación establecía como requisito para o seu abono, a residencia habitual en Austria⁴²⁷, e, ademais, figuraba como prestación especial en metálico non contributiva no derogado Regulamento (CEE) número 1408/71, ao estar incluída no anexo II *bis* do mesmo⁴²⁸.

144. O Tribunal de Xustiza entendeu que a asignación federal de asistencia austríaca, malia figurar como prestación especial en metálico non contributiva no propio Regulamento (CEE) número 1408/71, reunía os requisitos para ser considerada unha prestación «en metálico» do seguro de enfermidade. As razóns para esta conclusión son, en esencia, as seguintes: 1) as excepcións ao principio de exportabilidade das prestacións de Seguridade Social, unha das cales afecta ás prestacións en metálico non contributivas, deben ser interpretadas con carácter restritivo, por elo só poden ser aplicadas a aquelas prestacións que reúnan todos os requisitos que se fixan⁴²⁹; 2) as prestacións de asistencia están destinadas fundamentalmente “a completar as prestacións do seguro de enfermidade, ao que están vinculadas desde o punto de vista de organización, co fin de mellorar o estado de saúde e as condicións de vida das persoas necesitadas de coidados especiais”⁴³⁰; 3) o feito de que a asignación de asistencia poida ter por obxecto completar unha pensión concedida por razón distinta da enfermidade resulta irrelevante para os efectos de considerala prestación de enfermidade⁴³¹; e 4) dada a relación indirecta existente entre a asignación de asistencia e as cotizacións ao seguro de enfermidade, a asignación de asistencia debe ser considerada como contributiva⁴³². Como consecuencia da valoración da asignación de asistencia como prestación «en metálico» do seguro de enfermidade, “debe pagarse sexa o que for o Estado membro no que resida a persoa necesitada que reúna os demais requisitos para obtelo”⁴³³, e, por tanto, é contrario á normativa comunitaria que se supedite o dereito a percibir esta asignación ao requisito de que a persoa necesitada

⁴²⁶ Véxase o apartado 8 da sentenza Jauch.

⁴²⁷ Lei federal austríaca de asignacións de asistencia (BPGG).

⁴²⁸ A asignación de asistencia estaba incluída no anexo II *bis* na versión adoptada polo Regulamento (CE) número 118/97, do Consello do 2 de decembro de 1996 e foi eliminada por medio do Regulamento (CE) número 647/2005, do Parlamento Europeo e do Consello do 13 de abril de 2005 (DO L 117, do 4 de maio de 2005).

⁴²⁹ Véxase o apartado 21 da sentenza Jauch.

⁴³⁰ Véxase o apartado 28 da sentenza Jauch.

⁴³¹ Véxase o apartado 28 da sentenza Jauch.

⁴³² Véxase o apartado 33 da sentenza Jauch.

⁴³³ Véxase o apartado 35 da sentenza Jauch.

de asistencia teña a súa residencia habitual no Estado membro que a establece⁴³⁴.

145. Tamén se presentaron dúbidas de encadramento dunha prestación, nun asunto concernente a un traballador fronteirizo, ao respecto doutra asignación de asistencia austríaca. Trátase da asignación de asistencia creada polo *Land* de Salzburgo por medio da Lei do *Land* sobre a asignación de asistencia (*Salzburger Pflegegeldgesetz*, en adiante SPGG), que era aplicábel unicamente dentro do propio *Land* a cidadáns austríacos con residencia principal no mesmo⁴³⁵. Cómpre salientar que o artigo 2 *ter* do derogado Regulamento (CEE) número 1408/71 excluía do ámbito de aplicación do mesmo as prestacións especiais de carácter non contributivo mencionadas na sección III do anexo II do mesmo, cuxa aplicación se limitara a unha parte do territorio dun Estado membro. Na citada sección do indicado anexo figuraban, no apartado correspondente a Austria, as “prestacións concedidas en virtude das lexislacións dos «Bundesländer» en favor dos minusválidos e das persoas sen asistencia”⁴³⁶, dentro das que se encontraba a citada prestación.

146. Esta cuestión foi resolta polo Tribunal de Xustiza na sentenza ditada no caso Hosse⁴³⁷. O Sr. Hosse era un traballador fronteirizo de nacionalidade alemá que traballaba de profesor no *Land* de Salzburgo, en Austria. Pagaba os seus impostos e as cotizacións sociais neste país e estaba afiliado ao seguro de enfermidade neste Estado. Residía xunto coa súa esposa e a filla común de ambos, que padecía unha discapacidade grave, en Alemaña. A dona do Sr. Hosse exerceu a súa última actividade económica en Alemaña, o que lle daba dereito a percibir o seguro de dependencia alemán. Ao rematar o permiso parental, a súa filla deixou de recibir esa asignación, pois a nai non volveu exercer actividade económica algunha. Por esa razón, solicitouse para a menor a asignación de asistencia da SPGG, que lle foi denegada por non residir no *land* de Salzburgo.

147. Na resposta á cuestión prexudicial formulada polo órgano xurisdiccional de remisión, o Tribunal de Xustiza parte da consideración de que o concepto de «prestación de Seguridade Social» e o concepto de

⁴³⁴ Véxase a decisión da sentenza Jauch.

⁴³⁵ Artigo 3 da SPGG.

⁴³⁶ O apartado correspondente a Austria na sección III do anexo II quedou sen contido coa modificación operada no mesmo por medio do Regulamento (CE) número 1992/2006 do Parlamento Europeo e do Consello, do 18 de decembro de 2006 (DO L 392, do 30 de decembro de 2006).

⁴³⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 21 de febreiro de 2006, asunto C-286/03.

«prestación especial de carácter non contributivo» se exclúen mutuamente, razón pola cal unha prestación que cumpra os requisitos dunha «prestación de Seguridade Social» non pode ser analizada como «prestación especial de carácter non contributivo»⁴³⁸. Entende ademais —citando unha consolidada xurisprudencia establecida por el⁴³⁹— que “unha prestación poderá ser considerada unha prestación de Seguridade Social na medida en que se conceda aos seus beneficiarios, á marxe de calquera apreciación individual e discrecional das necesidades persoais, en función dunha situación legalmente definida e na medida en que a prestación se refira a algún dos riscos expresamente enumerados no artigo 4, apartado 1 do Regulamento núm. 1408/71”⁴⁴⁰.

148. O Tribunal recoñece que esta asignación de asistencia, malia que “pode implicar un réxime diferente do aplicábel ás prestacións do seguro alemán controvertidas no asunto Molenaar, antes citado, e da asignación federal de asistencia austríaca controvertida no asunto Jauch, antes citado, non deixa de ser de natureza idéntica a estas”⁴⁴¹, polo que, aínda que presente características propias, debe ser considerada dentro das «prestacións de enfermidade»⁴⁴², razón pola que non cabe a súa inclusión dentro das «prestacións especiais»⁴⁴³. A consideración da prestación controvertida dentro das prestacións de enfermidade implica a imposibilidade de supeditar a súa concesión á residencia do beneficiario no Estado membro competente⁴⁴⁴. Por tanto, no caso de cumprir os restantes requisitos, o membro da familia dun traballador fronteirizo pode reclamar o pago da asignación de asistencia controvertida como prestación en metálico do seguro de enfermidade, sempre que non teña dereito a unha prestación análoga en virtude da lexislación do Estado no que reside⁴⁴⁵.

149. Outras prestacións nas que se cuestionou a súa consideración como prestacións de enfermidade ou como prestacións especiais de carácter non contributivo de aplicación limitada a unha parte do territorio dun Estado

⁴³⁸ Véxase o apartado 36 da sentenza Hosse.

⁴³⁹ Sentenza do 27 de marzo de 1985, asunto 249/83, caso Hoeckx; Sentenza do 16 de xullo de 1992, asunto C-78/91, caso Hughes; Sentenza do 15 de marzo de 1998, asunto C-160/96, caso Molenaar e Sentenza de 8 de marzo de 2001, asunto C-215/99, caso Jauch.

⁴⁴⁰ Véxase o apartado 37 da sentenza Hosse. O apartado 1 do artigo 4 do Regulamento (CEE) número 1408/71 refírese ás prestacións de enfermidade, maternidade, invalidez, vellez, supervivencia, accidente de traballo e enfermidade profesional, desemprego, familiares, e ao subsidio de defunción.

⁴⁴¹ Véxase o apartado 42 da sentenza Hosse.

⁴⁴² Véxase o apartado 44 da sentenza Hosse.

⁴⁴³ Véxase o apartado 45 da sentenza Hosse.

⁴⁴⁴ Véxanse os apartados 52 a 55 da sentenza Hosse.

⁴⁴⁵ Véxase o apartado 56 da sentenza Hosse.

membro, foron as que se conceden en Alemaña, polos *Länder*, en favor de invidentes, xordos e discapacitados. Este tipo de prestacións figuraban incluídas dentro da sección III do anexo II do Regulamento (CEE) 1408/71⁴⁴⁶ e, polo tanto, tiñan a consideración de prestacións especiais en metálico non contributivas de aplicación limitada a unha parte do territorio dun Estado membro. Porén, a Comisión non estaba conforme con tal consideración e decidiu, tras un intercambio infrutuoso de informacións coa República Federal de Alemaña, promover un recurso diante do Tribunal de Xustiza para interesar que este declarase, entre outras cousas, que as citadas prestacións constitúen en realidade prestacións de enfermidade⁴⁴⁷. Na sentenza ditada polo Alto Tribunal europeo no referido asunto acolleuse a pretensión da Comisión, utilizando a mesma argumentación que no caso *Hosse*⁴⁴⁸, que considera esta prestación como de Seguridade Social. Indica, ademais, que aquelas prestacións que sexan outorgadas “co fin de mellorar o estado de saúde e as condicións de vida das persoas dependentes” e que “están fundamentalmente destinadas a completar as prestacións do seguro de enfermidade [...] deben ser consideradas «prestacións de enfermidade»”⁴⁴⁹. Conclúe que este era o caso das prestacións controvertidas, dado que teñen por obxecto “cubrir, en forma de contribución a tanto alzado, os gastos adicionais da vida cotiá orixinados ...[pola]... discapacidade”⁴⁵⁰. Por tanto, unhas prestacións das características das prestacións alemás en favor de invidentes, xordos e discapacitados, deben ser consideradas prestacións de enfermidade, malia que poidan ter unha aplicación limitada a unha parte do territorio dun Estado membro.

b) As prestacións en especie

150. Como se indicou no apartado anterior, na análise da regulación das prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas cómpre distinguir entre prestacións «en especie» e prestacións «en metálico», dado que a lexislación que resulte de aplicación virá determinada por tal circunstancia. Con todo, esta distinción dentro dos seguros de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas non

⁴⁴⁶ Estas prestacións eran as únicas que figuraban incluídas na referida sección do citado anexo do Regulamento (CEE) número 1408/71, tras a modificación operada no mesmo por medio do Regulamento (CE) número 647/2005 do Parlamento Europeo e do Consello, do 13 de abril de 2005 (DO L número 117, do 4 de maio de 2005).

⁴⁴⁷ Asunto C-206/10, que deu lugar á Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 5 de maio de 2011.

⁴⁴⁸ Véxase *supra*, núm. 146.

⁴⁴⁹ Véxase o apartado 28 da sentenza *Comisión vs. Alemaña*.

⁴⁵⁰ Véxase o apartado 29 da sentenza *Comisión vs. Alemaña*.

abonda, xa que dentro das prestacións «en especie» débense distinguir á súa vez dous supostos en función da situación laboral do traballador. En efecto, os Regulamentos de coordinación en materia de Seguridade Social regulan de xeito distinto estas prestacións cando o traballador fronteirizo está en activo e cando está xubilado⁴⁵¹, tal e como agora se verá.

1. No suposto de traballadores fronteirizos en activo

151. Para este caso, establécese que tanto os propios traballadores coma os membros das súas familias gocen “no Estado membro de residencia das prestacións en especie facilitadas, por conta da institución competente, pola institución do lugar de residencia, segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique, coma se estiveran aseguradas en virtude de dita lexislación”, pois así o determina o artigo 17 do Regulamento (CE) número 883/2004⁴⁵² para todos os supostos en que non existe coincidencia entre o Estado membro de residencia e o Estado membro de emprego.

152. Para poder recibir estas prestacións, tanto o traballador coma os membros da súa familia terán que se inscribir na institución do lugar de residencia. Para tal efecto, a institución competente deberá expedir unha certificación, a petición do traballador ou da institución do lugar de residencia, que acreditará o dereito do traballador e dos membros da súa familia a recibiren prestacións en especie no Estado membro de residencia⁴⁵³. Esta certificación continuará sendo válida mentres a institución competente non notifique a súa anulación á institución do lugar de residencia, razón pola cal non será precisa a súa renovación periódica⁴⁵⁴. Cando se proceda á inscrición do traballador e dos membros da súa familia, a institución do lugar de residencia deberá notificar este feito á institución competente, á que tamén deberá notificar calquera modificación posterior que se produza na inscrición, ou a anulación da mesma⁴⁵⁵.

153. Cómpre indicar que a lexislación que se debe considerar para determinar o cumprimento dos requisitos esixidos para causar o dereito ás

⁴⁵¹ Para unha análise das prestacións de asistencia sanitaria nos casos de enfermidade e maternidade véxase MAHOLD, F. e PIETERS, D., “Asistencia sanitaria por enfermedad y por maternidad. El nuevo Reglamento de coordinación de la Seguridad Social (UE) número 882/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, número 64 (2006), páxs. 85 a 100.

⁴⁵² O artigo leva, precisamente, por título “residencia nun Estado membro distinto do Estado membro competente”.

⁴⁵³ Véxase o apartado 1 do artigo 24 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁴⁵⁴ Véxase o apartado 2 do artigo 24 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

prestacións en especie é a lexislación do Estado membro de emprego. Unha vez determinada a existencia do dereito ás prestacións segundo ela, será a lexislación do Estado membro de residencia a que se deba aplicar no outorgamento das prestacións, mesmo no caso de que —segundo esta lexislación— o traballador ou o membro da súa familia non teña dereito a elas. Así o determinou o Tribunal de Xustiza no caso Delavant⁴⁵⁶, no que se analizou, á luz do derogado Regulamento (CEE) número 1408/71⁴⁵⁷, o dereito das fillas dunha traballadora fronteiriza a percibir prestacións en especie no Estado membro de residencia, malia que —segundo a lexislación deste— non tiñan dereito a percibilas, dereito que si lles recoñecía a lexislación do Estado membro de emprego.

154. Na sentenza recaída no referido caso considerouse o suposto de feito que se expón de seguido. A Señora Delavant, de nacionalidade francesa, era unha traballadora fronteiriza que exercía unha actividade por conta allea en Francia e, en consecuencia, estaba afiliada á *Caisse primaire d'assurance maladie*. O seu home, o Señor Delavant, de nacionalidade alemá, traballaba en Alemaña e estaba cuberto por un seguro de enfermidade privado dado que, polos seus elevados ingresos, non estaba afiliado a un seguro obrigatorio de enfermidade. O matrimonio residía, xunto coas súas fillas en Alemaña. A Señora Delavant solicitoulle á institución de Seguridade Social alemá que xestiona o seguro de enfermidade (*Allgemeine Ortskrankenkasse*, en adiante AOK) que declarara que as súas fillas tiñan fronte á AOK, en calidade de institución do lugar de residencia, dereito ás prestacións en especie coma se estiveran afiliadas nela (isto é, por conta da institución francesa). A AOK non accedeu a tal pretensión, o que motivou a presentación de sucesivos recursos xudiciais por parte da Señora Delavant⁴⁵⁸.

155. Na propia sentenza se indica que, segundo establece a lexislación de Seguridade Social alemá, “os fillos dos afiliados non están cubertos polo seguro cando o cónxuxe do afiliado, que teña relación de parentesco cos fillos deste, non estea afiliado a unha entidade xestora dun Seguro Obrigatorio de Enfermidade e a contía total dos seus ingresos mensuais supere decote un doceavo do límite máximo anual de ingresos e sexa

⁴⁵⁶ Sentenza do 8 de xuño de 1995 (Sala sexta), recaída no asunto C-451/93.

⁴⁵⁷ Cómpre indicar que a doutrina sentada polo Tribunal continúa resultado de aplicación ao Regulamento (CE) número 883/2004 dada a substancial identidade, para estes efectos, do artigo 17 deste co artigo 19 parágrafos 1 letra a) e 2 do Regulamento (CEE) número 1408/71 e do artigo 11.3.a) do citado Regulamento do 2004 co artigo 13.2.a) do citado Regulamento do 71.

⁴⁵⁸ Véxanse os apartados 3, 6, 7 e 8 da sentenza Delavant.

superior, por regra xeral, ao total de ingresos do afiliado⁴⁵⁹, que era precisamente a situación na que se atopaban os señores Delavant.

156. Ao formular a cuestión prexudicial, o órgano xurisdiccional de remisión partiu da premisa de que, en cumprimento do artigo 19 do Regulamento (CEE) número 1408/71, a lexislación alemá era a aplicábel para determinar o dereito dos familiares ás prestacións en especie no Estado de residencia, e non a lexislación francesa en canto que lexislación do Estado de emprego da traballadora⁴⁶⁰. O Tribunal de Xustiza examina na sentenza a corrección desa premisa e como cuestión preliminar recorda que, segundo indica o artigo 13.2. a) do Regulamento (CEE) número 1408/71, “a persoa que exerza unha actividade por conta allea no territorio dun Estado membro estará, en principio, sometida á lexislación deste Estado, mesmo cando resida no territorio doutro Estado membro⁴⁶¹. En aplicación deste principio, o artigo 19 do Regulamento (CEE) número 1408/71 determina que “o traballador que resida no territorio dun Estado membro distinto do Estado de emprego está sometido á lexislación deste último no que atinxe ás condicións esixidas para ter dereito ás prestacións” e que “cando se recoñeza dito dereito, o traballador gozará, no Estado de residencia e por conta do Estado de emprego, das prestacións en especie concedidas pola institución do lugar de residencia, dentro dos límites e segundo as regras establecidas pola lexislación que esta aplique, como se estivera afiliado a ela⁴⁶². Aos familiares dese traballador aplicaráselles, segundo dispón o citado artigo, a mesma disposición por analoxía⁴⁶³. En apoio desta interpretación do citado artigo 19, recorda que o artigo 17 do Regulamento de aplicación⁴⁶⁴ establece que para poder recibir estas prestacións o traballador e os membros da súa familia deben inscribirse na institución do lugar de residencia presentando para o efecto un certificado expedido pola institución competente, que acredite o seu dereito ás prestacións⁴⁶⁵.

157. Pois ben, a aplicación da citada doutrina ao Regulamento actual determina que sexa a lexislación do Estado de emprego a que se deba

⁴⁵⁹ Véxase o apartado 6 da sentenza Delavant.

⁴⁶⁰ Véxase o apartado 12 da sentenza Delavant.

⁴⁶¹ Véxase o apartado 13 da sentenza Delavant. Esta norma correspóndese co artigo 11.3.a) do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁴⁶² Véxase o apartado 14 da sentenza Delavant.

⁴⁶³ Véxase o apartado 15 da sentenza Delavant.

⁴⁶⁴ Regulamento (CEE) número 574/72 do Consello, do 21 de marzo de 1972, polo que se establecen as modalidades de aplicación do Regulamento (CEE) número 1408/71 relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se despracen dentro da Comunidade.

⁴⁶⁵ Véxase o apartado 16 da sentenza Delavant.

considerar para establecer a existencia ou non do dereito a percibiren prestacións en especie no Estado membro de residencia [pois así se deriva do artigo 11.3. a) do Regulamento⁴⁶⁶]. Unha vez determinado o dereito ás prestacións no Estado membro de residencia, é a lexislación deste Estado a que fixa as regras e límites para o goce destas prestacións, pois tal é o alcance que se lle debe dar á expresión “segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique”, contida no artigo 17 do Regulamento⁴⁶⁷. Non se poderá, por tanto, ter en consideración as normas do Estado membro de residencia para determinar a existencia ou non do dereito ao goce de tal dereito, que xa foi determinado, recórdese, segundo a lexislación do Estado membro de emprego.

158. Ademais de no Estado membro de residencia, ao traballador fronteirizo tamén se lle ofrece a posibilidade de recibir prestacións en especie no Estado membro de emprego. Neste suposto, tales prestacións deberán ser facilitadas e sufragadas pola institución competente, que deberá outorgarllas segundo establezan as disposicións da lexislación que aplique, coma se o traballador residira no Estado membro de emprego⁴⁶⁸. Dispoño así o apartado 1 do artigo 18 do Regulamento (CE) 883/2004, titulado “estancia no Estado membro competente cando a residencia se encontra noutro Estado membro - Normas particulares para os membros das familias dos traballadores fronteirizos”⁴⁶⁹.

159. Os membros da familia dun traballador fronteirizo tamén teñen aberta, en principio, esta posibilidade, pois —tal e como indica a primeira frase do apartado 2 do citado artigo ao respecto deles— “terán dereito ás prestacións en especie durante a súa estancia no Estado membro competente”. Cómpre salientar que nos propios considerados do Regulamento se afirma que “dadas as diferenzas entre os diversos sistemas nacionais, é conveniente que os Estados prevexan, sempre que sexa posíbel, que o tratamento

⁴⁶⁶ Que se corresponde, en esencia, co artigo 13.2. a) do Regulamento (CEE) número 1408/71, analizado na sentenza Delavant.

⁴⁶⁷ Que se corresponde, en esencia, co artigo 19.1. a) do Regulamento (CEE) número 1408/71, analizado na sentenza Delavant.

⁴⁶⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 18 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁴⁶⁹ Estabelece que “salvo que no apartado 2 se dispoña o contrario, a persoa asegurada e os membros da súa familia que se indican no artigo 17 tamén poderán obter prestacións en especie mentres se encontren no Estado membro competente. As prestacións en especie serán facilitadas e sufragadas pola institución competente, segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique, coma se os interesados residisen en dito Estado membro”. Para a análise destas prestacións nos casos de traballadores fronteirizos en activo véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Seguridad social de los trabajadores migrantes (II). Prestaciones”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), páxs. 221 e 222.

médico dos membros das familias dos traballadores fronteirizos se realice no Estado membro en que o traballador desenvolve a súa actividade”⁴⁷⁰.

160. Malia esta opinión favorábel cara á recepción das prestacións en especie no Estado membro de emprego, recollida nos considerandos do Regulamento, introduciuse no articulado unha limitación para os membros da familia dos traballadores fronteirizos que figura recollida no citado apartado 2 do artigo 18. En efecto, este apartado —tras recoñecerlles o dereito a recibiren as prestacións en especie tamén no Estado membro de emprego— priva, sen embargo, do mesmo aos familiares dos traballadores fronteirizos empregados nalgún dos Estados membros que figuran no anexo III do Regulamento⁴⁷¹. Os membros da familia dos traballadores fronteirizos afectados por esta limitación gozarán durante a súa estancia no Estado membro de emprego unicamente daquelas prestacións en especie que sexan necesarias desde un punto de vista médico, tomando en consideración a natureza das prestacións e a duración prevista da estancia⁴⁷². Deben entenderse por tales aquelas prestacións que sexan “necesarias, desde un punto de vista médico, para evitar que unha persoa asegurada se vexa obrigada a regresar antes do final da estancia prevista ao Estado membro competente co fin de se someter ao tratamento necesario”⁴⁷³. Inclúense dentro das mesmas “as prestacións dispensadas en relación con enfermidades crónicas ou xa existentes, así como en relación coa maternidade e o parto”⁴⁷⁴. Porén, non existirá o dereito a recibiren prestacións en especie naqueles casos en que “o obxectivo da estancia

⁴⁷⁰ Véxase o considerando 23.

⁴⁷¹ Os Estados membros que figuran a día de hoxe son Estonia, Irlanda, España, Italia, Lituania, Hungría, Países Baixos, Finlandia, Suecia e Reino Unido, aínda que, segundo o artigo 87 apartado 10 *bis* do Regulamento de base, as rúbricas correspondentes a Estonia, España, Italia, Lituania, Hungría e Países Baixos, deixarán de ter efecto o 1 de maio de 2014. Para os restantes Estados membros o considerando oitavo do Regulamento (CE) número 988/2009 indica que “procede avaliar a importancia, a frecuencia, a escala e os custes relativos á aplicación das restricións de dereitos ás prestacións en especie para os membros da familia dun traballador fronteirizo”.

⁴⁷² Véxase o apartado 1 do artigo 19 ao que se remite o apartado 2 do artigo 18.

⁴⁷³ Véxase o apartado 3 do artigo 25 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁴⁷⁴ Véxase o apartado 1 da Decisión número S3, do 12 de xuño de 2009, da Comisión Administrativa de Coordinación dos Sistemas de Seguridade Social, pola que se definen as prestacións contempladas no artigo 19, apartado 1, e no artigo 27, apartado 1, do Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, así como no artigo 25, sección A, apartado 3, do Regulamento (CE) número 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello (DO C número 106, do 24 de abril de 2010). No anexo desta decisión inclúese unha lista non exhaustiva dos tratamentos que, ao abeiro do disposto no apartado 2 do artigo 19 do Regulamento de base, precisan “un acordo previo entre o interesado e a institución que facilite a prestación”. Son os seguintes: diálise renal, osixenoterapia, tratamento especial para o asma, ecografía no caso de enfermidades crónicas autoinmunes e quimioterapia.

noutro Estado membro sexa recibir ditos tratamentos⁴⁷⁵. As citadas prestacións deberán ser facilitadas pola institución competente, ao seu cargo e conforme determine a súa lexislación⁴⁷⁶.

161. No que atinxe á obtención de prestacións en especie no Estado membro de emprego, optouse por establecer unha diferenza de trato entre os membros da familia dos traballadores fronteirizos e os membros da familia dos restantes traballadores nos que o Estado membro de residencia sexa distinto ao Estado membro competente, pois para estes últimos non se prevé a posibilidade da limitación á que se acaba de facer referencia. En efecto, os membros da familia deste último tipo de traballadores, teñen sempre aberta a posibilidade de recibir prestacións en especie no Estado membro de emprego cando se encontren no mesmo, que “serán facilitadas e sufragadas pola institución competente, segundo as disposicións que [...] aplique, como se os interesados residisen en dito Estado membro”⁴⁷⁷.

162. Por último, os traballadores fronteirizos en activo⁴⁷⁸ poden solicitar autorización á institución competente para se desprazar a outro Estado membro para recibiren nel prestacións en especie⁴⁷⁹. De seren autorizados para elo beneficiaranse das prestacións en especie dispensadas —por conta da institución competente— por parte da institución do lugar de estancia, segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique como se estivesen asegurados en virtude de dita lexislación⁴⁸⁰. A institución competente non poderá denegar a autorización cando o tratamento figure entre as prestacións previstas pola lexislación do Estado membro de residencia e cando dito tratamento non poida ser dispensado dentro dun prazo medicamente xustificábel nin no Estado membro de residencia, nin no de emprego⁴⁸¹. Os membros da súa familia tamén poderán solicitar a citada autorización nas mesmas condicións que as indicadas para eles⁴⁸².

⁴⁷⁵ Véxase o apartado 2 da Decisión número S3, do 12 de xuño de 2009, citada.

⁴⁷⁶ Nótese que o apartado 1 do artigo 19 indica que “a institución do lugar de estancia facilitará as prestacións por conta da institución competente, segundo as disposicións do lugar de estancia, como se os interesados estivesen asegurados en virtude de dita lexislación”, pero neste caso o Estado membro de estancia e o competente coinciden.

⁴⁷⁷ Apartado 1 do artigo 18 do Regulamento (CE) 883/2004.

⁴⁷⁸ Ao igual que os restantes traballadores en activo aos que resulta de aplicación o Regulamento (CE) número 883/2004.

⁴⁷⁹ Os traballadores fronteirizos, o mesmo que os restantes traballadores para os que non coincidan Estado de emprego e de residencia, deberán formular a solicitude á institución competente por medio da institución do lugar residencia. Determinao así o parágrafo primeiro do apartado 2 do artigo 26 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁴⁸⁰ Sobre o alcance desta expresión, véxase a sentenza Delavant citada *supra*, núm. 153.

⁴⁸¹ Véxase o artigo 20, apartados 1 e 2 do Regulamento (CE) número 883/2004 e o artigo 26, apartado 2, parágrafo terceiro do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁴⁸² Véxase o apartado 3 do artigo 20 do Regulamento (CE) número 883/2004.

2. No suposto de traballadores fronteirizos xubilados

163. No caso de que o traballador fronteirizo estea xubilado, contéplase a posibilidade de que tanto el coma os membros da súa familia poidan obter prestacións en especie no antigo Estado de emprego. A regulación desta posibilidade establécese no artigo 28 do Regulamento (CE) número 883/2004, titulado precisamente “normas especiais para os traballadores fronteirizos xubilados”, que distingue dous supostos. Por unha banda a posibilidade que ten o traballador fronteirizo xubilado de continuar recibindo, en caso de enfermidade, as prestacións en especie no Estado membro de emprego, e por outra banda a posibilidade que ten o titular dunha pensión, por vellez ou invalidez, cando se cumpran determinados requisitos, de recibir prestacións en especie no antigo Estado membro de emprego; posibilidades que tamén poden beneficiar aos membros da súa familia⁴⁸³.

164. Polo que atinxe ao primeiro suposto, establécese que “o traballador fronteirizo xubilado por vellez ou invalidez terá dereito en caso de enfermidade a seguir recibindo prestacións en especie no Estado membro en que exerceu a súa derradeira actividade como traballador por conta allea ou propia, sempre e cando ditas prestacións sexan continuación dun tratamento iniciado en dito Estado membro”, entendéndose por continuación de tratamento “a continuación das probas, a diagnose e o tratamento dunha enfermidade até que finalice”⁴⁸⁴. O suposto de feito implica, por tanto, que o traballador mentres estaba en activo estivera recibindo prestacións por mor dunha enfermidade e que esta persistise no

⁴⁸³ Para unha análise desta prestación, véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Seguridad social de los trabajadores migrantes (II). Prestaciones”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), páx. 222.

⁴⁸⁴ Apartado 1 do artigo 28. Este apartado foi a única parte do artigo que resultou modificada na reforma operada polo Regulamento (CE) 988/2009, á que se fixo referencia. A modificación consistiu en engadir “por vellez ou invalidez” tras a expresión “traballador fronteirizo xubilado”; en substituír o pretérito perfecto de subxuntivo do verbo exercer (*haya ejercido* na versión en castelán) polo pasado simple de indicativo (*ejerció* na versión en castelán); en engadir ao final do apartado, tras “tratamento dunha enfermidade”, a expresión “até que finalice”; e en engadir un segundo parágrafo ao apartado que indica que “o parágrafo primeiro se aplicará *mutatis mutandis* aos membros da familia do antigo traballador fronteirizo, salvo cando o Estado membro en que aquel exerceu a súa última actividade figure na lista do anexo III”. A xustificación desta modificación figura no considerando 7 do citado Regulamento, no que se indica que se debe modificar o artigo 28 do Regulamento (CE) número 883/2004 “a fin de aclarar e ampliar o seu ámbito de aplicación e asegurarse que os membros da familia de antigos traballadores fronteirizos tamén poden acollerse, despois da xubilación do asegurado, á posibilidade de continuar recibindo un tratamento médico no país onde aquel exerceu a súa actividade”.

momento de se producir a xubilación por velez ou invalidez. Sendo así, o traballador fronteirizo sempre terá o dereito de continuar recibindo as prestacións derivadas desa doenza no Estado membro de emprego até que esta sexa superada. Evítase deste xeito que o traballador, por mor da súa xubilación, se vexa obrigado a cambiar os servizos médicos ou sanitarios que trataban a súa doenza, evitándolle así as inconveniencias que de elo derivarían⁴⁸⁵.

165. Polo que se refire ao segundo suposto, o traballador fronteirizo tamén poderá ter dereito, tras a súa xubilación⁴⁸⁶, a seguir recibindo prestacións en especie no Estado membro no que exercera a súa actividade como tal. Este segundo suposto refírese á posibilidade de gozar de prestacións en especie por continxencias xurdidas tras a xubilación do traballador fronteirizo, diferente, por tanto, do suposto anterior, no que se aludía á posibilidade de continuar tratamentos iniciados antes da xubilación. Pero para que isto sexa posíbel deben cumprirse tres requisitos: 1) exercer por un mínimo de dous anos unha actividade como traballador fronteirizo por conta allea ou propia, dentro dun período de referencia constituído polos cinco anos inmediatamente anteriores á xubilación; 2) os Estados membros implicados⁴⁸⁷ deben figurar no anexo V do Regulamento⁴⁸⁸; e 3) ambos Estados membros deben optar por elo⁴⁸⁹.

166. Dentro deste segundo suposto, polo que se refire aos membros da familia dun traballador fronteirizo, tanto no caso de que estea xubilado coma no caso de que falecera, poden ter dereito a recibir prestacións en especie no Estado membro no que o traballador exercera a súa actividade como fronteirizo. Para elo é preciso que se cumpran os requisitos que se acaban de indicar con respecto ao traballador fronteirizo xubilado no parágrafo anterior e, ademais, que durante os prazos indicados os familiares

⁴⁸⁵ Os membros da familia do traballador fronteirizo poderanse tamén beneficiar desta posibilidade no suposto de que lles asistira o dereito de recibiren prestacións en especie no Estado membro de emprego cando o traballador estaba en activo, cousa que ocorrerá, recórdese, sempre que o citado Estado membro non figure no anexo III do Regulamento (apartado 2 do artigo 18 do Regulamento (CE) número 883/2004).

⁴⁸⁶ O artigo refírese ao titular dunha “pensión de velez ou invalidez”.

⁴⁸⁷ Estado membro de emprego, por unha banda, e Estado membro no que se atope a institución competente responsábel do custe das prestacións en especie no Estado membro de residencia, por outra.

⁴⁸⁸ Titúlase “dereitos adicionais para os antigos traballadores fronteirizos que regresan ao Estado membro onde realizaron anteriormente unha actividade como traballador por conta allea ou propia (só aplicábel se o Estado membro en que está situada a institución competente responsábel dos custes das prestacións en especie proporcionadas ao pensionista no seu Estado membro de residencia figura tamén na lista)”. Na actualidade figuran Bélxica, Alemaña, España, Francia, Luxemburgo, Austria e Portugal.

⁴⁸⁹ Véxase o apartado 2 do artigo 28.

do traballador fronteirizo tiveran dereito a recibir prestacións en especie no Estado membro de emprego cando o traballador estaba en activo⁴⁹⁰. No suposto de que o traballador fronteirizo falecera antes comezar a súa pensión, deberán acreditarse dous anos de traballo fronteirizo nos cinco anos inmediatamente anteriores ao seu falecemento⁴⁹¹.

167. Tanto os traballadores fronteirizos xubilados coma os membros da súa familia que teñan dereito a recibiren prestacións en especie no antigo Estado membro de emprego conservarán este dereito até o momento en que queden suxeitos á lexislación dun Estado membro por exercer unha actividade por conta propia ou allea. Sen embargo, cando estean recibindo prestacións en especie dentro dun tratamento por unha enfermidade iniciado antes da xubilación, poderán continuar con ese tratamento até que o finalicen, mesmo no caso de quedar suxeitos á lexislación dun Estado membro por exercer unha actividade por conta propia ou allea⁴⁹².

168. O custe das prestacións en especie recibidas no antigo Estado de emprego por parte dos traballadores fronteirizos xubilados e os membros das súas familias “correrá a cargo da institución competente responsábel do custe das prestacións en especie facilitadas ao titular dunha pensión, ou aos seus supérstites nos seus respectivos Estados membros de residencia”⁴⁹³. Cando o traballador fronteirizo ou un membro da súa familia se desprace ao Estado membro en que o traballador exerceu a súa última actividade co obxecto de recibir nel prestacións en especie e este Estado membro xa non sexa o Estado membro competente, “deberá presentar á institución do lugar da súa estancia un documento expedido pola institución competente”⁴⁹⁴.

3. Unha mellora dos niveis de protección ao respecto da normativa anterior

169. Da comparación da normativa anterior e a actual no que atinxe ás prestacións por enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas por parte dos traballadores fronteirizos conclúese que se experimentou un avance nas posibilidades para o goce destas prestacións, tanto por parte dos

⁴⁹⁰ O que acontece en todos os casos nos que o Estado membro non figure no anexo III do Regulamento. O artigo refírese a ter “dereito ás prestacións en especie ao abeiro do apartado 2 do artigo 18”.

⁴⁹¹ Véxase o apartado 3 do artigo 28.

⁴⁹² Véxase o apartado 4 do artigo 28. Nótese que só se refire aos apartados 2 e 3, polo que non inclúe o suposto de prestacións en especie recibidas polo traballador fronteirizo ou os membros da súa familia como consecuencia dun tratamento iniciado antes da xubilación.

⁴⁹³ Véxase o apartado 5 do artigo 28 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁴⁹⁴ Véxase o artigo 29 do Regulamento (CE) número 987/2009.

mesmos coma dos membros das súas familias. No que se refire á posibilidade que teñen os membros da familia do traballador fronteirizo de obter as prestacións en especie no Estado membro de emprego, o certo é que ambas normativas contemplan tal posibilidade, pero mentres que na regulación anterior, para que se permitira era preciso un acordo entre os Estados interesados ou unha autorización previa da institución competente, na normativa actual por principio permítese e só como excepción non se permite⁴⁹⁵. Outro avance radica na posibilidade de que o traballador fronteirizo xubilado e os membros da súa familia poidan, en determinados casos, continuar recibindo prestacións en especie no antigo Estado membro de emprego, posibilidade que descoñecía a normativa anterior, e tamén, sen dúbida, supón un avance a eliminación da esixencia de que certas prestacións fosen dispensadas ou efectuadas no Estado membro en que foran prescritas⁴⁹⁶, ou o feito de que o certificado preciso para obter as prestacións en especie no Estado membro de residencia non teña en ningún caso prazo de caducidade.

c) As prestacións en metálico

170. A regulación das prestacións «en metálico» por enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas no caso do traballo fronteirizo presenta menores complicacións que ao respecto da regulación das prestacións en especie, que acaba de ser tratada. No apartado 1 do artigo 21 do Regulamento (CE) número 883/2004 e no artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009 contense a regulación das mesmas, que é común para todos os supostos en que o Estado membro de residencia (ou o Estado membro no que se encontren os interesados) non coincida co Estado membro competente.

171. Nestes casos, tanto o traballador coma os membros da súa familia “terán dereito a prestacións en metálico por parte da institución competente de conformidade coa lexislación que esta [...] aplica”. “Non obstante, e previo acordo entre a institución competente e a institución do lugar de residencia ou estancia, tales prestacións poderán ser facilitadas pola institución do lugar de residencia ou estancia con cargo á institución competente de conformidade coa lexislación do Estado membro competente”⁴⁹⁷. Se a institución competente denega as prestacións en

⁴⁹⁵ No caso de que o Estado membro competente figure no anexo III do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁴⁹⁶ Véxase o artigo 19 do Regulamento (CEE) número 574/72.

⁴⁹⁷ Véxase o apartado 1 do artigo 21 do Regulamento (CE) número 883/2004. Cómpre indicar que o apartado 7 do artigo 27 do Regulamento (CE) 987/2009 establece para os casos de incapacidade laboral que “sen prexuízo da segunda frase do artigo 21, apartado 1, do

metálico, deberá notificar esta decisión tanto á persoa asegurada como á institución do lugar de residencia⁴⁹⁸.

172. No caso de incapacidade laboral, cando para recibir a prestación «en metálico» a lexislación do Estado membro competente esixa á persoa asegurada que presente un certificado acreditativo da súa situación, este deberá ser emitido polo médico do Estado membro de residencia que diagnosticou o seu estado de saúde⁴⁹⁹, debéndose indicar no mesmo a súa incapacidade laboral e a duración previsíbel da mesma⁵⁰⁰. Será a persoa asegurada a responsábel de remitir ese certificado “á institución competente, dentro do prazo fixado pola lexislación do Estado membro competente”⁵⁰¹. No caso de que os médicos do Estado membro de residencia non emitan certificados de incapacidade laboral, o interesado deberá dirixirse directamente á institución do lugar de residencia, quen deberá realizar inmediatamente unha avaliación médica relativa á súa incapacidade laboral e emitir, se é o caso, o certificado de incapacidade laboral, que será enviado sen demora á institución competente⁵⁰². O traballador estará obrigado, ademais, a cumprir as obrigas que lle impoña a lexislación do Estado membro de emprego, “en particular con respecto ao seu empregador”⁵⁰³ e a participar nas “actividades destinadas a impulsar a súa volta ao traballo”, a petición do seu empregador ou da institución competente⁵⁰⁴.

173. A institución do lugar de residencia, a petición da institución competente, deberá realizar as comprobacións administrativas ou os recoñecementos médicos que sexan precisos segundo a súa propia lexislación nos supostos de incapacidade laboral, e remitirá sen demora á institución competente “o informe do médico que efectuou o recoñecemento, en particular, a parte que atinxa á probábel duración da incapacidade laboral”⁵⁰⁵. En todo caso, a institución competente terá a

Regulamento (CE) número 883/2004, a institución competente aboará as prestacións en metálico directamente ao interesado e, en caso necesario, porao en coñecemento da institución do lugar de residencia”.

⁴⁹⁸ Véxase o apartado 9 do artigo 27 do Regulamento (CE) 987/2009.

⁴⁹⁹ As indicacións que figuren neste certificado de incapacidade laboral “terán o mesmo valor legal que un certificado emitido no Estado membro competente” [véxase o apartado 8 do artigo 27 do Regulamento (CE) 987/2009].

⁵⁰⁰ Véxase o apartado 1 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰¹ Véxase o apartado 2 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰² Véxase o apartado 3 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰³ Véxase a primeira frase do apartado 4 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰⁴ Véxase a segunda frase do apartado 4 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰⁵ Véxase o apartado 5 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009. Sobre o procedemento para o exame médico e control administrativo véxase o artigo 87 do mesmo Regulamento. Para a análise do procedemento véxase *infra* núm. 200 e ss.

“posibilidade de someter á persoa asegurada ao exame dun médico elixido por ela”⁵⁰⁶.

174. Cando se trate de coidados de longa duración, o interesado⁵⁰⁷ deberá presentar unha solicitude á institución competente, a cal, en caso necesario, informará á institución do lugar de residencia⁵⁰⁸, quen deberá comprobar o estado do interesado no que atinxe á necesidade dun tratamento de longa duración, para o que recibirá da institución competente toda a información necesaria⁵⁰⁹. En todo caso, a institución competente está facultada para someter ao interesado ao exame dun médico ou doutro perito da súa elección⁵¹⁰.

175. Xa para rematar a análise desta categoría de prestacións, débese indicar que a regulación existente na normativa actual non difire, en esencia, da que establecía a normativa anterior. Apréciase, iso si, unha maior simplificación e sistematización normativa, principalmente na contida no Regulamento (CE) 987/2009 en relación coa correlativa contida no Regulamento (CEE) número 574/72, que en absoluto supuxeron un cambio substancial nestas prestacións que continúan sendo reguladas no fondo do mesmo xeito que na normativa anterior⁵¹¹.

⁵⁰⁶ Véxase o apartado 6 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰⁷ Poderá ser tanto a persoa asegurada coma un membro da súa familia. No que atinxe ao membro da familia da persoa asegurada véxase o apartado 6 do artigo 28 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 28 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁰⁹ Véxase o apartado 2 do artigo 28 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵¹⁰ Véxase o apartado 3 do artigo 28 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵¹¹ A normativa anterior tamén establecía, para os supostos de residencia en Estado membro distinto do competente, que estas prestacións fosen servidas pola institución competente segundo a súa propia lexislación e previa a posibilidade de que por acordo entre as institucións competente e do lugar de residencia, fose esta última a que aboase as prestacións, por conta da primeira e de conformidade coa lexislación do Estado membro competente [véxase a letra b) do apartado 1 do artigo 19 do Regulamento (CEE) número 1408/71]. As diferenzas atópanse unicamente na regulación do procedemento a seguir na solicitude das prestacións, que foi parcialmente modificado. Así, na normativa actual elimínouse o prazo de tres días do que dispoñía o interesado para se dirixir á institución do lugar de residencia para notificar a súa baixa [véxase o apartado 1 do artigo 18 do Regulamento (CEE) número 1408/71], que se substituíu pola obriga de enviar á institución competente o certificado de incapacidade laboral dentro do prazo fixado pola lexislación do Estado membro competente. Tamén se eliminou a referencia ao prazo, tamén de tres días, do que dispoñía a institución do lugar de residencia para realizar o recoñecemento médico do asegurado [véxase o apartado 3 do artigo 18 do Regulamento (CEE) número 1408/71], e a indicación do medio preferente de pago da prestación, que era o xiro postal internacional [véxase o apartado 8 do artigo 18 do Regulamento (CEE) número 1408/71]. Pola contra, estableceuse expresamente o dereito do empregador e da institución competente de pediren ao traballador que participe en actividades para facilitar a súa volta ao traballo [véxase o apartado 4 do artigo 27 do Regulamento (CE) número 987/2009] e se

2. No caso de prestacións de accidentes de traballo e de enfermidade profesional

176. Dentro do Regulamento (CE) número 883/2004, a regulación das prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional aparece recollida no capítulo 2 do título III. Este capítulo, que leva precisamente por título “prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional”, está composto por seis artigos (do 36 ao 41, ambos incluídos). O primeiro deles é o único do capítulo que até o momento foi modificado, co obxecto de reformular o seu apartado 1 e de lle engadir o apartado 2 *bis*⁵¹². Cómpre salientar que só un artigo dos que compoñen o capítulo, concretamente o 37, inclúe unha referencia expresa aos traballadores fronteirizos⁵¹³.

177. No que atinxe ao Regulamento (CE) número 987/2009, as prestacións de accidentes de traballo e de enfermidade profesional regúlanse nos artigos 33 ao 41, ambos incluídos (que compoñen o capítulo 2 do título III do mesmo), e o artigo 87, relativo aos exames médicos e controis administrativos, situado dentro do título V⁵¹⁴, aínda que ningún deles contén referencia expresa algunha ao traballo fronteirizo.

178. Ademais de no artigo 37 do Regulamento de base, que contempla expresamente o suposto do traballo fronteirizo, a regulación das prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional para este tipo de traballadores debe buscarse (de xeito análogo a como ocurría coas prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimilada) ao longo do articulado que compón os capítulos que regulan esas prestacións nos citados Regulamentos, concretamente naqueles artigos que se refiren ás situacións de residencia en Estado membro distinto do competente. Como acontecía tamén no caso das prestacións derivadas das continxencias de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas, nas prestacións

fixou un procedemento específico para os supostos de coidados de longa duración [véxase o artigo 28 do Regulamento (CE) número 987/2009].

⁵¹² O artigo foi modificado por medio do Regulamento (CE) número 988/2009. A reformulación do apartado 1 consistiu unicamente en engadirlle a referencia ao apartado 2 *bis* tras a referencia ao apartado 2. Posteriormente o contido do apartado 2 *bis* foi reformulado por medio do Regulamento (UE) 465/2012.

⁵¹³ Para unha análise comparada da protección sobre a continxencia de accidente de traballo en Estados da Unión Europea, véxase ARUFE VARELA, A., “La regulación del accidente de trabajo en dos ordenamientos novísimos y codificados de Seguridad Social: Francia y Alemania”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Centro de Estudios Financieros (Madrid, 2008).

⁵¹⁴ Sobre o procedemento para o exame médico e control administrativo, véxase *infra*, núm. 200.

derivadas de accidente de traballo e de enfermidade profesional, os Regulamentos distinguen entre prestacións en especie e prestacións en metálico. Para cada un dos dous tipos de prestación ofrecen unha regulación diferente e nos dous casos, como se verá, partindo da remisión á regulación establecida para estas prestacións nas continxencias de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas.

a) As prestacións en especie

179. Segundo o inciso ii) do punto *v bis* do artigo 1 do Regulamento de base, considéranse prestacións en especie de accidente de traballo e enfermidade profesional todas aquelas que se establezan como tal nos réximes de accidentes de traballo e de enfermidades profesionais dos Estados membros, incluídas todas as que sexan definidas ou admitidas como tales pola lexislación que aplique o Estado membro⁵¹⁵, e que estean destinadas a prover, facilitar, aboar directamente ou reembolsar os custes da atención sanitaria e dos produtos e servizos accesorios de dita atención, incluídas as prestacións de longa duración.

180. O artigo 36 do Regulamento de base (que se denomina “dereito ás prestacións en especie e en metálico”) no seu apartado 1 remítese para a regulación deste tipo de prestacións a determinados artigos do citado Regulamento que tratan sobre as prestacións en especie nas continxencias de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas. Estabelece que determinados artigos que regulan as citadas continxencias comúns resultan tamén de aplicación nos casos de accidente de traballo e de enfermidade profesional⁵¹⁶, sen prexuízo das disposicións máis favorábeis que para estas prestacións se establecen nos apartados 2 e 2 *bis* do indicado artigo 36⁵¹⁷. Pola súa banda, o Regulamento de aplicación fai tamén unha remisión aos artigos referidos ás prestacións en especie por

⁵¹⁵ Para unha análise dos accidentes de traballo e as enfermidades profesionais no réxime xeral da Seguridade Social en España véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en el régimen general”, en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, cit., páxs. 63 a 77.

⁵¹⁶ Fai unha remisión ao artigo 17, o apartado 1 do artigo 18, o apartado 1 do artigo 19 e o apartado 1 do artigo 20.

⁵¹⁷ Cómpre indicar que as disposicións referidas ás prestacións en especie derivadas de accidente de traballo e enfermidade profesional resultarán de aplicación mesmo no caso de que no Estado membro de emprego non se contemple un seguro específico contra tales continxencias, sempre que o traballador teña dereito ás prestacións de enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas. Determíno así o apartado 2 do artigo 40 do Regulamento (CE) número 883/2004 para os supostos de residencia ou estancia en Estado membro distinto do competente.

enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas⁵¹⁸, “para os efectos da aplicación do artigo 36 do Regulamento de base”⁵¹⁹, que serán aplicados *mutatis mutandis*.

181. Elo implica que os traballadores fronteirizos, no caso de accidente de traballo ou de enfermidade profesional, teñen a opción de recibir prestacións en especie tanto no Estado membro de emprego coma no Estado membro de residencia. No caso de recibiren as prestacións no Estado membro de emprego, estas serán facilitadas e sufragadas pola institución competente, segundo a lexislación que esta aplique, como se os traballadores residiran en dito Estado membro⁵²⁰. De recibiren estas prestacións no Estado membro de residencia, deberanlles ser facilitadas, por conta da institución competente, pola institución do lugar de residencia, segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique⁵²¹, como se os traballadores estiveran asegurados en virtude de dita lexislación⁵²². Para estes efectos, os traballadores deberán inscribirse na institución do lugar de residencia, achegando unha certificación expedida pola institución competente que acredite o seu dereito ás mesmas⁵²³, que conservará a súa validez en tanto que a institución competente non lle notifique á do lugar de residencia a súa anulación.

182. Ademais das posibilidades indicadas que teñen os traballadores fronteirizos de recibiren as prestacións en especie tanto no Estado membro de emprego coma no de residencia, cando se atopen nun Estado membro distinto a eles terán dereito a recibir —durante a súa estancia nese Estado— aquelas prestacións que sexan necesarias, desde un punto de vista médico, tomando en consideración a natureza das prestacións e a duración prevista da estancia. Estas prestacións deberán ser servidas —por conta da institución competente— pola institución do lugar da estancia segundo as

⁵¹⁸ Artigos 24 a 27 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵¹⁹ Véxase o apartado 1 do artigo 33 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵²⁰ Estabelécese así o apartado 1 do artigo 18 do Regulamento (CE) número 883/2004 para o suposto de prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas.

⁵²¹ Ao respecto do alcance da expresión “segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique”, véxase a Sentenza do 8 de xuño de 1995 (Sala Sexta), recaída no asunto C-451/93, caso Delavant á que se fixo referencia *supra*, núm. 153 e ss.

⁵²² Determínase así o artigo 17 do Regulamento (CE) número 883/2004 para o suposto de prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas.

⁵²³ No caso de que os traballadores non acheguen a indicada certificación, a institución do lugar de residencia poderá solicitarlla á competente, indícao así o artigo 24, apartados 1 e 2 do Regulamento (CE) número 987/2009.

disposicións da súa propia lexislación, coma se estiveran asegurados en virtude da mesma⁵²⁴.

183. Nos casos nos que un traballador fronteirizo reciba prestacións en especie derivadas dun accidente de traballo ou dunha enfermidade profesional no Estado membro de residencia ou no que estea efectuando unha estancia, gozará das prestacións específicas do réxime de accidentes de traballo e enfermidades profesionais establecidas na lexislación do Estado membro de residencia ou estancia, segundo o caso⁵²⁵. Cando a institución do Estado membro de residencia ou estancia conceda estas prestacións específicas deberá informar de elo, sen demora, á institución competente⁵²⁶.

184. O traballador fronteirizo poderá optar por recibir as prestacións en especie derivadas de accidente de traballo ou enfermidade profesional no Estado membro de residencia mesmo nos casos nos que nese Estado non exista un seguro contra esas continxencias, ou que, aínda existindo, non haxa unha institución encargada de conceder prestacións en especie. Neste caso, o Estado membro de residencia deberá facilitarlle ao traballador vítima da continxencia profesional as prestacións en especie correspondentes aos casos de enfermidade. O mesmo acontecerá se efectúa unha estancia nun terceiro Estado membro⁵²⁷.

185. Por último, debe facerse referencia á posibilidade que ofrece o Regulamento de base aos traballadores vítimas de accidentes de traballo ou de enfermidades profesionais de solicitar á institución competente que lles conceda autorización para se desprazaren a outro Estado membro co obxecto de recibiren nel prestacións en especie derivadas destas continxencias⁵²⁸. Segundo determina o apartado 2 *bis* do artigo 36 do Regulamento de base, estas autorizacións non poderán ser denegadas cando no Estado membro de residencia non lles poida ser dispensado o tratamento oportuno para o seu estado nun prazo xustificábel desde o punto de vista médico, tendo en conta o estado de saúde do traballador nese momento e a evolución probábel da súa enfermidade.

⁵²⁴ Así o establece o apartado 1 do artigo 19 para todos os supostos de estancia fóra do Estado membro competente.

⁵²⁵ Véxase o apartado 2 do artigo 36 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁵²⁶ Véxase o apartado 2 do artigo 33 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵²⁷ Véxase o apartado 1 do artigo 40 do Regulamento (CE) número 883/2004, que resulta de aplicación a todos os supostos nos que se reciban prestacións en especie derivadas de accidentes de traballo ou enfermidades no Estado membro de residencia ou de estancia.

⁵²⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 20 do Regulamento (CE) número 883/2004.

186. Esta posibilidade que ten o traballador de solicitar o desprazamento a outro Estado membro co obxecto de recibir nel tratamento médico, existe para todos os traballadores aos que lles resulte de aplicación o citado Regulamento, pero no caso dos traballadores fronteirizos presenta unha particularidade que cómpre salientar⁵²⁹. Pénsese que estes traballadores teñen aberta a posibilidade de recibiren estas prestacións tanto no Estado membro competente coma no de residencia. Sen embargo o apartado 2 *bis* do artigo 36 do Regulamento de base obriga á institución competente a conceder a autorización cando o tratamento non poida ser dispensado no Estado membro de residencia dentro dun prazo xustificábel medicamente, sen facer referencia ningunha ao Estado membro de emprego. Poderá, por tanto, acontecer que a institución competente se vexa obrigada a autorizar o desprazamento dun traballador fronteirizo a un terceiro Estado membro malia estar en situación de dispensarlle o tratamento requirido dentro dun prazo xustificábel medicamente, o que non parece razoábel dada a dobre opción que xa teñen a recibiren as prestacións tanto no Estado membro de emprego coma no de residencia.

187. Esta situación contrasta coa existente no caso das prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas, onde a institución competente non está obrigada a conceder a autorización cando as prestacións poidan ser dispensadas no propio Estado membro competente, pois así o determina o parágrafo terceiro do apartado 2 do artigo 26 do Regulamento de aplicación. Non se atopa xustificación para o distinto tratamento destas autorizacións de desprazamento nas prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas e nas prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional.

188. Outro aspecto salientábel, relativo sempre á regulación das prestacións en especie derivadas dun accidente de traballo ou dunha enfermidade profesional para os traballadores fronteirizos, refírese aos gastos de transporte. Cando a lexislación do Estado membro de emprego prevexa a asunción destes gastos no suposto de que o traballador sexa vítima dun accidente de traballo ou dunha enfermidade profesional —ben até a súa residencia, ben até un centro hospitalario— a institución competente deberá facerse cargo dos mesmos até o lugar de residencia do traballador fronteirizo ou até un centro hospitalario situado no Estado de residencia deste traballador, sen que sexa precisa autorización previa da citada institución, porque así o determina o apartado 1 do artigo 37 do Regulamento de base. É precisamente esta ausencia de necesidade de

⁵²⁹ Particularidade que tamén afecta aos demais traballadores nos que non coincida o Estado membro competente co de residencia.

autorización previa o que distingue a regulación dos gastos de transporte para os traballadores fronteirizos con respecto aos restantes traballadores, nos que non exista coincidencia entre o Estado membro competente e o de residencia, xa para estes últimos esíxese autorización previa da institución competente, que deberá ter en conta os motivos que xustifican o traslado, para concedela ou denegala.

189. Para rematar a análise da regulación actual das prestacións en especie derivadas de continxencias profesionais nos casos de traballo fronteirizo, debe salientarse a redución de referencias expresas ao fenómeno con respecto á regulación anterior, até o punto de que nos actuais Regulamentos aparece unha única referencia expresa ao fenómeno do traballo fronteirizo, concretamente no artigo 37 do Regulamento de base. Pola contra, o Regulamento (CEE) número 1408/71 incluía no capítulo referido a este tipo de prestacións⁵³⁰ até tres referencias (unha delas consistente nun artigo referido en exclusiva ao mesmo) e o Regulamento (CEE) número 574/72 contiña unha referencia a el dentro do articulado que regulaba estas prestacións. Esta redución de referencias ao traballo fronteirizo na nova normativa non é allea ao proceso de simplificación e sistematización que se pretendeu levar a cabo coa publicación do Regulamento (CE) número 883/2004⁵³¹. Unha mostra desta tendencia simplificadora e sistematizadora apréciase, precisamente, na regulación das prestacións de accidente de traballo e enfermidade profesional, onde se optou pola remisión ao articulado referido á regulación das prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas, para despois introducir as particularidades correspondentes a este tipo de prestacións, cousa que non se fixo na normativa anterior.

190. Sen embargo, os Regulamentos actuais non introduciron modificacións substanciais no que atinxe ao dereito deste tipo de traballadores ás prestacións en especie nos casos de accidente de traballo e de enfermidade profesional⁵³². A única diferenza a destacar na normativa

⁵³⁰ Capítulo IV do título III.

⁵³¹ Véxase o considerando terceiro *in fine* do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁵³² Tanto a normativa anterior como a actual establecen o dereito dos traballadores fronteirizos a recibiren estas prestacións tanto no Estado membro de emprego coma no de residencia; se ben na normativa anterior o dereito a recibilas no primeiro estado viña determinado para eles nunha norma particular [contida no artigo 53 do Regulamento (CEE) número 1408/71, titulado “traballadores fronteirizos. Norma particular”], mentres que na regulación actual este dereito recoñécese de xeito indistinto para todos os traballadores nos que non exista coincidencia entre o Estado membro de residencia e o competente [véxase o apartado 1 do artigo 18 do Regulamento (CE) número 883/2004, de aplicación nas prestacións de accidente de traballo e enfermidade profesional en virtude do establecido no apartado 1 do artigo 36 dese Regulamento]. Outra coincidencia entre as dúas normativas refírese á regulación dos gastos de

actual con respecto á anterior fai referencia á eliminación dunha limitación para a percepción de determinadas prestacións en especie por parte dos traballadores fronteirizos, que si figuraba na normativa anterior. En efecto, o Regulamento (CEE) número 574/72 establecía que os traballadores fronteirizos só poderían obter os medicamentos, as vendaxes, as lentes, as pequenas próteses, as análises e as probas de laboratorio no territorio do Estado membro no que foran prescritos e segundo o disposto na lexislación de dito Estado membro⁵³³, que é unha limitación que non se contempla na normativa actual, nin no Regulamento de base nin no de aplicación.

b) As prestacións en metálico

191. A regulación das prestacións en metálico nos casos de accidente de traballo e enfermidade profesional é a mesma que a establecida para as prestacións en metálico de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas⁵³⁴. Sobre este tipo de prestacións débese unicamente facer referencia a unha controversia xurdida, baixo a vixencia do Regulamento (CEE) número 1408/71, ao respecto da determinación dos ingresos medios a considerar para os efectos do cálculo da prestación correspondente. O apartado 1 do artigo 58 do citado Regulamento establecía que a institución competente dun Estado membro cuxa lexislación calculara as prestacións en metálico sobre a base duns ingresos medios debía ter en consideración

transporte do traballador fronteirizo vítima dun accidente de traballo ou dunha enfermidade profesional até a súa residencia ou até un centro hospitalario situado no seu Estado de residencia. A regulación no actual Regulamento (CE) número 883/2004 é a mesma que a que figuraba no Regulamento (CEE) número 1408/71, apreciándose unicamente un cambio de redacción na regulación actual, que non modificou nin o seu contido nin o seu alcance [véxanse os artigos 59 do Regulamento (CEE) número 1408/71 e o 37 do Regulamento (CE) número 883/2004].

⁵³³ Véxase o apartado 8 do artigo 60 do citado Regulamento (CEE) número 574/72.

⁵³⁴ Tanto o Regulamento de base coma o de aplicación limítanse a facer unha remisión en bloque á regulación establecida para estas últimas cando tratan aquelas. Así, o apartado 3 do artigo 36 do Regulamento de base limítase a indicar que “o artigo 21 se aplicará tamén ás prestacións contempladas no presente capítulo”. Recórdese que este último artigo leva precisamente por título “prestacións en metálico” e que está incluído no capítulo correspondente ás prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas. Ademais, o Regulamento (CE) número 987/2009 indica no seu artigo 33 que “para os efectos da aplicación do artigo 36 do Regulamento de base” débese acudir, entre outros, ao artigo 27 do Regulamento de aplicación. Este último artigo refírese, precisamente, ás prestacións en metálico de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas. Por tanto, tamén aquí faise preciso remitirse ao tratado máis arriba a respecto desas prestacións no que atinxe á regulación das prestacións en metálico por accidente de traballo e enfermidade profesional dos traballadores fronteirizos.

“exclusivamente os ingresos comprobados durante os períodos cubertos baixo dita lexislación”⁵³⁵.

192. A controversia á que se fixo referencia xurdiu ao respecto dun traballador fronteirizo francés, o Sr. Nemec, ao que lle foi concedida unha prestación de enfermidade profesional por exposición ao amianto, que traía causa dunha relación laboral que desempeñara en Francia, antes de adquirir a condición de traballador fronteirizo⁵³⁶. A controversia xurdiu porque as autoridades francesas tomaron en consideración os últimos salarios obtidos polo Sr Nemec en Francia, dez anos antes de lle ser concedida a prestación, dado que despois de deixar o emprego na empresa na que estivo exposto ao amianto adquiriu a condición de traballador fronteirizo. O Sr. Nemec considerouse prexudicado con este proceder, pois tales salarios eran antigos e máis baixos dos que lle correspondería percibir na actualidade e formulou unha reclamación, o que acabou provocando a presentación de cuestións prexudicais diante do Tribunal de Xustiza por parte do órgano nacional que coñeceu a controversia⁵³⁷.

193. O Tribunal de Xustiza considera a prestación que motivou o recurso coma unha prestación encadrábel dentro da categoría de prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional, circunstancia non discutida polas partes⁵³⁸. No que atinxe ao xeito de calcular a prestación, que foi o obxecto da controversia, tanto o Goberno francés coma o inglés —tamén parte do procedemento— consideraron que a negativa da administración demandada a ter en consideración os ingresos obtidos noutro Estado membro era conforme coa normativa da Unión relativa á prestación de accidentes de traballo e enfermidade profesional⁵³⁹. A este

⁵³⁵ A citada previsión normativa está hoxe contida no apartado 2 do artigo 21 do Regulamento (CE) número 883/2004, no que se indica que “a institución competente dun Estado membro cuxa lexislación preveña que o cálculo das prestacións en metálico se efectúe en función duns ingresos medios ou dunha base de cotización media, determinará ditos ingresos medios ou dita base de cotización media exclusivamente en función dos ingresos comprobados ou das bases de cotización aplicadas durante os períodos cubertos baixo dita lexislación”.

⁵³⁶ Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Segunda) do 9 de novembro de 2006, asunto C-205/05, caso Nemec.

⁵³⁷ Véxanse os apartados 16 a 22 e 30 da sentenza Nemec. Malia que a sentenza non se refire expresamente á condición de traballador fronteirizo do Sr. Nemec esta se deduce do feito de que residira en Francia durante o tempo no que estivo empregado Bélxica, así como do feito de que a empresa para a que traballaba neste país estaba situada a dez quilómetros do domicilio do traballador e de que estivera sometido a tributación en Francia. Nótese que o órgano xurisdiccional de remisión fixo referencia ao Regulamento (CE) número 883/2004, que aínda non resultaba de aplicación nas datas nas que a cuestión foi formulada (véxanse, a este respecto, os apartados 30 a 32 da citada sentenza).

⁵³⁸ Véxase o apartado 34 da sentenza Nemec.

⁵³⁹ Véxase o apartado 35 da sentenza Nemec.

respecto o Tribunal aclara que a norma controvertida “non se limita a determinar a lexislación aplicábel para fixar o período de referencia do ingreso medio, senón que tamén ten por obxecto determinar as retribucións que a institución competente debe ter en conta para calcular o ingreso medio de determinado período que, segundo a lexislación nacional aplicábel, serve de base de cálculo das prestacións en metálico”⁵⁴⁰. Precisa, ademais, que a normativa de coordinación en materia de Seguridade Social debe ser interpretada conforme coas esixencias da libre circulación de traballadores, o que implica que “os traballadores migrantes non deben perder os dereitos ás prestacións de Seguridade Social nin sufrir unha redución da contía destas por teren exercitado o dereito á libre circulación que lles reconece o Tratado”⁵⁴¹. Entende que a normativa nacional que se discute pode prexudicar aos traballadores que exerceron a súa liberdade de circulación en relación cos traballadores que non a exerceron, pois nun caso como o analizado toma como base o salario percibido polo traballador dez anos antes, salario que, por tanto, non está en relación coa situación actual do interesado, cousa que non ocorre cos traballadores que non fixeron uso da citada liberdade, aos que se lles toma en consideración os seus últimos salarios efectivos⁵⁴².

194. Malia o dito, o Tribunal de Xustiza non considera contraria ao dereito á libre circulación de traballadores a norma controvertida, pois entende que a obriga que esta marca “só implica que para os traballadores migrantes ditas prestacións sexan iguais ás que terían percibido de non teren exercitado o seu dereito á libre circulación”⁵⁴³. En consecuencia, a institución competente deberá ter en consideración o salario percibido polo traballador no seu territorio, pero coas actualizacións e revalorizacións que sexan precisas ao obxecto de que se “corresponda ao salario que o interesado tería razoabelmente podido percibir, tendo en conta a evolución da súa carreira profesional, se tivese continuado a exercer a súa actividade no Estado membro de que se trata”⁵⁴⁴. Por tanto —conclúe o Tribunal— a norma controvertida, que debe ser interpretada conforme á luz do obxectivo de garantir a libre circulación de traballadores, implica que “nunha situación como a que é obxecto do procedemento principal, o cálculo dos

⁵⁴⁰ Véxase o apartado 36 da sentenza Nemeç, na que cita a do 11 de xullo de 1979, asunto 268/78, caso Pennartz.

⁵⁴¹ Véxanse os apartados 37 e 38 da sentenza Nemeç. Neste último cita as Sentenzas do 9 de agosto de 1994, asunto C-406/93, caso Reichling; do 12 de setembro de 1996, asunto C-251/94, caso Lafuente Nieto; do 9 de outubro de 1997, asuntos C-31/96 a C-33/96, caso Naranjo Arjona e outros; e do 17 de decembro de 1998, asunto C-153/97, caso Grajera Rodríguez.

⁵⁴² Véxanse os apartados 39 e 40 da sentenza Nemeç.

⁵⁴³ Véxase o apartado 41 da sentenza Nemeç.

⁵⁴⁴ Véxase o apartado 42 da sentenza Nemeç.

«ingresos medios» [...] se realice tendo en conta o salario que o interesado tería razoabelmente podido percibir, tendo en conta a evolución da súa carreira profesional, se tivera continuado a exercer a súa actividade no Estado membro da institución competente⁵⁴⁵, deste xeito, evítase o efecto prexudicial que a aplicación da disposición controvertida tería en supostos de feito como os descritos na sentenza Nemeč⁵⁴⁶.

195. A regulación das prestacións en metálico de accidente de traballo e enfermidade profesional incluída nos Regulamentos (CE) números 883/2004 e 987/2009 coincide esencialmente coa establecida nos Regulamentos (CEE) 1408/71 e 574/72. Tanto na normativa anterior coma na actual, o traballador fronteirizo ten dereito a percibir as prestacións en metálico de accidente de traballo e de enfermidade profesional por parte da institución competente e de conformidade coa lexislación do Estado membro de emprego. Ademais, nas dúas normativas prevíase a posibilidade de que se puidera chegar a un acordo entre a institución competente e a do lugar de residencia para que esta última facilitara as citadas prestacións con cargo á institución competente. Debe destacarse unicamente como modificación relevante na normativa actual con respecto á anterior a desaparición dun procedemento específico para percibiren prestacións en metálico distintas das rendas por parte dos traballadores fronteirizos e demais traballadores con residencia en Estado membro distinto do competente, que figuraba no Regulamento (CEE) 574/72⁵⁴⁷ e que non figura na regulación actual, nin no Regulamento de base nin no de aplicación.

c) Particularidades cando as consecuencias da continxencia se evidencien no Estado membro de residencia

196. Para finalizar a regulación das prestacións de accidente de traballo e de enfermidade profesional, cómpre facer referencia ao procedemento a seguir nos casos en que as consecuencias do accidente de traballo ou da enfermidade profesional se evidencien no Estado membro de residencia. Nin o Regulamento de base nin o de aplicación establecen unha regulación específica para este suposto, pero este último contempla no seu artigo 34 un procedemento para aqueles casos nos que a continxencia

⁵⁴⁵ Véxase o apartado 43 da sentenza Nemeč.

⁵⁴⁶ Cómpre indicar que, malia que esta se refire a un suposto de traballo fronteirizo, a doutrina establecida na mesma polo Tribunal de Xustiza resulta aplicábel a calquera traballador da Unión que, acolléndose ao dereito á libre circulación de traballadores, desenvolveu a súa carreira profesional en máis dun Estado membro.

⁵⁴⁷ Este procedemento regulábase no artigo 61, que levaba por título “ prestacións en metálico distintas das rendas en caso de residencia nun Estado membro distinto do Estado competente”.

profesional ocorra en Estado membro distinto do competente⁵⁴⁸, que resultará de aplicación ao citado suposto. En virtude do mesmo, cando un traballador fronteirizo sufra un accidente de traballo ou lle sexa diagnosticada unha enfermidade profesional no Estado membro de residencia, a declaración ou notificación do accidente de traballo ou da enfermidade profesional deberá realizarse de acordo co disposto na lexislación do Estado membro de emprego sempre que a lexislación deste último Estado prevexa tal declaración ou notificación, sen prexuízo, no seu caso, das outras disposicións legais aplicábeis vixentes no territorio do Estado membro de residencia, que resultarán tamén aplicábeis⁵⁴⁹. Cando se finalice o tratamento, a institución do lugar de residencia deberá remitir á institución competente, previa petición, un informe detallado ao que se achegarán certificados médicos sobre as consecuencias permanentes do accidente ou da enfermidade, con especial referencia sobre o estado actual da persoa ferida e sobre a consolidación ou curación das lesións. Os honorarios correspondentes á emisión dos citados certificados serán abonados pola institución do lugar de residencia, segundo as tarifas que aplique, con cargo á institución competente⁵⁵⁰. Pola súa banda, a institución do lugar de residencia poderá solicitar á institución competente que lle notifique a data de curación ou de consolidación das lesións, así como, no seu caso, a decisión de conceder unha pensión ao traballador⁵⁵¹.

197. Merece especial mención dentro deste procedemento a regulación dos accidentes *in itinere* sufridos polo traballador nun Estado membro distinto do competente. A posibilidade de sufrir un accidente de traballo *in itinere* nun Estado membro distinto do competente non é exclusiva dos traballadores fronteirizos, pero o certo é que estes traballadores, pola súa propia singularidade, teñen unha probabilidade moito maior de sufrilos que calquera outro, ben no Estado membro de residencia, ben nun terceiro Estado membro que deban atravesar para chegar a el ou ao Estado membro de emprego. Indícase que cando sexa preciso realizar unha investigación no territorio do Estado membro no que se produciu o accidente para establecer o dereito a prestacións, a institución competente poderá designar a unha persoa para tal efecto, debendo informar de elo ás autoridades do Estado membro no que se produciu o accidente. As

⁵⁴⁸ O citado artigo 34 titúlase, precisamente, “procedemento en caso de accidente de traballo ou enfermidade profesional ocorridos nun Estado membro distinto do Estado membro competente”.

⁵⁴⁹ A citada notificación ou declaración deberá remitirse á institución competente (apartado 1 do citado artigo). A institución do lugar de residencia deberá remitir tamén á institución competente os certificados médicos expedidos no seu territorio (apartado 2 do citado artigo).

⁵⁵⁰ Véxase o apartado 4 do citado artigo.

⁵⁵¹ Véxase o apartado 5 do citado artigo.

institucións do Estado membro competente e do Estado membro no que se produciu o accidente deberán cooperar entre si para avaliar a información da que se dispoña e para consultar os atestados e os restantes documentos relacionados co sinistro⁵⁵².

198. Por último, debe salientarse que o procedemento regulado no artigo 34 non contempla expresamente a súa aplicación á posibilidade —certamente probábel no caso do traballo fronteirizo— de accidentes de traballo ocorridos no Estado membro de emprego pero nos que se reciba a asistencia no Estado membro de residencia, ben porque a institución sanitaria deste Estado estea máis próxima ao lugar do sinistro, ben porque as consecuencias do sinistro se manifesten cando o traballador se atopa xa na súa residencia. O silencio do lexislador comunitario non debería impedir a aplicación do procedemento que acaba de ser descrito tamén para este caso, dada a súa evidente analoxía cos supostos contemplados nela e á inexistencia de normas que o regulen especificamente.

3. No caso de prestacións de invalidez

a) Consideracións previas

199. O Regulamento (CE) número 883/2004 dedícalle o capítulo 4 do título III (que abrangue os artigos 44 a 49) ás prestacións de invalidez. Ningún destes artigos fai referencia algunha ao suposto do traballo fronteirizo, nin sequera aos supostos de residencia en Estado membro distinto do competente, o que non quere dicir que non haxa particularidades nos casos de traballo fronteirizo. Pola súa banda, no Regulamento (CE) número 987/2009, regúlanse tamén as prestacións de invalidez no capítulo IV do seu título III, composto polos artigos 43 a 53, que a diferenza do que acontece no Regulamento de base, regúlanse de xeito conxunto coas pensións de vellez e de supervivencia, que se verán máis adiante. No citado capítulo do Regulamento de aplicación tampouco aparece referencia algunha ao traballo fronteirizo, nin ás situacións de residencia en Estado membro distinto do competente. Para rematar as referencias á regulación das prestacións de invalidez dentro deste Regulamento, cómpre facer referencia ao artigo 87, titulado “exame médico e control administrativo”, situado dentro do título V⁵⁵³, que resulta de aplicación, entre outros, ao

⁵⁵² Véxase o apartado 3 do citado artigo. Nótese que utiliza a expresión “accidente ocorrido durante o desprazamento cara a ou desde o traballo” e non a de accidente *in itinere*.

⁵⁵³ Denominado “disposicións diversas, transitorias e finais”.

suposto de prestacións de invalidez⁵⁵⁴. A coordinación ou articulación deste tipo de prestacións no seo da Unión Europea atópase co problema de ser unha “*de las que presentan mayores diferencias entre los distintos Estados miembros, puesto que no sólo cambian las situaciones determinantes de esta condición sino que a lo largo de la geografía europea es variada la relevancia que se da a cuestiones como la edad, la formación, la situación socio-económica o las rentas disponibles de los solicitantes*”⁵⁵⁵.

b) Realización dos exames médicos e controis administrativos

200. O referido artigo 87 regula o procedemento para a realización de exames médicos e controis administrativos nos casos en que o solicitante ou beneficiario dalgunha prestación das contempladas polos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social resida ou se atope en Estado membro distinto de aquel no que se atope a institución debedora. O citado procedemento determina que “cando un beneficiario ou solicitante de prestacións, ou un membro da súa familia se atope ou resida no territorio dun Estado membro distinto de aquel onde se atope a institución debedora, o exame médico será efectuado, a petición desta institución, pola institución do lugar de estancia ou de residencia do beneficiario de acordo cos procedementos previstos na lexislación que esta institución aplique”⁵⁵⁶, debendo a institución debedora informar “á institución do lugar de estancia ou de residencia de todo requisito especial que deba no seu caso cumprirse e dos puntos que quedarán cubertos polo exame médico”⁵⁵⁷. Pola súa banda, “a institución do lugar de estancia ou de residencia remitirá un informe á institución debedora que solicitou o exame médico”, tendo en conta que “as constatacións feitas pola institución do lugar de estancia ou residencia terán validez ante a institución debedora”⁵⁵⁸. Engádese a continuación que, en todo caso, “a institución debedora conservará a facultade de dispor dun médico designado por ela que recoñeza ao beneficiario”⁵⁵⁹ e mesmo poderá invitar a este “a desprazarse

⁵⁵⁴ Véxanse *supra*, núm. 133 e ss. e núm. 176 e ss., relativos ás prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas, e ás prestacións por accidente de traballo e enfermidade profesional, respectivamente, onde tamén resulta de aplicación.

⁵⁵⁵ Véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Seguridade social de los trabajadores migrantes (II). Prestaciones”, cit., páx. 224.

⁵⁵⁶ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 1 do artigo 87 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁵⁷ Véxase o parágrafo segundo do apartado 1 do artigo 87 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁵⁸ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁵⁹ Véxase a primeira frase do parágrafo segundo do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento (CE) número 987/2009.

ao Estado membro da institución debedora a condición de que estea apto para efectuar ese desprazamento sen prexuízo para a súa saúde e de que a institución debedora sufrague os gastos de viaxe e estancia correspondente⁵⁶⁰. Polo que atinxe aos controis administrativos, séguese o mesmo procedemento que o indicado para os exames médicos⁵⁶¹.

201. Malia non constituír un procedemento exclusivo para o traballo fronteirizo, nin para as prestacións de invalidez, resulta procedente tratalo dentro deste apartado, xa que a súa aplicación en supostos de prestacións de invalidez de traballadores fronteirizos deu lugar a problemas interpretativos que motivaron o pronunciamento por parte do Tribunal de Xustiza. En concreto, presentáronse dúbidas ao respecto da institución sanitaria que debía efectuar tales exames médicos e controis administrativos nun suposto de traballo fronteirizo, ben a do Estado de residencia do traballador, ben a do Estado de emprego. A cuestión resolveuse, á luz da normativa anterior, na sentenza recaída no caso Voeten e Beckers⁵⁶². Cómpre indicar que esa normativa tamén establecía que o recoñecemento debía efectuarse, a instancias da institución debedora, por parte da institución do lugar de estancia ou de residencia, se ben a primeira tiña o dereito de designar un facultativo que controlara ao beneficiario⁵⁶³. Por esta razón, a doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza continúa resultando de aplicación co novo Regulamento.

202. O Sr. Voeten (antigo traballador fronteirizo empregado nos Países Baixos e residente en Bélxica) viña gozando dunha pensión de invalidez ao abeiro da lexislación neerlandesa. Tras unha modificación da lexislación dese Estado membro foi convocado polas autoridades competentes do abono da pensión para facerlle unha revisión do seu grao de invalidez, como consecuencia da cal foi recualificado, pasando a percibir unha prestación de menor contía. Desconforme coa decisión das autoridades holandesas formulou sucesivos recursos que acabaron dando lugar á

⁵⁶⁰ Véxase a segunda frase do parágrafo segundo do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁶¹ Véxase o apartado 3 do artigo 87 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁶² Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala terceira) do 10 de decembro de 1998, asunto C-279/97.

⁵⁶³ O apartado 1 do artigo 51 do Regulamento (CEE) número 574/72. O segundo establecía que “cando un beneficiario [...] se atope ou resida no territorio dun Estado membro distinto de aquel onde radique a institución debedora, o control administrativo e médico será exercido, a requirimento da institución mencionada, pola institución do lugar de estancia ou residencia do beneficiario, segundo as normas establecidas na lexislación aplicada por esta última institución. Porén, a institución debedora conservará a facultade de dispor dun médico designado que controle ao beneficiario”. Véxase, tamén, o artigo 40.

presentación (por parte do órgano da xurisdición nacional que coñeceu o asunto) das cuestións prexudiciais que se analizan de seguido⁵⁶⁴.

203. O Sr. Beckers era un traballador fronteirizo empregado en Holanda e residente en Bélxica que, tras un período de inactividade laboral, foi sometido a exame polos servizos médicos holandeses, no que se lle diagnosticou (sen ter solicitado con carácter previo información algunha aos servizos médicos do Estado membro de residencia) unha discopatía lumbar e se estimou que podía desenvolver certas actividades alternativas. Dado que os servizos médicos recomendaron que fose clasificado cun grao de invalidez profesional do 15 ao 25%, a institución neerlandesa negouse a recoñecer ao Sr. Beckers unha pensión de invalidez. O Sr. Beckers interpuxo recurso contra a citada denegación alegando que, segundo determinaba a normativa comunitaria de aplicación⁵⁶⁵, o recoñecemento médico debeu ser efectuado pola institución do lugar de residencia do traballador⁵⁶⁶.

204. Diante destas situacións, o órgano xurisdicional de remisión decidiu preguntarlle ao Tribunal de Xustiza se a normativa comunitaria de aplicación se opón a que “no caso dun antigo traballador fronteirizo, beneficiario de prestacións por invalidez, que reside no territorio dun Estado membro distinto de aquel onde radica a institución debedora e cuxa residencia se atopa máis preto de dita institución que a do lugar de residencia, a institución competente exerza o control administrativo e médico do interesado, sen ter solicitado un control previo por parte da institución do lugar de residencia”⁵⁶⁷.

205. Na súa resposta, o Tribunal de Xustiza partiu da doutrina establecida na sentenza do caso Martínez Vidal⁵⁶⁸, no que se analizou un suposto de

⁵⁶⁴ Véxanse os apartados 5 a 12 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁶⁵ O artigo 40 do Regulamento (CEE) número 574/72 establecía que “para determinar o grao de invalidez, a institución dun Estado membro terá en conta os documentos e informes médicos, así como os datos de índole administrativa reunidos pola institución de calquera outro Estado membro. Non obstante, cada institución conservará a facultade de dispor que un médico designado por ela recoñeza ao solicitante”.

⁵⁶⁶ Véxanse os apartados 14 a 18 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁶⁷ Véxase o apartado 23 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁶⁸ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 27 de xuño de 1991, asunto C-344/89. Refírese a un traballador do mar de nacionalidade española, contratado por unha navieira holandesa. Tras caer enfermo regresou a España, onde foi operado dunha hernia de disco. Debido á súa doenza comezou a percibir unha pensión de invalidez ao abeiro da lexislación holandesa. O Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), na súa condición de institución do lugar de residencia pasou a realizar os controis médicos correspondentes. Nove anos despois de comezar a percibir a pensión a institución holandesa invitouno a desprazarse aos Países Baixos

residencia en Estado membro distinto do competente dun traballador non fronteirizo. A referida doutrina determina que a norma comunitaria controvertida debe interpretarse no sentido de que “o control administrativo e médico do beneficiario de prestacións de invalidez que se atope ou resida no territorio dun Estado membro distinto daquel onde radique a institución debedora debe, cando proceda, ser exercido pola institución do lugar de estancia ou de residencia, podendo a institución competente, se o considera necesario, proceder a un recoñecemento adicional”, engadindo que “para tal efecto, esta última pode obrigar ao interesado a se desprazar ao Estado onde se atope establecida, a condición de que a institución competente se faga cargo dos gastos de desprazamento e estancia resultantes, e o interesado estea en condicións de efectuar o desprazamento sen que elo prexudique a súa saúde”⁵⁶⁹.

206. Seguidamente o Tribunal de Xustiza analizou se a doutrina establecida no citado asunto Martínez Vidal resultaba tamén de aplicación aos supostos de traballo fronteirizo. Ao respecto considerou que —se ben é certo que o obxectivo pretendido pola norma controvertida de “evitar ao interesado desprazamentos inútiles, e que poidan entrañar un risco para a súa saúde é inoperante respecto da persoa aqueixada dunha invalidez que vive máis preto do lugar onde se atopa a institución competente que da do lugar de residencia”⁵⁷⁰— existen outras razóns que xustifican o control previo por parte da institución do lugar de residencia, pois, “o beneficiario de prestacións de invalidez ten, en principio, un interese en ser recoñecido polos servizos médicos cos que se atopa máis familiarizado e que utilizan o idioma do Estado en que reside”⁵⁷¹. Dito isto, engadiu que, sen embargo, “o beneficiario dunha prestación de invalidez debe ter a posibilidade de renunciar ao control médico previo da institución do lugar de residencia e, por conseguinte, de responder á convocatoria da institución competente, para o primeiro control”⁵⁷², pois, aínda que a facultade de renuncia ao control previo non se deduce directamente da norma controvertida, debe aceptarse que, “en atención aos obxectivos perseguidos pola disposición controvertida, que pretenden protexer os intereses do beneficiario das prestacións por invalidez, dita facultade non pode excluírse de forma xeral” pero que, “unha renuncia deste tipo debe, sen embargo, estar acompañada de garantías mínimas, a saber, debe ser, por unha parte, libre, e por outra,

para ser sometido a un exame por parte de dous médicos escollidos por ela. O Sr. Martínez opúxose a elo.

⁵⁶⁹ Véxase o apartado 24 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷⁰ Véxase o apartado 35 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷¹ *Ibidem.*

⁵⁷² Véxase o apartado 37 da sentenza Voeten e Beckers.

inequívoca”⁵⁷³, pois “a renuncia priva aos interesados dunha protección expresamente querida polo lexislador”⁵⁷⁴, e “é de temer que en ausencia de tales garantías, se poida conducir a numerosas persoas a acudir á convocatoria da institución competente, sen sospeitar que dita convocatoria as priva dunha protección concedida pola lexislación comunitaria”⁵⁷⁵.

207. Por tanto, os exames médicos e os controis administrativos dos traballadores fronteirizos perceptores dunha prestación de invalidez deben levarse a cabo, a instancia da institución competente, por parte da institución do lugar de residencia, mesmo nos supostos en que a institución competente se atope máis cerca do domicilio do traballador que a propia institución do lugar de residencia. Sen embargo, o traballador pode realizar o exame médico ou o control administrativo directamente na institución competente nos casos en que lle conveña, sempre que cando así o faga teña coñecemento de que está a renunciar a unha protección que lle concede a normativa comunitaria e que esa renuncia de dereitos sexa libre e inequívoca.

208. Na referida sentenza do caso Voeten e Beckers, o Tribunal de Xustiza tamén analizou o alcance da obriga que ten a institución competente de tomar en consideración a información ofrecida pola institución do lugar de residencia para determinar o grao de invalidez do peticionario, que aparecía recollida no artigo 40 do derogado Regulamento (CEE) número 574/72. Neste artigo estableceíase que “para determinar o grao de invalidez, a institución dun Estado membro terá en conta os documentos e informes médicos así coma os datos de índole administrativa reunidos pola institución de calquera outro Estado membro”. Engadíase a continuación que “cada institución conservará a facultade de dispor que un médico designado por ela recoñeza ao solicitante”. O órgano xurisdiccional remitente preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se o citado artigo “se opón a que para determinar por primeira vez unha prestación de invalidez concedida a unha persoa que reside no territorio dun Estado membro diferente do da institución competente, dita institución determine o grao de invalidez sobre a base do seu propio recoñecemento médico, sen ter solicitado previamente o exame pola institución do lugar de residencia e, no caso de resposta negativa, se a mesma disposición se opón a que a institución competente non teña en conta os documentos e informes

⁵⁷³ Véxase o apartado 38 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷⁴ Véxase o apartado 39 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

médicos, así como os datos de índole administrativa facilitados pola institución do Estado en cuxo territorio reside o interesado”⁵⁷⁶.

209. Na súa resposta a esta cuestión, o Alto Tribunal entendeu que o exame médico e administrativo que efectúa a institución debedora non ten que ser necesariamente “precedido por un exame realizado pola institución do Estado membro en cuxo territorio reside o interesado”⁵⁷⁷, pero que, “a institución competente ten, a fin de evitar a repetición dos recoñecementos que tiveran lugar noutros Estados membros, a obriga de tomar en consideración os documentos e informes emitidos pola institución de calquera outro Estado membro”⁵⁷⁸. Esta doutrina continúa sendo de aplicación co actual Regulamento (CE) número 987/2009, pois nel se establece, en parecidos termos que no anterior, que “para determinar o grao de invalidez, cada institución, segundo a súa lexislación, estará facultada para dispor que un médico ou outro experto da súa elección examine ao solicitante” pero que “a institución dun Estado membro tomará en consideración os documentos e informes médicos e os datos administrativos recollidos pola institución de calquera outro Estado membro como se tiveran sido establecidos no seu propio Estado membro”⁵⁷⁹.

c) Cómputo dos períodos de carencia

210. Outra cuestión que resultou problemática para os efectos de determinar o dereito ás prestacións de invalidez en casos de traballo fronteirizo referiuse ao cómputo dos períodos de carencia esixidos para ter dereito a tales prestacións, nos casos en que a lexislación nacional de aplicación así os estableza. O asunto foi resolto polo Alto Tribunal na sentenza ditada no caso Moscato⁵⁸⁰, que analizou o suposto dun cidadán italiano que traballara en Bélxica para, posteriormente, conservando a residencia en Bélxica, pasar a traballar en Holanda, primeiro como traballador fronteirizo e despois como traballador de temporada. Debido a unha enfermidade mental incapacitante comezou a percibir prestacións por enfermidade con cargo á institución competente. Esta institución tras cesar o pagamento das prestacións por enfermidade comunicoulle que non lle concedería indemnizacións por incapacidade laboral dado que, na data en que comezou a súa derradeira ocupación laboral nos Países Baixos, o seu

⁵⁷⁶ Véxase o apartado 42 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷⁷ Véxase o apartado 47 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷⁸ Véxase o apartado 49 da sentenza Voeten e Beckers.

⁵⁷⁹ Véxase o apartado 3 do artigo 49 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁵⁸⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 26 de outubro de 1995, asunto C-481/93.

estado de saúde permitía prever a aparición dunha incapacidade laboral nun período de menos de seis meses, circunstancia que segundo a normativa nacional de aplicación autorizaba tal negativa⁵⁸¹.

211. O tribunal nacional que coñeceu a reclamación presentada polo Sr. Moscato fronte a tal denegación presentou unha cuestión prexudicial diante do Tribunal de Xustiza preguntándolle, entre outras cousas, se resulta compatíbel coa normativa comunitaria unha lexislación que estableza que non se pode ter en consideración, en todo ou en parte, con carácter temporal ou definitivo, a incapacidade laboral sobrevida durante os seis meses seguintes ao momento en que se iniciou a afiliación do traballador, xa que en dito momento o seu estado de saúde permitía prever que xurdiría unha incapacidade laboral nos seis meses seguintes⁵⁸². O Tribunal de Xustiza recordou que a norma de totalización dos períodos de seguro, de residencia ou de emprego “constitúe un dos principios básicos da coordinación comunitaria dos réximes de Seguridade Social dos Estados membros, que tende a garantir que o exercicio do dereito á libre circulación de traballadores que atribúe o Tratado non teña como efecto privar a un traballador das vantaxes de Seguridade Social ás que tería dereito no caso de realizar toda a súa carreira profesional nun só Estado membro”⁵⁸³, pois “semellante consecuencia podería disuadir ao traballador comunitario de exercitar o seu dereito á libre circulación e constituiría por tanto un obstáculo para dita liberdade”⁵⁸⁴. En consecuencia, respondeu a esta cuestión indicando que “cando a lexislación aplicábel dun Estado membro faga depender a concesión das prestacións de invalidez esencialmente do requisito de que o estado de saúde do traballador, no momento da súa afiliación ao réxime que a mesma establece non permita prever a breve prazo a aparición da súa incapacidade laboral á que seguiu á súa invalidez, a institución competente debe ter tamén en conta os períodos de afiliación que cumprira o interesado baixo a lexislación doutro Estado membro, como se se tratase de períodos cumpridos baixo a lexislación que ela mesma aplica”⁵⁸⁵, deste xeito o traballador que exercitou o seu dereito á libre

⁵⁸¹ O apartado 1 *initio* e a letra c) do artigo 21 da Lei sobre o réxime xeral de incapacidade laboral de 1975 e o apartado 1 *initio* e a letra b) do artigo 30 da Lei relativa ao seguro de incapacidade laboral de 1967 establecían que a asociación profesional podía “non ter en conta, en todo ou en parte, con carácter temporal ou definitivo, a incapacidade laboral sobrevida no curso dos seis meses seguintes ao momento en que comezou o seguro, cando o estado de saúde do interesado, no momento en que se iniciou o seguro, permitía prever de modo manifesto que se produciría unha incapacidade laboral nos seis meses seguintes” (véxanse os apartados 11 e 12 da referida sentenza).

⁵⁸² Véxanse os apartados 14 e 26 da sentenza Moscato.

⁵⁸³ Véxase o apartado 28 da sentenza Moscato.

⁵⁸⁴ Véxase o apartado 28, *in fine*, da sentenza Moscato.

⁵⁸⁵ Véxase o apartado 31 da sentenza Moscato.

circulación non se ve privado dun dereito que se lle recoñece aos traballadores que non fan uso de tal liberdade.

4. No caso de pensións de vellez e de supervivencia

a) Consideracións previas

212. A regulación das pensións de vellez e de supervivencia aparece recollida no capítulo 5 do título III —que está composto por un total de once artigos (do 50 ao 60) — do Regulamento (CE) número 883/2004. En ningún punto dese articulado se conteñen referencias explícitas nin implícitas ao fenómeno do traballo fronteirizo. Tampouco aparece referencia algunha a este fenómeno nos artigos do Regulamento de aplicación relativos a esta categoría de prestacións que, como xa se indicou, figuran no capítulo IV do seu título III (artigos 43 a 53), en que estas pensións se regulan conxuntamente coas prestacións de invalidez⁵⁸⁶.

213. Tal e como acontece no caso doutras prestacións que xa foron tratadas, esta ausencia de referencias normativas non oculta o feito de que, en ocasións, a condición de traballador fronteirizo resulte problemática para os efectos de determinar o dereito a este tipo de prestacións para esta categoría de traballadores e para os membros das súas familias, como se evidencia nos pronunciamentos do Tribunal de Xustiza. En efecto, unha lectura da xurisprudencia deste Alto Tribunal referida ás prestacións de Seguridade Social e á libre circulación de traballadores permite constatar a existencia de varias sentenzas nas que se analizan cuestións relacionadas

⁵⁸⁶ En ocasións, na determinación do goce das pensións de vellez, tanto en supostos de traballo fronteirizo coma noutros, en que deben ser tomadas en consideración cotizacións en máis dun Estado membro, preséntase a problemática de se se deben tomar en consideración en España as cotizacións ficticias por razón de idade do beneficiario. Para un estudo sobre esta cuestión, véxase ARUFE VARELA, A., “¿Computan las cotizaciones ficticias por edad para calcular en España el importe prorrateado de una pensión comunitaria de jubilación?”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 7 (2003). Tamén se presentaron problemas ao respecto da normativa a aplicar para a determinación da pensión de vellez cando os períodos de cotización do traballador en cuestión foron iniciados antes da entrada de España na UE. Sobre este extremo, véxase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Base reguladora y preferente aplicación de los convenios bilaterales sobre los reglamentos comunitarios”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, volume 4 (abril, 2011), páxs. 43 a 49. Sobre a vixencia dos convenios bilaterais de Seguridade Social tras a entrada de España na Unión Europea véxase tamén IGLESIAS CABERO, M., “La protección social de los trabajadores extranjeros”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001), páxs. 347 a 374 (en especial páxs. 367 e 368). En sentido oposto véxase LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del Derecho Social Comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, cit., pág. 50.

coas pensións de vellez e supervivencia en supostos de traballo fronteirizo onde, precisamente, a cuestión controvertida se refería a circunstancias propias deste tipo de traballo, nalgún caso mesmo se cuestionou —a raíz dun contencioso relativo a un traballador fronteirizo— o encaixe dentro deste tipo de pensións dunha concreta prestación establecida na lexislación nacional dun Estado membro. Nos restantes supostos analizados polo Tribunal de Xustiza, a problemática da determinación do dereito ás pensións de vellez e supervivencia en supostos de traballo fronteirizo xurdiu en relación co goce doutras prestacións por parte deste colectivo de traballadores, nomeadamente as prestacións de desemprego, de enfermidade e de maternidade.

b) Delimitación conceptual

214. Tal e como se acaba de adiantar, o Tribunal de Xustiza debeu entrar a analizar a inclusión ou non dentro deste tipo de pensións de determinadas prestacións accesorias previstas en certa lexislación nacional, por resultar relevante para os efectos de determinar o dereito ás mesmas por parte dos traballadores fronteirizos. Isto último aconteceu, en concreto, ao respecto da paga de vacacións en beneficio dos perceptores dunha pensión de vellez, prevista na lexislación belga de Seguridade Social, que foi analizada polo Tribunal de Xustiza no caso *Noteboom*⁵⁸⁷. Esta paga constitúe un complemento á pensión de xubilación, que se cobra integramente a partires do terceiro ano da xubilación⁵⁸⁸, e que, en esencia, consiste nunha paga a tanto alzado que ten un ámbito persoal e unhas fontes de financiamento coincidentes coas das pensións de xubilación e supervivencia⁵⁸⁹.

215. Diante do cuestionamento da natureza desta paga, o Tribunal de Xustiza lembra que, “segundo unha reiterada xurisprudencia, unha prestación só pode considerarse como unha prestación de Seguridade Social se, por unha banda, se concede aos beneficiarios sobre a base dunha situación legalmente definida, á marxe de calquera apreciación individual e discrecional das necesidades persoais e se, por outra banda, garda relación

⁵⁸⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Cuarta) do 20 de xaneiro de 2005, asunto C-101/04.

⁵⁸⁸ O ano da xubilación non se cobra, e o segundo ano cóbrase a *pro rata* do número de meses que se percibiu a pensión o ano anterior. Véxanse os apartados 8 e 9 da sentenza do caso *Noteboom*, onde se citan o artigo 22 do Real decreto número 50, do 23 de outubro de 1967, relativo á pensión de xubilación e de supervivencia dos traballadores por conta allea, na súa versión modificada pola Lei do 30 de marzo de 1994 e o artigo 56 apartado 1 do Real decreto do 21 de decembro de 1967, mediante o que se aproba o Regulamento xeral do réxime de pensión de xubilación e de supervivencia dos traballadores por conta allea, na súa versión modificada polo Real decreto do 27 de xaneiro de 1998 e polo Real decreto do 4 de marzo de 2002.

⁵⁸⁹ Véxase o apartado 18 da sentenza *Noteboom*.

cun dos riscos enumerados expresamente no artigo 4, apartado 1 do Regulamento núm. 1408/71⁵⁹⁰ [hoxe apartado 1 do artigo 3 do Regulamento (CE) número 883/2004].

216. O Alto Tribunal entende que a paga de vacacións cumpre ambos requisitos e, polo tanto, pode ser incluída como prestación de Seguridade Social⁵⁹¹, pois, por unha banda, a normativa belga confire aos beneficiarios un dereito definido legalmente, que “se outorga automaticamente ás persoas que respondan a determinados criterios obxectivos, alleos á apreciación individual e discrecional das necesidades persoais”⁵⁹² e, por outra banda, a distinción entre prestacións excluídas do ámbito de aplicación dos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social e prestacións incluídas nos mesmos “baséase esencialmente nos elementos constitutivos de cada prestación, principalmente na súa finalidade e nos requisitos para obtela, e non no feito de que unha prestación sexa ou non cualificada como prestación de Seguridade Social por unha lexislación nacional”⁵⁹³. Por conseguinte, no que atinxe á natureza xurídica da prestación controvertida, o feito de ser cualificada coma unha paga de vacacións “non é determinante para apreciar se pode considerarse que esa prestación é unha prestación de vellez”⁵⁹⁴, como tampouco o é o feito de que consista “nunha cantidade a tanto alzado que non garda relación algunha coa contía do salario percibido ou cos períodos de seguro cubertos”⁵⁹⁵. Pola contra, os elementos constitutivos da mesma demostran que pode considerarse unha prestación de vellez no sentido dos Regulamentos comunitarios en materia de Seguridade Social⁵⁹⁶, pois é aboada “exclusivamente aos beneficiarios dunha pensión de xubilación e/ou de supervivencia”, ademais “as fontes de financiamento das pagas de vacacións dos xubilados e das pensións de xubilación e supervivencia son as mesmas”⁵⁹⁷ e, por último, é aboada xunto coa pensión de xubilación, permitindo aos beneficiarios atender as súas necesidades, concretamente garantíndolles “un complemento económico que

⁵⁹⁰ Véxase o apartado 21 da sentenza Noteboom. O Tribunal sinala en particular as Sentenzas do 16 de xullo de 1992, caso Hughes, asunto C-78/91, apartado 15; do 15 de marzo de 2001, caso Offermanns, asunto C-85/99, apartado 28; e do 7 de novembro de 2002, caso Maaheimo, asunto C-333/00, apartado 22.

⁵⁹¹ Véxase o apartado 22 da sentenza Noteboom.

⁵⁹² Véxase o apartado 23 da sentenza Noteboom.

⁵⁹³ Véxase o apartado 24 da sentenza Noteboom, no que se citan en apoio desta tese a do 16 de xullo de 1992, caso Hughes, asunto C-78/91, apartado 4 e do 10 de outubro de 1996, caso Hoever e Zachow, asuntos acumulados C-245/94 e C-312/94, apartado 17.

⁵⁹⁴ Véxase o apartado 25 da sentenza Noteboom.

⁵⁹⁵ Véxase o apartado 29 da sentenza Noteboom.

⁵⁹⁶ Véxase o apartado 26 da sentenza Noteboom.

⁵⁹⁷ Véxase o apartado 27 da sentenza Noteboom.

eventualmente lles permita saír de vacacións”⁵⁹⁸. Por todo o exposto, o Alto Tribunal conclúe que unha paga de vacacións como a controvertida “constitúe unha prestación de vellez” no sentido dos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social⁵⁹⁹.

c) Problemática do seu goce en casos de traballo fronteirizo

217. Entrando xa na análise da determinación do dereito ás pensións de vellez e supervivencia en supostos de traballo fronteirizo, debe recordarse que o Tribunal de Xustiza analizou supostos nos que se cuestionaba o goce da pensión de xubilación de traballadores fronteirizos por mor do goce previo, por parte dos mesmos, doutras prestacións de Seguridade Social, nomeadamente prestacións de desemprego, de enfermidade e de maternidade, que serán analizadas de seguido.

1. En relación co goce dunha prestación de desemprego

218. Así, no caso Rebmann⁶⁰⁰, o Tribunal de Xustiza resolveu unha cuestión prexudicial relativa a un traballador fronteirizo nun suposto referido ao período de cálculo dunha pensión, en relación ao tempo de percepción dunha prestación de desemprego total, abonada pola institución competente do Estado membro de residencia. Presentouse a dúbida de se o citado período, que traía como causa o traballo desempeñado no Estado membro de emprego, debía imputarse como cotizado no Estado membro de residencia, en tanto que Estado que abonou a prestación, ou no Estado membro de emprego, por traer causa a prestación dun período de emprego desenvolvido nese país.

219. O Sr. Rebmann era un traballador fronteirizo de nacionalidade alemá e residente en Alemaña, que exerceu a súa actividade laboral en Francia entre os anos 1959 e 1972. Tras quedar nese último ano en situación de desemprego total, percibiu as prestacións de desemprego en Alemaña até o ano 1974. Posteriormente atopou traballo en Alemaña e quedou afiliado á Seguridade Social alemá. No ano 1980 comezou a percibir unha pensión de asegurado da Seguridade Social francesa e pouco despois unha pensión por incapacidade laboral permanente en Alemaña. Para o aboamento desta última pensión a institución alemá non tomou en consideración o período durante o cal o Sr. Rebmann percibira as prestacións de desemprego

⁵⁹⁸ Véxase o apartado 28 da sentenza Noteboom.

⁵⁹⁹ Véxase o apartado 30 da sentenza Noteboom e o parágrafo 1º da súa decisión.

⁶⁰⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 29 de xuño de 1988, asunto 58/87.

derivadas do seu traballo como fronteirizo en Francia. Desconforme con esta decisión, o Sr. Rebmann interpuxo sucesivos recursos, o último deles de casación fronte ao *Bundessozialgericht*, órgano que suscitou a cuestión prexudicial diante do entón Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas⁶⁰¹. A cuestión formulada polo tribunal alemán referíase, en esencia, se “para o cálculo dos dereitos a pensión, deben computarse os períodos de paro total dun traballador fronteirizo segundo a lexislación en materia de dereitos a pensión no Estado de residencia ou no de emprego, ou se o traballador ten dereito a escoller entre ambas conexións”⁶⁰².

220. Comezando a análise da cuestión prexudicial formulada pola terceira das opcións presentadas polo tribunal de remisión, o Alto Tribunal rexeita de plano esta posibilidade dado que o Regulamento (CEE) número 1408/71 (vixente no momento en que se produciron os feitos litixiosos) tiña precisamente a finalidade, declarada no seu considerando quinto, de “coordinar as lexislacións nacionais en materia de Seguridade Social no marco da libre circulación de traballadores nacionais dos Estados membros” e que, “no marco de semellante coordinación, destinada a establecer os criterios de conexión a distintas lexislacións nacionais e a distribuíren as cargas entre os diferentes réximes nacionais, a determinación da conexión non pode depender dunha elección efectuada polo beneficiario”⁶⁰³. Dado que o vixente Regulamento (CE) número 883/2004 ten idéntica finalidade⁶⁰⁴, a doutrina establecida polo Alto Tribunal a este respecto continúa resultando de aplicación na actualidade.

221. Rexeitada a terceira das opcións presentadas, o Tribunal de Xustiza analiza cal é a institución que debe ter en consideración, para os efectos de cálculo de pensións, os períodos nos que o traballador fronteirizo estivo percibindo a prestación de desemprego total, se a do Estado membro de residencia do traballador, ou se a do Estado membro de emprego. Na súa resposta, o Tribunal partiu do recoñecemento de que o Regulamento (CEE) número 1408/71 non contiña, no momento en que se produciron os feitos, disposición algunha que precisara de xeito expreso a “lei nacional e o Estado cuxa autoridade competente ...[debera]... efectuar o cómputo dos períodos de paro total para o cálculo dos dereitos a unha pensión no caso

⁶⁰¹ Véxanse os apartados 3, 4 e 5 da sentenza Rebmann.

⁶⁰² Véxase o apartado 8 da sentenza Rebmann. O principio de igualdade de trato permite mesmo “*un trato asimétrico favorable para los trabajadores que circulan*” (véxase LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del Derecho Social Comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, cit., páx. 35).

⁶⁰³ Véxase o apartado 9 da sentenza Rebmann.

⁶⁰⁴ Véxanse, entre outros, os considerandos primeiro, cuarto, quinto e décimo terceiro.

dun traballador fronteirizo”⁶⁰⁵. En consecuencia, entendeu que a resposta debía atoparse analizando “os obxectivos e o espírito xeral de dito Regulamento”⁶⁰⁶. Acudiu, por tanto, aos considerandos da norma para atopar a resposta e afirmou que deles resulta que as normas de coordinación adoptadas para a aplicación das disposicións do Tratado “pretenden garantir por unha parte, no interior da Comunidade, a todos os nacionais dos Estados membros, a igualdade de trato fronte ás distintas lexislacións nacionais e, por outra, aos traballadores, o beneficio das prestacións de Seguridade Social, sexa cal for o lugar de emprego ou residencia”⁶⁰⁷. No que atinxe aos traballadores fronteirizos, indicou que o citado Regulamento pretende cumprir ese obxectivo dispoñendo que se rexan pola lexislación do Estado membro de emprego, establecendo excepcións para o caso de determinadas prestacións⁶⁰⁸, que se xustifican por “consideracións sociais e de eficacia práctica”⁶⁰⁹. Unha das prestacións para as que se establece unha excepción é, precisamente, a de desemprego total. A xustificación desta excepción é “evitar ao traballador fronteirizo os inconvenientes prácticos que lle suporía unha conexión co Estado de emprego”⁶¹⁰, xa que a “obriga de pórse e manterse a disposición dos servizos de emprego se executa [...] máis facilmente no Estado de residencia”⁶¹¹, pois “os servizos deste Estado son os máis capacitados para aboar as prestacións por desemprego, asegurándose de que o interesado reúne os requisitos para beneficiarse delas, facilitando ao mesmo tempo a súa reinsertión profesional”⁶¹².

222. En calquera caso, o Alto Tribunal entendeu que o Regulamento comunitario “só admite excepcións á norma xeral de conexión co Estado de emprego en situacións concretas e por consideracións prácticas e de eficacia que presenten como máis axeitada e conforme ao interese dos traballadores fronteirizos unha conexión co Estado de residencia”⁶¹³, e que “só pode considerarse a extensión destas excepcións a situacións non expresamente previstas no que caso de que estas estiveran estreitamente vinculadas coas previstas polo Regulamento nº 1408/71 e se dita extensión quedara imposta por consideracións idénticas”⁶¹⁴. En consecuencia co

⁶⁰⁵ Véxase o apartado 10 da sentenza Rebmann.

⁶⁰⁶ Véxase o apartado 11 da sentenza Rebmann.

⁶⁰⁷ Véxase o apartado 12 da sentenza Rebmann.

⁶⁰⁸ Véxase o apartado 13 da sentenza Rebmann.

⁶⁰⁹ Véxase o apartado 14 da sentenza Rebmann.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ Véxase o apartado 15 da sentenza Rebmann.

⁶¹⁴ Véxase o apartado 16 da sentenza Rebmann.

anterior, o Alto Tribunal concluíu que, no cómputo de períodos de desemprego total para os efectos do cálculo dos dereitos a pensión, non resulta de aplicación a excepción á conexión co Estado de emprego⁶¹⁵, xa que o obxectivo de asegurar a acumulación de todos os períodos de actividade profesional⁶¹⁶ aos que cómpre asimilar os períodos de desemprego involuntario indemnizado⁶¹⁷, non impón a obriga de establecer excepción algunha á norma xeral de conexión co Estado membro de emprego. Por tanto, dada a inexistencia de disposición específica, “o cómputo dos períodos de desemprego completo dun traballador fronteirizo para o cálculo dos seus dereitos a pensión, obedece á norma xeral que determina que a situación dos traballadores fronteirizos se rexe en principio pola lei do Estado de emprego”⁶¹⁸. A razón dada polo Alto Tribunal para xustificar esta posición é que “neste Estado é precisamente onde o traballador fronteirizo adquiriu normalmente dereitos a pensión que poden completar ditos períodos” e que, “pola contra, non é seguro que no Estado de residencia o traballador fronteirizo adquirira semellantes dereitos, como ocorrerá normalmente cando non exercera nunca actividades sometidas a afiliación a un réxime de Seguridade Social”⁶¹⁹.

223. É preciso sinalar que na modificación da normativa reguladora das pensións de velez no Regulamento (CEE) número 1408/71, levada a cabo polo Regulamento (CEE) número 1248/92, introduciuse unha disposición específica para este tipo de supostos, contida no apartado 6 do artigo 45 do mesmo⁶²⁰. En virtude dela, tal período de desemprego debía terse en conta pola institución competente do Estado membro en cuxo territorio residira o traballador para os efectos do cómputo dos períodos de seguro nas pensións de velez, unha solución diametralmente oposta á establecida na sentenza do caso Rebmann. Porén, a doutrina establecida nesta sentenza volveu a cobrar relevancia coa entrada en vigor e aplicación do actual Regulamento

⁶¹⁵ Véxase o apartado 17 da sentenza Rebmann.

⁶¹⁶ Véxase o artigo 51 do Tratado das Comunidades Europeas na data da sentenza. Este principio figura hoxe recollido no artigo 48 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

⁶¹⁷ Véxase o apartado 18 da sentenza Rebmann, no que se cita a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas do 9 de xullo de 1995, asunto 20/75, caso D’Amico, no que atinxe á asimilación dos períodos de desemprego involuntario indemnizados.

⁶¹⁸ Véxase o apartado 19 da sentenza Rebmann.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ O apartado 6 do artigo 45, introducido nesa reforma, determinaba a necesidade de que a institución competente do Estado membro en cuxo territorio residira o traballador tivera en consideración, para os efectos do cómputo dos períodos de seguro, o tempo durante o cal o traballador estivera percibindo prestacións por desemprego total que trouxeran causa do traballo realizado noutro Estado membro, tanto no caso dos traballadores fronteirizos coma no dos non fronteirizos.

(CE) número 883/2004, pois dentro do mesmo non se contempla disposición algunha neste sentido.

224. O período de percepción dunha prestación de desemprego total previa tamén resultou problemático para os efectos de determinar o dereito ao abono dunha prestación complementaria á propia pensión de vellez. O asunto foi resolto polo Tribunal de Xustiza no citado asunto Noteboom. A prestación en cuestión era unha paga de vacacións abonada tras un período de carencia, que non se aplicaba, entre outros supostos, cando o beneficiario da pensión percibira unha prestación de desemprego involuntario durante o ano natural completo anterior a aquel en que se percibiu efectivamente a pensión de xubilación⁶²¹. O Sr. Noteboom comezou a percibir a súa pensión de xubilación belga tras ter percibido ininterrompidamente durante o ano anterior unha prestación por desemprego por parte do correspondente organismo administrativo belga, pero como consecuencia do seu emprego como traballador fronteirizo nos Países Baixos.⁶²² Dada da negativa das autoridades belgas de concederlle a prestación durante o primeiro ano da xubilación, o Sr. Noteboom formulou un recurso, que acabou motivando a presentación, por parte do tribunal nacional que coñeceu o asunto, dunhas cuestións prexudiciais diante do Tribunal de Xustiza. Preguntoulle se a normativa comunitaria en materia de pensións de vellez e de supervivencia debía interpretarse no sentido de que a institución competente do Estado membro de residencia debía, para os efectos da concesión dunha prestación como a paga de vacacións, tomar en consideración un período de desemprego completo durante o cal o antigo traballador por conta allea se beneficiou de prestacións no Estado membro de residencia, como consecuencia dun traballo realizado como traballador fronteirizo noutro Estado membro⁶²³.

225. Na súa resposta o Alto Tribunal indica que, segundo se determinaba no parágrafo primeiro do apartado 6 do artigo 45 do Regulamento (CEE) número 1408/71, este período “terase en conta pola institución competente

⁶²¹ Véxase o apartado 9 da sentenza Noteboom.

⁶²² Nun principio abonóuselle a paga pero, posteriormente, pediuse a súa devolución. A negativa a abonar a paga baseábase no feito de que a prestación de desemprego traía como causa un traballo realizado noutro Estado membro, polo que non podía considerarse incluído dentro dos supostos de exención do período de carencia previsto na súa lexislación (véxase o apartado 16 da sentenza Noteboom).

⁶²³ Véxase o apartado 31 da sentenza. En relación coas prestacións por desemprego, o artigo 71. 1.a) ii) do Regulamento (CEE) número 1408/71 establecía que “o traballador fronteirizo en paro total gozará das prestacións de acordo ao disposto na lexislación do Estado membro en cuxo territorio resida, como se tivera estado sometido a dita lexislación mentres ocupaba o seu último emprego; estas prestacións serán abonadas e sufragadas pola institución do lugar de residencia”.

do Estado membro en cuxo territorio resida o traballador, de conformidade coa lexislación que aplique dita institución, como se tivera estado suxeito a dita lexislación durante o seu último emprego”⁶²⁴, o que no caso de autos implica a necesidade de aplicar a excepción do período de carencia. Cómpre salientar que o actual Regulamento (CE) número 883/2004 non contempla dentro do capítulo referido ás pensións de vellez e de supervivencia ningunha previsión equivalente á establecida no citado apartado 6 do artigo 45 do Regulamento (CEE) número 1408/71. Porén a doutrina sentada polo Tribunal de Xustiza continúa sendo de aplicación en función do establecido polo artigo 5 do actual Regulamento, titulado “asimilación de prestacións, ingresos, feitos ou acontecementos”, que determina a necesidade de ter en consideración as “prestacións equivalentes adquiridas consonte a lexislación doutro Estado membro” para os efectos de determinar o goce das prestacións⁶²⁵.

2. En relación co goce de prestacións familiares

226. A determinación do dereito ás pensións de vellez e supervivencia dos traballadores fronteirizos resultou tamén problemática en relación co goce doutro tipo de prestacións e períodos. En concreto, presentáronse dúbidas ao respecto da asimilación, para os efectos da pensión de vellez, dos períodos dedicados á crianza de fillos cando, finalizados tales períodos, non se retoma a actividade laboral, que foron resoltas polo Tribunal de Xustiza no caso *Elsen*⁶²⁶ a raíz dunha cuestión prexudicial formulada polo *Bundessozialgericht* alemán. A Sra. *Elsen* era unha traballadora fronteiriza residente en Francia e con emprego en Alemaña que, tras ter un fillo, gozou do permiso de maternidade, finalizado o cal non retomou a actividade laboral, dedicándose ao coidado do fillo. Anos despois solicitou diante das autoridades alemás que lle fose computado como tempo de seguro para os efectos do goce da pensión de xubilación o período dedicado ao coidado do fillo, o que lle foi denegado sobre a base de que a crianza do fillo fora realizada fóra de Alemaña sen que se cumpriran os requisitos que permitirían a súa asimilación a unha crianza levada a cabo en Alemaña⁶²⁷.

⁶²⁴ Véxase o apartado 33 da sentenza *Noteboom*.

⁶²⁵ Concretamente a letra a) do citado artigo determina que “se, en virtude da lexislación do Estado membro competente, o goce de prestacións de Seguridade Social ou doutros ingresos produce determinados efectos xurídicos, as disposicións de que se trate de dita lexislación serán igualmente aplicábeis en caso de goce de prestacións equivalentes adquiridas de conformidade coa lexislación doutro Estado membro ou de ingresos adquiridos no territorio doutro Estado membro”.

⁶²⁶ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 23 de novembro de 2000, asunto C-135/99.

⁶²⁷ Véxanse os apartados 14 a 18 da sentenza *Elsen*.

227. Ao tribunal alemán que coñeceu o recurso formulado pola Sra. Elsen presentáronselle dúbidas ao respecto da compatibilidade co Dereito comunitario da negativa, prevista no Dereito alemán, “a computar períodos dedicados á crianza dun fillo por ter fixada a interesada a súa residencia noutro Estado membro”⁶²⁸ e, en esencia, preguntoulle ao Tribunal de Xustiza “se o Dereito comunitario obriga á institución competente dun Estado membro a computar como períodos cubertos no territorio nacional, para os efectos da concesión dunha pensión de vellez, os períodos dedicados á crianza dun fillo cubertos noutro Estado membro por unha persoa que, no momento de nacemento do fillo, tiña a condición de traballador fronteirizo empregado no territorio do primeiro Estado membro e residente no segundo Estado membro”⁶²⁹.

228. Na súa resposta, o Tribunal de Xustiza comeza por analizar se durante o período controvertido⁶³⁰ a traballadora estaba suxeita á lexislación de Seguridade Social alemá⁶³¹, cousa que cuestionaba a Comisión, quen entendía que durante ese período a traballadora estaba suxeita á lexislación francesa, en tanto que lexislación do Estado de residencia, ao non existir durante ese período “un vínculo suficientemente estreito co sistema de Seguridade Social alemán que xustificara, por motivos de igualdade de trato, unha excepción ao principio de territorialidade que caracteriza o sistema”⁶³². O Alto Tribunal non acepta a interpretación dada pola Comisión e entende que, “polo que se refire ao cómputo, para os efectos do seguro de vellez, de períodos ininterrompidos dedicados á crianza dun fillo desde o seu nacemento, a interesada traballou exclusivamente en Alemaña e estaba suxeita, como traballadora fronteiriza, á lexislación alemá no momento de nacemento do fillo”, e engade que “este feito permite establecer un estreito vínculo entre os períodos de crianza controvertidos e os períodos de seguro cubertos en Alemaña derivados do exercicio dunha actividade profesional neste Estado”⁶³³, razón pola cal é a lexislación alemá a que resulta de aplicación ao período controvertido⁶³⁴ e pola que non pode considerarse⁶³⁵ “que a Sra. Elsen abandonara toda actividade profesional e

⁶²⁸ Véxase o apartado 21 da sentenza Elsen.

⁶²⁹ Véxase o apartado 22 da sentenza Elsen.

⁶³⁰ Enténdase o período de dez anos que a interesada pretende que se lle compute para os efectos da pensión de xubilación.

⁶³¹ Véxase o apartado 23 da sentenza Elsen.

⁶³² Véxase o apartado 24 da sentenza Elsen.

⁶³³ Véxase o apartado 26 da sentenza Elsen.

⁶³⁴ Véxase o apartado 27 da sentenza Elsen.

⁶³⁵ Sobre a base do disposto no artigo 13, apartado 2, letra f) do Regulamento (CEE) número 1408/71 que determinaba que “a persoa á que deixe de lle ser aplicábel a lexislación dun Estado membro, sen que por elo pase a se lle aplicar a lexislación doutro Estado membro [...], quedará sometida á lexislación do Estado membro en cuxo territorio resida”.

se atope suxeita, por esta razón, á lexislación do Estado da súa residencia”⁶³⁶. Pola contra, “polo que se refire ao cómputo dos períodos dedicados á crianza dun fillo nado cando o proxenitor [...] exercía unha actividade profesional nun Estado membro e estaba por tanto suxeito á lexislación de Seguridade Social deste Estado dita lexislación”⁶³⁷ [...] segue sendo aplicábel”⁶³⁸.

229. O Tribunal de Xustiza continúa a súa resposta analizando a adecuación ao Dereito comunitario da normativa alemá aplicábel ao caso, que considera como cotizados (para os efectos da pensión de vellez) os períodos dedicados á crianza dun fillo fóra de Alemaña cando tivera cubertos períodos de cotización obrigatoria durante a crianza ou inmediatamente antes do nacemento do fillo por unha actividade realizada no estranxeiro⁶³⁹, polo que a Sra. Elsen non podía facer valer este dereito. En favor da compatibilidade da normativa alemá coa comunitaria estaría o feito de esta última permite contemplar nas lexislacións nacionais a esixencia do mantemento dun vínculo co seu sistema de seguro nacional por parte do proxenitor para os efectos do cómputo do período de crianza na determinación da pensión de vellez, pero o problema neste caso sería a ausencia dun dereito semellante ao establecido en Alemaña na lexislación do Estado membro de residencia da traballadora⁶⁴⁰. Contra a anterior postura, podería alegarse o coñecido como “principio de asimilación de feitos” (creado pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza) polo que as situacións producidas nun Estado membro deben recibir o mesmo tratamento que se tiveran lugar noutro Estado membro cuxa lexislación resulte de aplicación ao caso concreto, e o criterio de territorialidade que subxace na normativa alemá controvertida non respectaría o anterior principio, e podería disuadir aos traballadores comunitarios de exercer o seu dereito á libre circulación⁶⁴¹.

230. A resposta do Tribunal de Xustiza recorda que, se ben é certo que os Estados membros conservan a facultade de organizaren os seus sistemas de Seguridade Social como consideren máis oportuno, tamén o é que ao facelo

⁶³⁶ Véxase o apartado 28 da sentenza Elsen.

⁶³⁷ Ao abeiro do disposto na letra a) do apartado 2 do artigo 13 do Regulamento (CEE) número 1408/71, que se corresponde co disposto na letra a) do apartado 3 do artigo 11 do vixente Regulamento (CE) número 883/2004.

⁶³⁸ Véxase o apartado 28 da sentenza Elsen.

⁶³⁹ Sobre a normativa de Seguridade Social alemá aplicábel ao caso, véxanse os apartados 3 a 9 da sentenza Elsen.

⁶⁴⁰ Esta é a postura sostida en autos pola Comisión e o Goberno alemán (véxanse os apartados 30 e 31 da sentenza Elsen).

⁶⁴¹ Esta foi, en esencia, a postura mantida en autos polo Goberno español (véxase o apartado 32 da sentenza Elsen).

deben respectar o Dereito comunitario, en particular o dereito á libre circulación de traballadores⁶⁴². En consecuencia, cómpre analizar se as disposicións controvertidas prexudican aos traballadores que exerceron o dereito á libre circulación, resultando evidente que si no caso da Sra. Elsen, pois ao trasladar a súa residencia fóra de Alemaña conservando neste país o seu traballo, perdeu automaticamente, segundo a lexislación alemá⁶⁴³, o dereito a que lle fosen computados os períodos de crianza cubertos no seu Estado de residencia⁶⁴⁴. Por tanto, o Tribunal de Xustiza determinou que debía entenderse que a normativa alemá obxecto da controversia era contraria ao dereito á libre circulación de traballadores establecida nos Tratados⁶⁴⁵, pois as normas que establecen este dereito “obrigan á institución competente dun Estado membro a computar como períodos cubertos no territorio nacional, para os efectos da concesión dunha pensión de vellez, os períodos dedicados á crianza dun fillo, cubertos noutro Estado membro por unha persoa que, no momento do nacemento do fillo, tiña a condición de traballador fronteirizo empregado no territorio do primeiro Estado membro e residente no segundo Estado membro”⁶⁴⁶.

3. En relación co goce de prestacións de enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas

231. Xa para rematar a análise das pensións de vellez en relación co goce de prestacións de enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas nos supostos de traballo fronteirizo, débese facer referencia a dúas sentenzas: a do caso Gauman-Cerri e Barth —que foi analizada no apartado correspondente ás prestacións de enfermidade, maternidade e paternidade asimiladas, polo que cómpre remitirse ao alí indicado⁶⁴⁷—, e a do caso Mulders, á que tamén se fixo referencia no seu momento⁶⁴⁸. Sobre esta última debe engadirse que, en esencia, impide que a lexislación do Estado membro de emprego non tome en consideración os períodos nos que o traballador fronteirizo estivo percibindo, con cargo ese Estado, prestacións de enfermidade, cando sobre estas prestacións se lle estiveron efectuando retencións para a cotización do seguro de vellez; todo elo con independencia de que durante o período controvertido o traballador estivera tamén a percibir prestacións con cargo ao seguro de accidentes no Estado

⁶⁴² Véxase o apartado 33 da sentenza Elsen.

⁶⁴³ Que, segundo se analizou máis arriba, era a que resultaba de aplicación.

⁶⁴⁴ Véxase o apartado 34 da sentenza Elsen.

⁶⁴⁵ Na actualidade no artigo 3.2 e 3.3 do Tratado da Unión Europea e nos artigos 45 a 48 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea.

⁶⁴⁶ Véxase o apartado 36 e a decisión da sentenza Elsen.

⁶⁴⁷ Véxase *supra*, núm. 133 e ss.

⁶⁴⁸ Véxase *supra*, núm. 107.

membro de residencia, pois do contrario se estaría a permitir que o traballador tivese efectuado cotizacións ao seguro de vellez a fondo perdido⁶⁴⁹.

5. No caso de prestacións de desemprego

232. A protección por paro forzoso é “*sin lugar a dudas, la más compleja de las prestaciones desde el punto de vista de los trabajadores fronterizos*”⁶⁵⁰, sendo “*peculiar*”⁶⁵¹ a súa situación ao respecto do goce das mesmas. Son tratadas no Regulamento (CE) número 883/2004, dentro do Título III, no capítulo 6, denominado “prestacións de desemprego”⁶⁵² que está composto por seis artigos (do 61 ao 65 *bis*). Cómpre sinalar que o Regulamento (CE) número 988/2009 modificou o artigo 62, a citada modificación consistiu unicamente na substitución da expresión “traballadores fronteirizos”, que figuraba no apartado 3 do mesmo, polo termo “desempregados”. En realidade, este cambio obedeceu máis a unha mera corrección de erros que a unha verdadeira modificación normativa, dado que na redacción orixinaria, o citado apartado 3 referíase aos “traballadores fronteirizos mencionados na letra a) do apartado 5 do artigo 65”, cando o certo é que a citada letra non se refería aos traballadores fronteirizos senón, máis xenericamente, ás persoas en situación de

⁶⁴⁹ Véxanse os apartados 31 a 49 da sentenza Mulders.

⁶⁵⁰ Véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Seguridad social de los trabajadores migrantes (II). Prestaciones”, cit., páx. 229. No mesmo sentido afirmouse que “*el supuesto de los trabajadores fronterizos es el que más dificultades presenta, no sólo a nivel práctico, sino especialmente a la hora de interpretar la normativa de coordinación en materia de desempleo, pues su regulación es alambicada, tortuosa y en ocasiones se remite a elementos tan poco jurídicos como a «frases anteriores»*” [véxase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 89 (2010), páx.119].

⁶⁵¹ Afirmao así FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., en “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, cit., páx. 106.

⁶⁵² Para unha análise de conxunto das prestacións por desemprego no Dereito da Unión véxase MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 77 (2008), páxs. 15 a 39. Tamén dispoñíbel en *Revista xurídica galega*, número 56 (2007), páxs. 43 a 70 e en *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011), páxs. 39 a 50. Segundo se indicou o cambio máis decisivo na aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004 ao respecto do anterior Regulamento (CEE) número 1408/71 se atopa nas prestacións por desemprego total “*ensanchando las oportunidades de los trabajadores fronterizos*” [véxase MIRANDA BOTO, J.M., “Los trabajadores fronteirizos en el Reglamento (CEE) núm 1408/71”, en ARETA MARTÍNEZ, M. e SEMPERE NAVARRO, A.V. (Directores), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum Ediciones (Murcia, 2009), páx. 116].

desemprego total que durante o seu último período de actividade residiran nun Estado membro distinto do competente⁶⁵³.

233. Tras a modificación normativa indicada, dentro do capítulo referido ás prestacións de desemprego desapareceron as referencias que regulaban de xeito concreto o fenómeno do traballo fronteirizo. Porén, coa introdución [por medio do Regulamento (UE) número 465/2012] do artigo 65 *bis*, volveron a introducirse no citado capítulo referencias expresas ao fenómeno, aínda que referidas en exclusiva ao suposto de desemprego total en caso de traballo por conta propia. Esta limitación de normas específicas non implica en absoluto que a regulación das prestacións de desemprego teña en pouca consideración esta figura, todo o contrario, o que ocorre é que a regulación específica aparece precisamente para aqueles casos de residencia do traballador en Estado membro distinto do de emprego que non constitúan un suposto de traballo fronteirizo. Isto ocorre en dúas ocasións no capítulo, e as dúas dentro do mesmo artigo, o número 65, titulado “persoas desempregadas que residen nun Estado membro distinto do Estado membro competente”. En concreto, dentro do parágrafo segundo do apartado 2 se indica que “as persoas en situación de desemprego, bardante os traballadores fronteirizos, que non regresen ao seu Estado membro de residencia se porán a disposición dos servizos de emprego do Estado membro a cuxa lexislación tiveran estado suxeitas en último lugar”. A segunda ocasión é na letra b) do apartado 5, onde se establece unha norma específica referida á institución responsábel do abono da prestación para as persoas desempregadas que residen nun Estado membro distinto do competente que non sexan traballadores fronteirizos⁶⁵⁴.

234. Dentro do Regulamento de aplicación, as prestacións de desemprego figuran no capítulo V do Título III, que está composto por catro artigos (do 54 ao 57). Neste Regulamento non aparecen normas específicas para regularen os traballadores fronteirizos, o que non implica que ignore este fenómeno, pois algúns dos seus artigos complementan outros do

⁶⁵³ A letra a) do apartado 5 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004 refírese “as persoas desempregadas que se indican na primeira e segunda frases do apartado 2”, enténdese que dese artigo. Pola súa banda o apartado 2 fai referencia a “as persoas en situación de desemprego total que durante o seu último período de actividade por conta allea ou propia residiran nun Estado membro distinto do Estado membro competente e sigan residindo en dito Estado membro ou regresen a el”.

⁶⁵⁴ Estabelece que “o traballador que non sexa un traballador fronteirizo ao que se tiveran concedido prestacións a conta da institución competente do Estado membro a cuxa lexislación tivera estado suxeito en último lugar recibirá en primeiro lugar, ao regresar ao Estado membro de residencia, prestacións conforme ao artigo 64, suspendéndose a percepción de prestacións conforme á letra a) mentres perciba prestacións conforme á lexislación á que tivera estado suxeito en último lugar”.

Regulamento de base que conteñen unha regulación diferenciada para os supostos de desempregados residentes en Estado membro diferente do de emprego que non sexan traballadores fronteirizos, e figura tamén unha referencia ao artigo 65 *bis* do Regulamento de base referido, como se dixo, a supostos de desemprego total de traballadores fronteirizos por conta propia.

a) Consideracións previas

235. Como consideracións previas á análise da regulación das prestacións de desemprego nos supostos de traballo fronteirizo, cómpre realizar tres precisións en torno ás mesmas, a primeira das cales é en relación co propio concepto de prestación de desemprego para os efectos dos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social. A segunda, en relación coa aplicación a este tipo de prestacións dos principios de totalización de períodos e de supresión das cláusulas de residencia, establecidos con carácter xeral para todas as prestacións no Regulamento (CE) número 883/2004⁶⁵⁵. E a terceira, en torno á delimitación das figuras de desemprego parcial ou intermitente e de desemprego total.

1. Precisións en torno ao concepto de prestacións de desemprego

236. A ausencia de definición expresa sobre o que debe entenderse por prestación de desemprego dificulta a delimitación do ámbito de aplicación da normativa comunitaria reguladora das prestacións de desemprego, cos conseguíntes problemas de aplicación. O problema vese agravado á vista da variedade de prestacións públicas existentes nos distintos Estados membros que traen causa da perda de emprego por parte do traballador beneficiario, pois —como se verá— non todas elas poden ser incluídas dentro do concepto de prestación de desemprego e, en consecuencia, non estarán incluídas dentro do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social referida a estas prestacións.

237. Así, por exemplo, dentro do ámbito do Dereito interno español, cuestionouse, nun suposto de traballo fronteirizo, a aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social ao nivel asistencial da protección por desemprego. A controversia xurdiu, en concreto, ao respecto dun subsidio por desemprego para traballadores

⁶⁵⁵ Véxase o artigo 6, en relación co principio de totalización dos períodos, e o artigo 7, no que atinxe ao principio de supresión das cláusulas de residencia.

maiores de cincuenta e dous anos⁶⁵⁶, solicitado por unha traballadora fronteiriza desempregada residente en España, que foi resolta pola Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Euskadi en Sentenza do 21 de outubro de 1992⁶⁵⁷.

238. A demandante, de nacionalidade española e domiciliada en Irún, estivo empregada Francia como traballadora fronteiriza entre os anos 1975 e 1982. Tras extinguirse a súa relación laboral comezou a percibir a prestación contributiva por desemprego como traballadora fronteiriza, ao abeiro do Convenio Hispano-Francés do ano 1982⁶⁵⁸ e, finalizada esta, percibiu o subsidio por ter cargas familiares e despois a prestación por ser maior de corenta e nove anos. Negóuselle, sen embargo o subsidio por desemprego de carácter asistencial para persoas maiores de cincuenta e dous anos sobre a base de que a solicitante non tiña cotizacións por desemprego á Seguridade Social española durante un mínimo de seis anos ao longo da súa vida laboral, tal e como requiría a normativa de aplicación⁶⁵⁹, o que motivou a presentación dunha demanda e, posteriormente, un recurso de suplicación que deu lugar á sentenza que se analiza.

239. A controversia de base mantida no recurso de suplicación refírese, precisamente, á inclusión ou non do nivel asistencial da protección por desemprego dentro do campo de aplicación da normativa comunitaria de coordinación dos sistemas de Seguridade Social, pois é o elemento que determina no caso de autos a computabilidade ou non dos períodos de cotización efectuados pola traballadora en Francia. A sentenza de instancia determinara que non estaba incluída dentro do seu ámbito, fundamentando a súa conclusión no feito de que este nivel de protección de desemprego non fora incluído expresamente polo Goberno español na notificación que este lle realizou á Presidencia das Comunidades Europeas, ao abeiro dos artigos 4, 5 e 97 do Regulamento (CEE) número 1408/71⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ Estabelecido, até a súa derogación no ano 2012, no artigo 215, apartado 1, número 4) da Lei Xeral da Seguridade Social.

⁶⁵⁷ Recurso de suplicación número 1452/1991 (referencia Aranzadi AS 1992/5185). Para unha análise desta prestación, véxase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “El subsidio por desempleo para los emigrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años”, *Documentación Laboral*, número 47(1995), páxs. 137 a 172.

⁶⁵⁸ Convenio sobre seguro de desemprego de traballadores fronteirizos entre o Goberno de España e o Goberno da República Francesa, asinado en París o 13 de xaneiro de 1982, e o seu Acordo Administrativo, asinado en París o 17 de marzo de 1982, publicado no BOE número 130, do 1 de xullo de 1982.

⁶⁵⁹ Véxase o artigo 13.2 da derogada Lei 31/1984, na redacción dada polo Real decreto-lei 3/1989.

⁶⁶⁰ Véxase o DO C número 107, do 22 de abril de 1987.

240. A conclusión á que chega o Tribunal Superior de Xustiza de Euskadi ao resolver o recurso de suplicación que se lle formula é diametralmente oposta á da sentenza de instancia. Sostén este Tribunal, seguindo a doutrina sentada previamente polo Tribunal Supremo en supostos de traballo non fronteirizo⁶⁶¹, que a ausencia da referencia ao nivel asistencial da protección por desemprego na notificación á que antes se aludiu, non abonda por si mesma para concluír que este tipo de prestacións quedan fóra do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social. Pola contra, entende o Tribunal que un exame do establecido na normativa de coordinación dos sistemas de Seguridade Social e da concepción do subsidio de desemprego na lexislación española “conduce a entender que tamén dita prestación se atopa incluída no ámbito de vixencia da norma comunitaria”⁶⁶². Conclúe o Tribunal indicando que o subsidio por desemprego non pode incluírse dentro do ámbito da asistencia social⁶⁶³, pois se configura no Dereito

⁶⁶¹ Véxase a Sentenza do 8 de outubro de 1991, ditada no recurso de casación para a unificación de doutrina número 515/1991 (referencia RJ 1991/7741), que se cita na de suplicación. As razóns polas que conclúe o Tribunal Supremo que o subsidio por desemprego para maiores de cincuenta e dous anos está incluído dentro do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social son, en esencia, as seguintes: o subsidio finánciase con cargo ao Estado; a súa concesión vincúlase a un previo período de cotización; a súa duración esténdese até a data na que o beneficiario alcanza a idade de xubilación; a súa contía equivale ao setenta e cinco por cento do salario mínimo interprofesional, á que se lle suman as cotizacións correspondentes a asistencia sanitaria e xubilación. Todo elo leva a concluír ao Alto Tribunal que este subsidio “supera amplamente os límites dunha mera «asistencia social»” (véxase o fundamento xurídico quinto da sentenza). Cómpre sinalar que tanto o suposto de feito que motivou o recurso de casación para unificación de doutrina resolto polo Tribunal Supremo nesta sentenza como o suposto de feito da sentenza de contraste, que se invocou polo recorrente, refírense a casos de migración non fronteiriza, en concreto a traballadores españois con períodos de cotización en Alemaña. Porén, a doutrina establecida polo Tribunal Supremo resulta tamén de interese para os casos de traballo fronteirizo, como o analizado pola sentenza do Tribunal Superior de Xustiza Vasco.

⁶⁶² Véxase o parágrafo cuarto, *initio*, do fundamento de dereito quinto da sentenza. Na resolución do recurso o Tribunal Superior de Xustiza de Euskadi establece que unha vez determinada a a aplicabilidade da normativa comunitaria de coordinación dos sistemas de Seguridade Social ao suposto analizado debe entenderse cumprido, por parte da demandante, o requisito de ter cotizado máis de seis anos por desemprego ao longo da vida laboral, pois os tiña cubertos en virtude do seu emprego por conta allea como traballadora fronteiriza en Francia. O Tribunal recorda que, malia que as cotizacións da traballadora foron previas á adhesión de España á Comunidade Económica Europea, resúltalle de aplicación ao caso a normativa comunitaria de coordinación dos sistemas de Seguridade Social, pois así se dispuxo no Tratado de adhesión (véxase o fundamento terceiro da sentenza).

⁶⁶³ Á que non lle resultaba de aplicación a normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social en virtude do establecido no apartado 4 do artigo 4 do Regulamento (CEE) número 1408/71. Cómpre indicar que á luz do actual Regulamento (CE) número 883/2004 a asistencia social tampouco entra dentro do ámbito de aplicación desta normativa, pois é expresamente excluída no apartado 5 do artigo 3 deste Regulamento, tanto na redacción orixinaria, como na dada polo Regulamento (CE) número 988/2009.

español “como un auténtico dereito que se vincula a un período previo de cotización”⁶⁶⁴.

241. Ademais do subsidio de desemprego español, outras prestacións públicas relacionadas coa perda de emprego, previstas nas lexislacións doutros Estados membros, presentaron problemas de encaixe dentro do concepto de prestacións de desemprego en supostos que afectaron a traballadores fronteirizos. Un dos supostos refírese a unha prestación en favor de traballadores agrícolas que quedaron en situación de desemprego como consecuencia de medidas para deixar en barbeito terras do seu antigo empresario, previsto na lexislación holandesa. Esta prestación é outorgada polo Fondo de desenvolvemento e saneamento para a agricultura (*Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw*)⁶⁶⁵.

242. Nun asunto onde se analizaba o dereito ao goce desta prestación por parte dun traballador fronteirizo, o Consello de Estado holandés preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se a unha prestación como a outorgada polo citado fondo lle resultan de aplicación os Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social, tendo en conta que a prestación “non depende da duración do desemprego e que forma parte dun conxunto de disposicións destinadas a mellorar a estrutura do sector agrícola, favorecendo especialmente o peche total ou parcial das explotacións e o cesamento da actividade dos empresarios”⁶⁶⁶. O Tribunal de Xustiza indica que o elemento clave para a determinación da natureza dunha prestación “baséase exclusivamente nos elementos constitutivos de cada prestación, principalmente na súa finalidade e nos requisitos para obtela, e non no feito de que unha prestación sexa ou non cualificada de prestación de Seguridade Social por unha lexislación nacional”⁶⁶⁷, polo que poderá considerarse de Seguridade Social cando se refira a algún dos riscos contemplados na normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social e cando se conceda aos beneficiarios sobre a base dunha situación legalmente definida “á marxe de calquera apreciación individual e

⁶⁶⁴ Véxase o parágrafo cuarto, *in fine*, do fundamento de dereito quinto da sentenza.

⁶⁶⁵ É unha persoa xurídica de Dereito privado que ten por obxecto estatutario promover o desenvolvemento e o saneamento da agricultura nos Países Baixos. Os recursos dos que dispón este Fondo proveñen do presuposto do Ministerio de Agricultura, Medio Ambiente e Pesca. Cómpre sinalar, ademais, que o citado Fondo ten como función a realización de tarefas públicas, entre elas, a execución no Dereito interno holandés dalgunhas disposicións comunitarias (véxase o apartado 7 da sentenza do caso Meints).

⁶⁶⁶ Véxase o apartado 21 da sentenza do caso Meints.

⁶⁶⁷ Véxase o apartado 22 da sentenza do caso Meints, no que se citan, en apoio desta doutrina, as Sentenzas do 10 de marzo de 1993, caso Comisión vs. Luxemburgo, asunto C-111/92 (apartado 28), e do 27 de marzo de 1985, caso Hoeckx, asunto 249/83 (apartado 11).

discrecional”⁶⁶⁸. Conclúe que a prestación controvertida non pode ser considerada unha prestación de desemprego⁶⁶⁹, pois para poder considerala como tal debería “estar destinada a substituír o salario deixado de percibir por razón de desemprego, co obxecto de axudar á manutención do traballador en situación de desemprego”⁶⁷⁰, o que entende que non ocorre na citada prestación⁶⁷¹.

243. O Alto Tribunal sustenta esta conclusión nas cinco seguintes razóns: 1) “o beneficiario da prestación de que se trata está obrigado a reembolsala se entra de novo ao servizo do seu antigo empresario dentro dos doce meses seguintes á data de resolución do contrato de traballo”⁶⁷², 2) “nin o dereito a percibir a prestación nin o seu importe dependen da duración do desemprego, xa que para ter dereito a ela abonda con que o antigo contrato de traballo tivera sido resolto e o beneficiario estea en situación de desemprego cando percibe a prestación”⁶⁷³, 3) “a prestación controvertida non se abona periodicamente, senón nunha soa vez e é por un importe fixo que só varia segundo a idade do interesado”⁶⁷⁴, 4) “dita prestación engádese ás prestacións de desemprego previstas polo réxime de Seguridade Social nacional, dado que o dereito a estas últimas non é máis que un dos requisitos para a súa concesión”⁶⁷⁵ e 5) “dita prestación ten a finalidade con carácter principal, de apoiar as consecuencias sociais das adaptacións estruturais no sector agrícola que a normativa comunitaria fixo necesarias, como é neste caso, o terse deixado a barbeito terras cultivábeis”⁶⁷⁶. Conclúe, pois, que a finalidade desta prestación “corresponde á dunha indemnización de despedimento financiada con fondos públicos no marco de medidas de acompañamento de ceses de actividades económicas”⁶⁷⁷ e non a unha prestación de desemprego⁶⁷⁸. Polo tanto, esta prestación non entra dentro do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación dos sistemas de Seguridade Social⁶⁷⁹.

⁶⁶⁸ Véxase o apartado 23 da sentenza do caso Meints, no que se cita, en apoio desta doutrina, a Sentenza do 2 de agosto de 1993, caso Acciardi, asunto C-66/92 (apartado 14).

⁶⁶⁹ Véxanse os apartados 25 e 26 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷⁰ Véxase o apartado 27 da sentenza do caso Meints, na que se cita a do 8 de xullo de 1992, caso Knoch, asunto C-102/91 (apartado 44).

⁶⁷¹ Véxase o apartado 28 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷² Véxase o apartado 29 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷³ Véxase o apartado 30 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷⁴ Véxase o apartado 31 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷⁵ Véxase o apartado 32 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷⁶ Véxase o apartado 33 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

⁶⁷⁸ Véxase o apartado 34 da sentenza do caso Meints.

⁶⁷⁹ Véxase o apartado 35 da sentenza do caso Meints.

244. Os puntos gratuítos de xubilación complementaria para os traballadores maiores de cincuenta e dous anos que cesaron anticipadamente na súa actividade —previstos no Convenio Xeral de Protección Social para os Traballadores das Sociedades Siderúrxicas do Leste e do Norte Afectadas polas Reconversiones (*Convention Générale de Protection Sociale pour le Personnel des Sociétés Sidérurgiques de L'est et du Nord Concernées par les Restructurations*)⁶⁸⁰—, constitúen outra prestación relacionada coa perda de emprego que o Tribunal de Xustiza entendeu non incluída dentro das prestacións de desemprego, razón pola que non lle resulta de aplicación a normativa da Unión de coordinación en materia de Seguridade Social. Entende, ademais, a norma que as establece (un convenio colectivo) non pode considerarse lexislación no sentido dos referidos Regulamentos⁶⁸¹.

2. Precisión en torno á aplicación dos principios de totalización de períodos nas prestacións de desemprego

245. A segunda precisión refírese á aplicación ás prestacións de desemprego de dous principios establecidos con carácter xeral para todas as categorías de prestacións de Seguridade Social no Regulamento (CE) número 883/2004. O artigo 6 establece o principio de totalización de períodos e o artigo 7 o de supresión das cláusulas de residencia. Pois ben, a aplicación destes principios xerais ás prestacións de desemprego presenta particularidades que deben ser salientadas toda vez que estas presentan, á súa vez, particularidades específicas nos supostos de traballo fronteirizo.

246. Con carácter xeral, o citado artigo 6 obriga ás institucións dos Estados membros a teren en conta “na medida necesaria, os períodos de seguro, de emprego, de actividade por conta propia ou de residencia cubertos baixo a lexislación de calquera outro Estado membro, como se se tratara de períodos cubertos baixo a lexislación que dita institución aplica”, cando a súa lexislación subordine a adquisición de determinados dereitos a teren cubertos baixo a mesma determinados períodos de seguro, de emprego ou de actividade por conta propia, ou a teren cubertos determinados períodos de residencia nese Estado membro⁶⁸². Sen embargo, para o caso das

⁶⁸⁰ Véxase *supra*, núm. 96 e ss.

⁶⁸¹ Véxanse os apartados 34, 35 e 43 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 24 de setembro de 1998, asunto C-35/97. A sentenza refírese á definición de lexislación dada na letra j) do artigo 1 do Regulamento (CEE) número 1408/71 que, para estes efectos, non difire da establecida no actual Regulamento (CE) número 883/2004.

⁶⁸² Indica que “salvo disposición en contrario do presente Regulamento, a institución competente dun Estado membro cuxa lexislación subordine: –a adquisición, a conservación, a

prestacións de desemprego, existe unha norma especial, contida no apartado 1 artigo 61⁶⁸³, que implica que a aplicación deste principio de totalización de períodos de seguro, de emprego ou de actividade por conta propia, estea supeditada a que o interesado tivera cumprido en último lugar (conforme á lexislación en virtude da cal solicita as prestacións) períodos de seguro, períodos de emprego ou períodos de residencia, se así o require esa lexislación para cada tipo de período. Pois ben, segundo determina o apartado 2 do citado artigo 61 do Regulamento de base⁶⁸⁴, esta esixencia adicional (prevista para a aplicación do principio de totalización ás prestacións de desemprego) non resulta, sen embargo, de aplicación aos traballadores fronteirizos nos supostos de desemprego total⁶⁸⁵.

3. Delimitación das figuras de desemprego parcial ou intermitente e desemprego total

247. Entrando na análise da normativa de aplicación ás prestacións de desemprego nos casos de traballo fronteirizo, débense distinguir dous tipos de desemprego, a saber: o desemprego parcial ou intermitente, por unha banda, e o desemprego total, por outra, pois cada un destes tipos de desemprego conta coa súa propia regulación, que será analizada polo miúdo máis adiante e que, en esencia, determina, para os supostos de desemprego parcial que os traballadores fronteirizos deban pórse a disposición da institución do Estado membro de emprego, mentres que nos

duración ou a recuperación do dereito ás prestacións, –a admisión a unha lexislación, ou –o acceso ou a exención do seguro obrigatorio, voluntario ou facultativo continuado, ao requisito de teren cuberto períodos de seguro, de emprego, de actividade por conta propia ou de residencia, terá en conta, na medida necesaria, os períodos de seguro, de emprego, de actividade por conta propia ou de residencia cubertos baixo a lexislación de calquera outro Estado membro, como se se tratara de períodos cubertos baixo a lexislación que dita institución aplica”.

⁶⁸³ O artigo titúlase, precisamente, “normas especiais sobre a totalización de períodos de seguro, de emprego ou de actividade”. O apartado primeiro do primeiro apartado establece que “a institución competente dun Estado membro cuxa lexislación subordine a adquisición, a conservación, a duración ou a recuperación do dereito ás prestacións ao requisito de ter cuberto períodos de seguro, de emprego ou de actividade por conta propia terá en conta, na medida necesaria, os períodos de seguro, de emprego ou de actividade por conta propia cubertos baixo a lexislación de calquera outro Estado membro como se se tiveran cuberto baixo a lexislación que esa institución aplica”. O parágrafo segundo do citado apartado 1 continúa indicando que “porén, cando a lexislación aplicábel supedite a concesión de determinadas prestacións ao cumprimento de períodos de seguro non se terán en conta os períodos de emprego ou de actividade por conta propia cumpridos baixo a lexislación doutro Estado membro, salvo en caso de que ditos períodos se tiveran considerado períodos de seguro de se ter cumprido de conformidade coa lexislación aplicábel”.

⁶⁸⁴ Estabelece o citado requisito adicional “salvo nos casos a que se refire a letra a) do apartado 5 do artigo 65”, dos que se tratará máis adiante.

⁶⁸⁵ Tampouco resulta de aplicación aos restantes traballadores que residiron nun Estado membro distinto do competente durante o seu último período de actividade por conta allea ou propia.

supostos de desemprego total establece que deban dirixirse á institución do Estado membro de residencia⁶⁸⁶. A Comisión Administrativa de Coordinación dos Sistemas de Seguridade Social ao respecto do actual Regulamento de base⁶⁸⁷ entende que o elemento clave para determinar a natureza do tipo de desemprego (parcial ou total) está na existencia ou o mantemento de “vínculo contractual laboral entre as partes” e non na “duración dunha suspensión temporal da actividade do traballador”⁶⁸⁸. Por elo “unha persoa que siga empregada por unha empresa nun Estado membro distinto do de residencia, pero cuxa actividade quedara en suspenso aínda que coa posibilidade de reincorporarse ao seu posto de traballo en calquera momento, considerarase en situación de desemprego parcial”⁶⁸⁹, porén, “en ausencia de vínculo laboral contractual, unha persoa que xa non teña vínculo algún co Estado membro de emprego (por exemplo, por terse rescindido o contrato ou por terse extinguido a relación laboral contractual), considerarase que se atopa en situación de desemprego total”⁶⁹⁰.

b) Desemprego parcial ou intermitente

248. A regulación do desemprego parcial ou intermitente nos supostos de traballo fronteirizo dentro Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social é a mesma que a establecida para os

⁶⁸⁶ Véxanse os apartados 1 e 2 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁶⁸⁷ Véxase a Decisión número U3, do 12 de xuño de 2009, relativa ao ámbito de aplicación do concepto «desemprego parcial» aplicábel ás persoas desempregadas a que se refire o artigo 65, apartado 1, do Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello (DO C número 106, do 24 de abril de 2010), que establece a distinción entre os dous supostos. Tamén pode verse, ao respecto do apartado 2 do artigo 65 a Decisión número U2, da mesma data e publicación que a anterior, relativa ao ámbito de aplicación do artigo 65, apartado 2, do Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, que se refire ao dereito ás prestacións das persoas en situación de desemprego total, que non sexan traballadores fronteirizos, residentes no territorio dun Estado membro distinto do Estado membro competente durante o seu último período de actividade por conta allea ou por conta propia. A delimitación entre o desemprego parcial e o total efectuada pola Comisión Administrativa na citada decisión non é novidosa, pois reproduce, en esencia, a establecida con anterioridade, ao respecto do Regulamento (CEE) número 1408/71, pola Comisión Administrativa das Comunidades Europeas para a Seguridade Social dos Traballadores Migrantes por medio da Decisión número 205, do 17 de outubro de 2005. Esta última foi ditada pola citada Comisión tendo en consideración a doutrina establecida ao respecto polo Tribunal de Xustiza na Sentenza do caso R. J. de Laat [Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 15 de marzo de 2001, asunto C-444/98].

⁶⁸⁸ Véxase o apartado número 1 da Decisión.

⁶⁸⁹ Véxase o apartado número 2 da Decisión.

⁶⁹⁰ Véxase o apartado número 3 da Decisión. No que atinxe ao emprego por conta propia, considerarase que existe situación de desemprego total cando a persoa con este tipo de emprego “non realice actividade profesional ou comercial algunha no Estado membro de actividade” (véxase o apartado número 4 da Decisión).

restantes traballadores que residan en Estado membro distinto do Estado membro competente. En efecto, o artigo 65 do Regulamento de base, titulado “persoas desempregadas que residen nun Estado membro distinto do competente”, determina no seu apartado 1 que os traballadores fronteirizos que queden en situación de desemprego parcial ou intermitente deban “pórse a disposición do seu empresario ou dos servizos de emprego do Estado membro competente” (isto é, o Estado membro de emprego).

249. O dereito que teñen os traballadores fronteirizos a percibiren prestacións de desemprego parcial deberá determinarse pola lexislación do Estado membro de emprego quen, para estes efectos, deberá considerar a estes traballadores “como se residiran en dito Estado membro”, de modo que non se poderá negar este dereito nin establecer limitación algunha ao seu gozo por parte dos traballadores fronteirizos polo feito de residiren noutro Estado membro. As prestacións que lles correspondan aos citados traballadores deberán ser outorgadas por parte da institución do Estado membro competente⁶⁹¹. Nin o Regulamento de base nin o de aplicación establecen máis disposicións relativas ao suposto de desemprego parcial ou intermitente dos traballadores fronteirizos nin, máis xenericamente, das persoas desempregadas que residiran durante o seu último emprego nun Estado membro distinto do Estado membro competente.

250. Segundo tivo ocasión de declarar o Tribunal de Xustiza, o lexislador da Unión optou por atribuír a competencia nos supostos de desemprego parcial ou intermitente ás autoridades do Estado membro de emprego (quen deberán outorgar as prestacións correspondentes segundo a súa propia lexislación), por entender que son as institucións dese Estado membro as que están en mellor situación de axudar ao traballador a atopar un posto de traballo complementario ao que xa ocupa nese Estado membro, pois o máis probábel é que o novo posto de traballo, por razóns de compatibilidade, deba realizarse tamén no Estado membro de emprego⁶⁹².

c) Desemprego total

251. A regulación do desemprego total dos traballadores fronteirizos presenta unha maior complexidade e litixiosidade que a dos supostos de desemprego parcial ou intermitente deses traballadores. En efecto, os traballadores fronteirizos en situación de desemprego total teñen a obriga de pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia, pero, ademais, poden como medida complementaria pórse a

⁶⁹¹ Véxase o apartado 1 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁶⁹² Véxase o apartado 35 da Sentenza de Laat.

disposición dos servizos de emprego do Estado membro de emprego. Tamén poden desprazarse temporalmente a outro Estado membro para procurar nel un emprego e mesmo poden trasladar a súa residencia ao Estado membro do seu último emprego. Por último, debe facerse referencia ao suposto de desemprego total de traballadores por conta propia cando o Estado membro de residencia careza dun sistema de prestacións de desemprego para estes traballadores. No presente apartado analizaranse separadamente cada unha destas posibilidades, así como as consecuencias da percepción da prestación de desemprego total para os efectos doutras prestacións.

1. Posta a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia

252. No caso de desemprego total, os traballadores fronteirizos deberán poñerse “a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia”, pois así o determina o apartado 2 do artigo 65 do Regulamento de base⁶⁹³. Para tal efecto, “deberán se rexistrar como demandantes de emprego nos servizos de emprego do Estado membro en que residan, someterse ao procedemento de control organizado por este e cumprir os requisitos que estableceza a lexislación de dito Estado membro”⁶⁹⁴. A institución deste Estado membro será quen outorgue as prestacións de desemprego total a estes traballadores, e deberá facelo conforme á súa propia lexislación como se estas persoas “tiveran estado suxeitas á lexislación deste durante o seu último período de actividade por conta allea ou propia”⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Véxase o parágrafo primeiro do apartado. Aos traballadores fronteirizos non lles resulta de aplicación a disposición contida no parágrafo segundo que establece que as persoas en situación de desemprego —suponse que total— “que non regresen ao seu Estado membro de residencia se porán a disposición dos servizos de emprego do Estado membro a cuxa lexislación tiveran estado suxeitas en último lugar”. Cómpre precisar que a dicción literal do parágrafo se refire xenericamente “as persoas en situación de desemprego”, pero debe entenderse que se refire unicamente ás que están en situación de desemprego total, pois está dentro do apartado referido a esta situación. Nótese que o artigo exclúe expresamente aos traballadores fronteirizos: “bardante os traballadores fronteirizos”. De todos modos, aínda que non os excluíra expresamente, tampouco lles resultaría de aplicación pois contempla un suposto que non resulta posíbel nos supostos de traballo fronteirizo. O artigo refírese aos traballadores en situación de desemprego que non regresen ao seu Estado membro de residencia, o que só poderá ocorrer nos supostos de estancia en Estado membro distinto do de residencia, circunstancia que non se dá nos supostos de traballo fronteirizo pero si noutros supostos de traballo en Estado membro distinto do Estado membro de residencia, nomeadamente no traballo de temporada. Para a distinción entre os supostos de estancia e de residencia véxase o artigo 1, letras j) e k) do Regulamento (CEE) número 883/2004.

⁶⁹⁴ Véxase o apartado 3 do artigo 65, *initio*, do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁶⁹⁵ Véxase a letra a) do apartado 5 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004. Aos traballadores fronteirizos non se lles aplica a letra b) do citado apartado que determina que “o

253. A decisión de someter ao traballador fronteirizo en desemprego total á lexislación do Estado de residencia supón unha excepción á norma xeral de conexión destes traballadores co Estado membro de emprego⁶⁹⁶. Esta excepción xustifícase, segundo tivo ocasión de declarar o Tribunal de Xustiza no caso *Rebmann*⁶⁹⁷, pola intención de “evitar ao traballador fronteirizo os inconvenientes prácticos que lle suporía unha conexión co Estado de emprego”, e por entender que “a súa obriga de pórse e manterse a disposición dos servizos de emprego execútase [...] máis facilmente no Estado de residencia”, considerándose ademais que “os servizos de emprego deste Estado son os máis capacitados para aboar as prestacións por desemprego, asegurándose de que o interesado reúne os requisitos para beneficiarse delas, facilitando ao mesmo tempo a súa reinserción profesional”⁶⁹⁸. En definitiva, e segundo indicou o Tribunal de Xustiza no caso de *Laat*⁶⁹⁹, o obxectivo desta medida non é outro que “garantir ao traballador migrante a percepción das prestacións por desemprego nas condicións máis favorábeis mentres procura un novo emprego”⁷⁰⁰, ao presumir implicitamente que os traballadores fronteirizos desempregados encontrarán no Estado membro de residencia “condicións máis favorábeis para atopar un novo emprego”⁷⁰¹.

254. Sendo esa finalidade facilitadora a que determinou que o lexislador da Unión establecese unha excepción á norma xeral de conexión destes traballadores co Estado membro de emprego nos casos de desemprego total, cuestionouse (sobre a base do anterior Regulamento de base) se era posíbel non aplicar tal excepción nos casos nos que efectivamente o traballador fronteirizo conservase maiores vínculos persoais e profesionais

traballador que non sexa un traballador fronteirizo ao que se lle tiveran concedido prestacións a conta da institución competente do Estado membro a cuxa lexislación tivera estado suxeito en último lugar recibirá en primeiro lugar, ao regresar ao Estado membro de residencia, prestacións de conformidade co artigo 64, suspendéndose a percepción de prestacións de conformidade coa letra a) mentres perciba prestacións de conformidade coa lexislación á que tivera estado suxeito en último lugar”.

⁶⁹⁶ Véxase o título II, denominado “determinación da lexislación aplicábel”, do Regulamento (CE) número 883/2004, nomeadamente a letra a) do apartado 3 do artigo 11. CABEZA PEREIRO, J., en “Os traballadores transfronteirizos”, cit., (páx. 43) indica que a regra contida no apartado 2 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004 “constitúe unha ficción xurídica conforme á cal debe considerarse que ...[os traballadores fronteirizos]... permanecerán sometidos á lexislación do Estado de residencia mentres ocupaban o seu último emprego”.

⁶⁹⁷ Véxase *supra*, núm. 218.

⁶⁹⁸ Véxase o apartado 14 da sentenza *Rebmann*. Véxase tamén o apartado 30 *in initio* da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 6 de novembro de 2003.

⁶⁹⁹ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Quinta) do 15 de marzo de 2001, asunto C-444/98.

⁷⁰⁰ Véxase o apartado 32 da sentenza de *Laat*.

⁷⁰¹ Véxase o apartado 33 da sentenza de *Laat*. Véxase tamén o apartado 20 da sentenza *Bergemann*.

no Estado membro de emprego, que implicaran que tivera nese Estado membro maiores oportunidades para atopar un novo emprego que no Estado membro de residencia. Esta posibilidade foi analizada polo Tribunal de Xustiza no caso Miethe⁷⁰², que era un cidadán alemán que, conservando o seu traballo e unha posibilidade de aloxamento en Aquisgrán (Alemaña), trasladou o seu domicilio a Eynatten (Bélxica). Malia figurar empadroadado nesta última cidade realizou unha declaración de residencia en Aquisgrán co obxecto de conservar a súa tarxeta de identidade profesional⁷⁰³. Ao perder o seu emprego, o Sr. Miethe non solicitou as prestacións de desemprego en Bélxica pero si en Aquisgrán, onde se puxo a disposición dos seus servizos de emprego que rexeitaron a súa solicitude debido a que o Sr. Miethe non tiña o seu domicilio nin a súa residencia habitual en Alemaña. Aproximadamente nove meses despois de perder o emprego, atopou unha nova ocupación en Alemaña⁷⁰⁴.

255. A cuestión que se formulou ao Tribunal de Xustiza por parte do órgano xurisdiccional de remisión neste asunto foi se un traballador fronteirizo en paro total que conserve no Estado membro de emprego vínculos profesionais e persoais particularmente fortes está obrigado a pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia, ou pode pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de emprego⁷⁰⁵. Na súa resposta a esta cuestión o Tribunal de Xustiza partiu do feito de recoñecer que a regra que obriga a un traballador fronteirizo en paro total a pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia “presumiu implícitamente que dito traballador gozaba en dito Estado de condicións máis favorábeis para

⁷⁰² Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Terceira) do 12 de xuño de 1986, asunto 1/85. Neste asunto tamén se lle preguntou ao Tribunal de Xustiza se a regra que determina que os traballadores fronteirizos en paro total soliciten as súas prestacións de desemprego no Estado membro de residencia “exclúe o dereito do interesado a reclamar prestacións á institución competente do Estado no que estaba empregado mesmo cando malia a súa residencia no estranxeiro, tal dereito élle recoñecido en virtude da lexislación do Estado no que estaba empregado con base, fundamentalmente, no feito de que o traballador fronteirizo en paro segue a disposición dos servizos de emprego do Estado en que exerceu a súa actividade” (apartado 7 da sentenza). Na súa resposta o Tribunal de Xustiza recordou que unha das finalidades da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social é precisamente a de “coordinar as lexislacións nacionais de Seguridade Social no marco da libre circulación dos traballadores nacionais dos Estados membros” e que esta finalidade se descoñecería de ser considerar a normativa nacional illadamente e sen referencia á normativa comunitaria. Non poderá, por tanto, entenderse a ese traballador lle asista un dereito de opción entre recibir as prestacións no Estado membro de emprego ou no Estado membro de residencia, pois tal dereito non se recoñece na normativa comunitaria de coordinación (apartado 11 da sentenza).

⁷⁰³ Véxanse os apartados 3 e 4 da sentenza Miethe.

⁷⁰⁴ Véxase o apartado 5 da sentenza Miethe.

⁷⁰⁵ Véxase o apartado 7 da sentenza Miethe.

atopar un novo emprego”⁷⁰⁶. Tamén recoñeceu que a finalidade perseguida pola norma “non pode sen embargo alcanzarse cando un traballador en paro total, por máis que reúna os requisitos fixados [...] conserve excepcionalmente no Estado en que tivo o seu último emprego, vínculos persoais e profesionais de tal natureza que sexa en dito Estado onde dispón das mellores oportunidades de reinserción profesional”. Neste caso, concluíu o Tribunal, ese traballador debe ser considerado como non fronteirizo para os efectos da percepción das prestacións de desemprego⁷⁰⁷. Rematou o Tribunal de Xustiza indicando que será o órgano xurisdiccional nacional o único competente para determinar se tales circunstancias se presentan nun caso concreto e en consecuencia ese traballador deba ser considerado como traballador non fronteirizo para os efectos das prestacións de desemprego⁷⁰⁸.

256. A vixencia desta doutrina foi cuestionada tras a entrada en vigor e posterior aplicación do Regulamento (CE) número 883/2004 e consecuente derogación do Regulamento (CEE) número 1408/71. O cuestionamento da doutrina Miethe á luz do novo Regulamento de coordinación en materia de Seguridade Social ten como causa o contido do artigo 65, relativo ás prestacións de desemprego no caso de residencia en Estado membro distinto do competente que, como se verá, ofrece expresamente ao traballador en situación de desemprego total a posibilidade de se inscribir como demandante de emprego no Estado membro de emprego. Dada a existencia desta nova opción, preguntóuselle ao Tribunal de Xustiza sobre a continuidade desta doutrina á luz da nova normativa, isto é, se “segue sendo aplicábel, de acordo co Regulamento nº 883/2004, o efecto adicional da sentenza Miethe ditada durante o período de vixencia do Regulamento nº 1408/71 ...[consistente en]... conceder un dereito de elección ao traballador fronteirizo atípico fronte ao Estado membro no que se pon a disposición do servizo de emprego e do cal percibe unha prestación de desemprego sobre a base de que no Estado membro da súa elección as oportunidades de reincorporación á vida laboral activa son maiores” ou si, pola contra “o artigo 65 do Regulamento nº 883/2004, considerado no seu conxunto, xa garante abondo que o traballador en situación de desemprego total perciba unha prestación nunhas condicións que para el sexan máis favorábeis para procurar traballo, e perdeu a sentenza Miethe o seu valor engadido”⁷⁰⁹. Tras analizar o contido da regulación das prestacións de

⁷⁰⁶ Véxase o apartado 17 da sentenza Miethe.

⁷⁰⁷ Véxase o apartado 18 da sentenza Miethe.

⁷⁰⁸ Véxase o apartado 19 da sentenza Miethe.

⁷⁰⁹ Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 11 de abril de 2013, asunto C-443/2011), caso Jeltens, Peeters e Arnold.

desemprego no Regulamento (CE) número 883/2004 e dos traballos preparatorios ao mesmo, o Tribunal de Xustiza conclúe que xa non resulta de aplicación a citada doutrina, pois non figura incluída no seu articulado, argumentado que, se o lexislador tivera intención de incluír esa posibilidade na nova normativa, teríao feito expresamente, cousa que non fixo⁷¹⁰.

257. Tal como se veu, o apartado 2 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004 obriga ao traballador fronteirizo en situación de desemprego a poñerse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia. Para realizar o cálculo das prestacións que lle correspondan a estes traballadores⁷¹¹, a institución do lugar de residencia deberá ter en conta “a retribución ou os ingresos profesionais do interesado no Estado membro a cuxa lexislación tivera estado suxeito durante a súa última actividade por conta allea ou propia”⁷¹² (isto é, o Estado membro de emprego). En consecuencia, a institución do lugar de residencia deberá dirixir unha solicitude á institución correspondente do Estado membro de emprego, quen lle deberá comunicar sen demora “todos os datos necesarios para calcular as prestacións de desemprego que poida obter no Estado membro de residencia e, en particular, o importe do salario ou dos ingresos profesionais percibidos”⁷¹³.

258. A institución do Estado membro de residencia virá obrigada a considerar o importe do salario ou dos ingresos reais percibidos polo traballador, e non poderá ter en consideración os límites máximos de cotización que, eventualmente, poidan existir no Estado membro de emprego. Determinouno así —á luz da normativa anterior⁷¹⁴— o Tribunal de Xustiza no caso *Grisvard e Kreitz*⁷¹⁵, que eran dous traballadores fronteirizos residentes en Francia e empregados, por conta allea, en Alemaña. Tras quedaren en situación de desemprego total e solicitaren as

⁷¹⁰ Véxanse os apartados 18 a 33 da sentenza do caso *Jeltes, Peeters e Arnold*.

⁷¹¹ A norma para o cálculo das prestacións de desemprego dos traballadores fronteirizos e dos outros traballadores que residen nun Estado membro distinto do Estado membro de emprego é diferente á dos demais traballadores. Para estes últimos dispónse que, no caso de que a súa lexislación basee o cálculo das prestacións na contía da retribución ou dos ingresos profesionais do beneficiario, a institución competente teña exclusivamente en conta “o soldo ou os ingresos profesionais percibidos polo interesado con motivo da súa última actividade como traballador por conta allea ou propia conforme a dita lexislación”, pois así o determina o apartado 1 do artigo 62 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷¹² Véxase o apartado 3 do artigo 62 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷¹³ Véxase o apartado 2 do artigo 54 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁷¹⁴ Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁷¹⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Primeira) do 1 de outubro de 1992, asunto C-201/91.

prestacións, a institución de desemprego francesa efectuou o cálculo das prestacións que lles correspondían sobre a base das retribucións destes traballadores en Alemaña, pero aplicando o límite máximo que establece a lexislación alemá para o réxime do Seguro por desemprego⁷¹⁶. O tribunal francés que coñeceu o recurso presentado polos traballadores fronte á decisión da institución de desemprego, elevou unha cuestión prexudicial ao Tribunal de Xustiza, na que lle preguntou se “a institución do Estado de residencia encargada de aboar as prestacións por desemprego aos traballadores fronteirizos en situación de desemprego total pode aplicar á retribución que sirva de base para o cálculo de ditas prestacións os límites máximos de cotización existentes no Estado de emprego”⁷¹⁷.

259. Da lectura da norma que regula a prestación de desemprego total dos traballadores fronteirizos⁷¹⁸, o Tribunal de Xustiza conclúe que o “artigo prescribe claramente a aplicación exclusiva da lexislación do Estado membro de residencia e exclúe, por conseguinte, a lexislación do Estado de emprego, comprendendo, no seu caso, as normas relativas aos límites máximos”⁷¹⁹. Entende, ademais, o Alto Tribunal que esta interpretación é conforme co obxectivo da norma, que non é outro que “o de asimilar o réxime de prestacións por desemprego dos traballadores fronteirizos ao dos traballadores que ocuparon o seu último emprego no Estado de residencia”, e que “ dita asimilación correría perigo se as prestacións por desemprego dos traballadores fronteirizos estiveran suxeitas a un límite máximo, propio do sistema doutro Estado membro, que non fora aplicábel á maioría dos traballadores no Estado membro de residencia”⁷²⁰.

260. A doutrina sentada polo Tribunal de Xustiza relativa á inaplicabilidade dos límites máximos de cotización existentes no Estado membro de emprego continúa resultando de aplicación co actual Regulamento (CE) número 883/2004, que determina tamén que estes traballadores reciban as prestacións conforme á lexislación do Estado membro de residencia. Téñase en conta que o anterior Regulamento de base nin sequera incluía na normativa relativa ao cálculo da prestación de desemprego unha

⁷¹⁶ Véxanse os apartados 3, 4, e 5 da sentenza Grisvard e Kreitz.

⁷¹⁷ Véxase o apartado 10 da sentenza Grisvard e Kreitz.

⁷¹⁸ O artigo 71.1.a) ii) do Regulamento (CEE) número 1408/71 establecía que “o traballador fronteirizo que se atope en paro total gozará das prestacións conforme ao disposto na lexislación do Estado membro en cuxo territorio resida, como se tivera estado sometido a dita lexislación mentres ocupaba o seu último emprego”.

⁷¹⁹ Véxase o apartado 16 da sentenza Grisvard e Kreitz. Véxase tamén, no mesmo sentido, o apartado 30, *in fine*, da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 6 de novembro de 2003, asunto C-311/01, caso Comisión vs. Países Baixos.

⁷²⁰ Véxase o apartado 17 da sentenza Grisvard e Kreitz.

disposición equivalente á existente no apartado 3 do artigo 62 do actual⁷²¹, que para os supostos de traballo fronteirizo determina expresamente a necesidade de ter en consideración a retribución ou os ingresos profesionais do interesado no Estado membro de emprego⁷²². Malia isto, o Tribunal de Xustiza xa viña entendendo, nos casos de traballo fronteirizo, a necesidade de ter en consideración esas retribución para os efectos de realizar o cálculo da prestación⁷²³.

261. Aínda que as prestacións de desemprego total dos traballadores fronteirizos sexan facilitadas pola institución do Estado membro de residencia, a institución do Estado membro de emprego deberá reembolsar a aquela o importe total das prestacións facilitadas durante os tres primeiros meses, co límite do importe que lle correspondería pagar por estas prestacións conforme á súa propia lexislación⁷²⁴. Este límite corresponderá coa contía da prestación á que tería dereito o traballador fronteirizo desempregado de conformidade coa lexislación do Estado membro de emprego⁷²⁵. É posíbel, con todo, que o período de reembolso de tres meses se vexa ampliado a cinco meses “cando o interesado tivera completado, nos vinte e catro meses anteriores, períodos de actividade por conta allea ou propia por un total de polo menos doce meses no Estado membro a cuxa lexislación tivera estado suxeito en último lugar, cando ditos períodos poidan terse en conta para xerar un dereito a prestacións de desemprego”⁷²⁶.

⁷²¹ Véxase o artigo 68 do Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁷²² O apartado indica que “a institución do lugar de residencia terá en conta a retribución ou os ingresos profesionais do interesado no Estado membro a cuxa lexislación tivera estado suxeito durante a súa última actividade por conta allea ou propia, conforme ao Regulamento de aplicación”.

⁷²³ Sobre as razóns da necesidade de tomar en consideración as retribucións do Estado membro de emprego, véxanse os apartados 12 a 15 da sentenza *Grisvard e Kreitz*, onde se cita a do 28 de febreiro de 1980, asunto 67/1979, caso *Fellinger*, apartado 6.

⁷²⁴ Véxase o apartado 6 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004. Nótese que a redacción do artigo establece que “as prestacións facilitadas pola institución do lugar de residencia de conformidade co apartado 5 seguirán correndo a cargo de esta”, cando tería que indicar que correrán.

⁷²⁵ Véxase o parágrafo quinto do artigo 70 do Regulamento (CE) número 987/2009, que fala da “contía da prestación á que a persoa de que se trate tería dereito de conformidade coa lexislación do Estado membro ao que estivo suxeito en último lugar se estaba inscrita nos servizos de emprego de dito Estado membro”. Porén, nas relacións entre Bélxica, República Checa, Alemaña, Austria, Eslovaquia e Finlandia, que son os Estados membros incluídos no anexo V do Regulamento de aplicación, “as institucións competentes dun deses Estados membros a cuxa lexislación estaba suxeita en último lugar a persoa de que se trate determinarán a contía máxima en cada caso particular tomando como base a contía media das prestacións de desemprego concedidas no ano civil anterior de conformidade coa lexislación de dito Estado membro”.

⁷²⁶ Véxase o apartado 7 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004.

2. Posta a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de emprego como medida complementaria

262. Os traballadores fronteirizos en situación de desemprego total, ademais de cumpriren a obriga de pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia, poderán tamén, “como medida complementaria, pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de emprego”⁷²⁷, en cuxo caso “deberán cumprir os requisitos aplicábeis en dito Estado membro”⁷²⁸ e informarán diso “á institución e aos servizos de emprego do seu lugar de residencia”⁷²⁹. De optar o traballador pola dobre inscrición, os servizos de emprego do Estado membro de residencia deberán transmitir, a petición dos servizos de emprego do Estado membro de emprego, “os datos pertinentes relativos á inscrición e á procura de emprego por parte do desempregado”⁷³⁰. No caso de que as lexislacións dos Estados membro de emprego e de residencia establezan a esixencia do “cumprimento de determinadas obrigas ou a procura de emprego por parte do desempregado, terán carácter prioritario os compromisos e actividades de procura de emprego do desempregado no Estado membro de residencia” fronte aos do Estado membro de emprego⁷³¹, dado que o incumprimento por parte do traballador fronteirizo desempregado das obrigas e actividades de procura de emprego que se lle impoñan no Estado membro de emprego “non afectará ás prestacións concedidas no Estado membro de residencia”⁷³².

3. Desprazamento temporal a outro Estado membro na procura de emprego

263. Por último, os traballadores fronteirizos teñen tamén aberta a posibilidade, ao igual que os restantes traballadores aos que lles resultan de

⁷²⁷ O apartado 2 do artigo 65, *in fine*, do Regulamento (CE) número 883/2004 refírese ás “persoas en situación de desemprego total que durante o seu último período de actividade por conta allea ou propia residiran nun Estado membro distinto do Estado membro competente”. Esta posibilidade é diferente e complementaria á prevista con carácter xeral no artigo 64 do Regulamento (CE) número 883/2004 para todos os supostos de desemprego, que permite o desprazamento temporal do traballador desempregado a outro Estado membro para a procura dun emprego. Esta posibilidade será analizada máis adiante.

⁷²⁸ Véxase o apartado 3 do artigo 65, *in fine*, do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷²⁹ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 1 do artigo 56 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁷³⁰ Véxase o parágrafo segundo do apartado 1 do artigo 56 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁷³¹ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 2 do artigo 56 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁷³² Véxase o parágrafo segundo do apartado 2 do artigo 56 do Regulamento (CE) número 987/2009.

aplicación os Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social, de desprazárense temporalmente a outro Estado membro para procurar nel un emprego, sen perderen o dereito ás prestacións⁷³³. Este dereito aparece regulado no artigo 64 do Regulamento de base (titulado “desprazamento de desempregados a outro Estado membro”) e no artigo 55 do Regulamento de aplicación (titulado “condicións e límites da conservación do dereito ás prestacións para un desempregado que se despraza a outro Estado membro”), e lles concede un período de tres meses⁷³⁴, prorrogábel até seis, para procurar emprego noutro Estado membro conservando o dereito ás prestacións de desemprego.

264. Esta posibilidade foi cuestionada ao respecto da súa aplicabilidade nos casos de desemprego de traballadores fronteirizos, ao entenderse que para ter dereito ao desprazamento temporal era preciso que o desempregado tivera recoñecido o seu dereito ás prestacións directamente na propia lexislación nacional do Estado membro no que as estaba gozando, e non en virtude doutra disposición da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social, que é o que acontece nos supostos de traballo fronteirizo⁷³⁵.

265. A cuestión foi presentada ao Tribunal de Xustiza por parte da Comisión tras recibir unha queixa dun traballador fronteirizo a quen as autoridades holandesas lle negaban a posibilidade de continuar recibindo as prestacións de desemprego no caso de que se desprazara temporalmente a outro Estado membro na procura de emprego⁷³⁶. O traballador en cuestión residía nos Países Baixos e traballara, en calidade de traballador fronteirizo, en Alemaña. Tras quedar en situación de paro total comezou a gozar das prestacións de desemprego en Holanda. Dado que tiña previsto desprazarse a Francia na procura dun novo emprego preguntoulle á institución

⁷³³ Para unha análise da exportabilidade da prestación de desemprego no seo da Unión Europea, véxase ARIETA MARTÍNEZ, M., “Coordinación de los sistema europeos de seguridad social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación el Reglamento (CE) núm. 883/2004”, en *El futuro europeo de la protección social*, Ediciones Laborum (Murcia, 2010), páxs. 167 a 189.

⁷³⁴ Este período “*puede calificarse de breve*” (véxase MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, cit., páx. 61).

⁷³⁵ Co actual Regulamento (CE) número 883/2004 esta posibilidade non é cuestionada. Véxase ao respecto FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, cit., páx. 111, no que cita a ARIETA MARTÍNEZ, M., “Coordinación de los sistema europeos de seguridad social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación el Reglamento (CE) núm. 883/2004”, cit., páxs. 171 e 172.

⁷³⁶ Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 6 de novembro de 2003, asunto C-311/01.

holandesa se continuaría gozando da súa prestación de desemprego durante o seu desprazamento. A resposta da institución holandesa foi negativa e estaba fundamentada na condición de traballador fronteirizo do solicitante⁷³⁷.

266. O Tribunal de Xustiza indica que, segundo se desprende da propia normativa reguladora do desemprego total dos traballadores fronteirizos, a institución do Estado membro de residencia é a institución competente para o abono das prestacións⁷³⁸. Engade que a norma que regula o desemprego total nos supostos de traballo fronteirizo establececeu unha excepción á norma xeral de conexión á lexislación do Estado membro de emprego, baseada en razóns de orde práctica. É esta norma a que determina que sexa a lexislación do Estado membro de residencia a que se aplique, con exclusión da lexislación do Estado membro de emprego⁷³⁹, resultando irrelevante para tales efectos que o sometemento do traballador fronteirizo en paro total á lexislación do Estado membro de residencia se deba a unha ficción xurídica⁷⁴⁰. En consecuencia, a normativa comunitaria determina que sexa o Estado membro de residencia o único que resulte competente para o abono das prestacións de desemprego ao traballador fronteirizo en paro total, o que deberá facer conforme á súa propia lexislación e por medio das súas institucións. Polo tanto, será este Estado membro “o único en condicións de garantir unha posíbel conservación das citadas prestacións en favor do referido traballador cando este último se despraza a outro Estado membro para procurar alí un emprego”⁷⁴¹.

267. Finalmente entende que da lectura da normativa comunitaria de coordinación de Seguridade Social se desprende que non existe disposición algunha que permita soste que non lles resulte de aplicación aos traballadores fronteirizos a posibilidade de se acoller ao desprazamento temporal a outro Estado membro para procurar emprego⁷⁴². En efecto, nin a lectura na norma que regula a prestación de desemprego total dos traballadores fronteirizos, que ten por finalidade “asimilar o réxime das prestacións de desemprego dos traballadores fronteirizos ao dos

⁷³⁷ Véxanse os apartados 8 a 10 da sentenza Comisión vs. Holanda.

⁷³⁸ Véxase o apartado 29 da sentenza Comisión vs. Holanda.

⁷³⁹ Véxase o apartado 30 da sentenza Comisión vs. Holanda, na que se citan as Sentenzas do 28 de xuño de 1988, asunto 58/1987, caso Rebmann, apartados 13 a 15; do 8 de xullo de 1993, asunto C-102/1991, caso Knoch, apartado 32 (suposto de traballo non fronteirizo); do 1 de outubro de 1992, asunto C-201/1991, caso Grisvard e Kreitz, apartado 16; e do 12 de xuño de 1986, asunto 1/1985, caso Miethe, apartado 12.

⁷⁴⁰ Véxase o apartado 31 da sentenza Comisión vs. Holanda.

⁷⁴¹ Véxase o apartado 33 da sentenza Comisión vs. Holanda.

⁷⁴² Véxase o apartado 34 da sentenza Comisión vs. Holanda.

traballadores que exerceron o seu último emprego no Estado de residencia”⁷⁴³, nin o espírito na norma que establece o dereito ao desprazamento temporal, permiten entender que se tivera pretendido excluír do seu goce aos traballadores fronteirizos en paro total⁷⁴⁴. Recordamos o Alto Tribunal que, segundo tiña establecido nunha consolidada xurisprudencia, o establecemento do dereito ao desprazamento temporal dos traballadores desempregados ten como obxecto “favorecer a mobilidade de quen solicitan emprego e contribuír a garantir a libre circulación dos traballadores”⁷⁴⁵. Unha interpretación que concluíra que os traballadores fronteirizos en paro total non teñen dereito a acollerse a esta posibilidade resultaría incompatíbel con ese obxectivo. Ademais, colocaría aos traballadores fronteirizos en peor situación que os restantes traballadores. Estariase, en definitiva, penalizando a estes traballadores por teren exercido o dereito á libre circulación⁷⁴⁶. Malia que o recurso da Comisión foi presentado baixo a vixencia dos Regulamentos (CEE) número 1408/71 e 574/72, a doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza neste asunto continúa resultado de aplicación cos actuais Regulamentos (CE) número 883/2004 e 987/2009 dada a substancial identidade da regulación baixo as dúas normativas.

4. Desprazamento ou traslado ao Estado membro de emprego

268. O desprazamento do traballadores fronteirizos desempregados a un terceiro Estado membro na procura de emprego non presenta outras especificidades con respecto aos restantes traballadores que as indicadas anteriormente. Sen embargo, cando o desprazamento ou o traslado se produza ao propio Estado membro de emprego, a situación presenta certas particularidades. Para a súa comprensión resulta oportuno analizar a doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza baixo a normativa anterior, coa finalidade de determinar a aplicabilidade de tal doutrina ás situacións que deban rexerse polos actuais Regulamentos. Por tanto, deben ser traídas aquí dúas sentenzas do Tribunal de Xustiza nas que o Alto Tribunal tivo que contestar a cuestións prexudiciais referidas a dous supostos de traballadores fronteirizos que, tras percibiren prestacións de desemprego no Estado membro de residencia, decidiron trasladarse ao Estado membro de

⁷⁴³ Véxase o apartado 35 da sentenza Comisión *vs.* Holanda, no que se cita a sentenza Grisvard e Kreitz, apartado 17.

⁷⁴⁴ Véxase o apartado 36 da sentenza Comisión *vs.* Holanda.

⁷⁴⁵ Véxase o apartado 39 da sentenza Comisión *vs.* Holanda, no que se cita as Sentenzas do 10 de maio de 1990, asunto C-163/1989, caso Di Conti, apartado 13; e do 21 de febreiro de 2002, asunto C-215/2000, caso Rydergård, apartado 25.

⁷⁴⁶ Véxase o apartado 40 da sentenza Comisión *vs.* Holanda.

emprego, que son a Sentenza do 7 de marzo de 1985, caso Cochet⁷⁴⁷; e a Sentenza da Sala Quinta, do 13 de marzo de 2007, caso Huijbrechts⁷⁴⁸.

269. O Sr. Cochet era un traballador fronteirizo residente en Bélxica e empregado nos Países Baixos, que tras perder o seu emprego se puxo a disposición dos servizos belgas de emprego e, catro meses despois, trasladou a súa residencia aos Países Baixos, onde solicitou as prestacións por desemprego ao abeiro da normativa holandesa (en tanto que Estado membro de emprego). As autoridades holandesas non accederon a esa pretensión⁷⁴⁹, o que motivou a presentación dun recurso que deu lugar á formulación dunhas cuestións prexudiciais diante do Tribunal de Xustiza por parte do órgano xurisdiccional holandés que coñeceu o mesmo⁷⁵⁰, nas que se preguntaba se o Estado membro de residencia do traballador debía ser considerado como Estado competente para os efectos da aplicación do artigo 69 do Regulamento (CEE) número 1408/71 (que regulaba o suposto de desprazamento temporal a un terceiro Estado membro)⁷⁵¹. O Tribunal de Xustiza entende que a norma controvertida resultaba de aplicación aos supostos de desprazamento dun traballador desempregado a un Estado membro distinto do Estado competente⁷⁵², e que o termo “Estado competente” debía ser definido conforme ás regras xerais para a determinación da lexislación aplicábel existentes na normativa de coordinación dos sistemas de Seguridade Social⁷⁵³ e, por tanto, conclúe que o Estado competente en materia de prestacións de Seguridade Social é o Estado de emprego⁷⁵⁴, polo que a norma que regulaba o desprazamento temporal dos traballadores desempregados a outro Estado membro “non resulta de aplicación a un traballador fronteirizo en desemprego total que ao finalizar o seu último emprego, se establece no territorio do Estado membro competente, é dicir, o Estado membro do seu último emprego”, e por tanto, no caso de que o traballador trasladase a súa residencia ao Estado de emprego este (en tanto que Estado competente) debía facerse cargo das prestacións de desemprego do traballador en cuestión⁷⁵⁵.

⁷⁴⁷ Asunto 145/84.

⁷⁴⁸ Asunto C-131/95.

⁷⁴⁹ Porén si lle concederon as prestacións ao abeiro do disposto no artigo 69 do Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁷⁵⁰ Véxanse os apartados 3 e 8 da sentenza Cochet.

⁷⁵¹ Véxase o apartado 10 da sentenza Cochet.

⁷⁵² Véxase o apartado 9 da sentenza Cochet.

⁷⁵³ Véxase o apartado 11 da sentenza Cochet.

⁷⁵⁴ Véxanse os apartados 12 e 13 da sentenza Cochet.

⁷⁵⁵ Véxanse os apartados 16 e 17 da sentenza Cochet.

270. Polo que se refire á Sra. Huijbrechts, era unha cidadá residente en Bélxica, que traballou nos Países Baixos como traballadora fronteiriza e tras quedar en situación de paro total, comezou a percibir as prestacións de desemprego en Bélxica, en tanto que Estado membro de residencia. Ao trasladar o seu domicilio a Holanda continuou percibindo a prestación de desemprego durante tres meses (conforme á lexislación belga)⁷⁵⁶, e posteriormente solicitou nos Países Baixos unha prestación consecutiva ao desemprego, que lle foi denegada por entender que —dada a condición de traballadora fronteiriza— non podía ser considerada desempregada para os efectos da prestación solicitada⁷⁵⁷. O órgano nacional que coñeceu a reclamación formulada pola Sra. Huijbrechts presentou unhas cuestións prexudiciais ao Tribunal de Xustiza que respondeu indicando que a regra xeral de conexión co Estado membro de emprego determina que sexa este o Estado competente en materia de prestacións de desemprego, pois “é, en principio, a dito Estado membro ao que corresponde pagar tales prestacións”⁷⁵⁸, e que a ficción xurídica que obriga ao traballador fronteirizo a poñerse a disposición do Estado membro de residencia “suspende as obrigas do Estado de último emprego mentres o desempregado continúe residindo do territorio doutro Estado membro ...[pero]... non produce a súa extinción”⁷⁵⁹, e, por tanto, a disposición relativa “ao «desprazamento dos desempregados a un Estado membro distinto do Estado competente» non se aplica ao traballador fronteirizo en situación de desemprego total que, tras deixar de exercer o seu último emprego, se establece no territorio do Estado membro competente, é dicir, o Estado membro onde exerceu o seu último emprego”⁷⁶⁰.

271. En consecuencia, debe entenderse que o traslado de residencia dun traballador fronteirizo ao Estado membro de emprego producirá como efecto que deixe de aplicarse a ese suposto a excepción á conexión co Estado membro de emprego, prevista para os supostos de desemprego de traballadores fronteirizos e, polo tanto, este Estado membro “deberá comezar a asumir, ou asumir de novo, as obrigas que para el se derivan do Regulamento en materia de prestacións por desemprego”⁷⁶¹. E é que, como

⁷⁵⁶ Véxase o apartado 4 da sentenza Huijbrechts.

⁷⁵⁷ Véxanse os apartados 5 a 8 da sentenza Huijbrechts. Sobre a consideración da IOAW como prestación consecutiva a unha prestación de desemprego, véxase a primeira cuestión prexudicial formulada polo órgano xurisdiccional de remisión, reproducida no apartado 9 da sentenza.

⁷⁵⁸ Véxase o apartado 21 da sentenza Huijbrechts.

⁷⁵⁹ Véxase o apartado 24 da sentenza Huijbrechts. No mesmo sentido, véxase tamén o apartado 32 da Sentenza da Sala Quinta do 6 de novembro de 2003, asunto C-311/01, caso Comisión vs. Holanda.

⁷⁶⁰ Véxase o apartado 25 da sentenza Huijbrechts.

⁷⁶¹ Véxase o apartado 28 da sentenza Huijbrechts.

recorda o Tribunal de Xustiza, o feito de que un traballador fronteirizo perciba, conforme á regra que regula a prestación de desemprego nos casos de traballo fronteirizo, as prestación no Estado membro de residencia e conforme á lexislación deste Estado membro, “non pode privar ao Estado do seu último emprego [...] da competencia que como regra xeral lle corresponde”⁷⁶².

272. Para os efectos da análise da vixencia da doutrina Cochet e Huijbrechts cos novos Regulamentos de coordinación en materia de Seguridade Social, é preciso indicar que a regulación actual do desprazamento temporal dos traballadores desempregados a outro Estado membro é esencialmente a mesma que a establecida na normativa anterior⁷⁶³. Débese, sen embargo, sinalar que na normativa anterior, no título da sección na que se incluía a norma que o regulaba, facíase referencia expresamente a que o desprazamento se efectuara a un Estado membro distinto do competente⁷⁶⁴, mentres que no título do artigo que establece a normativa actual faise simplemente referencia ao desprazamento a outro Estado membro⁷⁶⁵. A desaparición da indicación explícita de que o desprazamento se produza a Estado membro distinto do competente permite contemplar a posibilidade de que o desprazamento temporal tamén se poida realizar a ese Estado membro. Pénsese, ademais, que o apartado 2 do artigo 65, referido ás persoas en situación de desemprego total que durante o seu último período de actividade residiran en Estado membro distinto do Estado membro competente, cando introduce a posibilidade de que eses traballadores poidan inscribirse, como medida complementaria, nos servizos de emprego do Estado membro no que tivera transcorrido o seu último período de actividade, indica que esta posibilidade é “sen prexuízo do artigo 64”, que é o que regula o desprazamento temporal de desempregados a outro Estado membro. Por todo elo, parece que nada impide afirmar que baixo a nova normativa os

⁷⁶² Véxase o apartado 26 da sentenza Huijbrechts.

⁷⁶³ Véxanse os artigos 69 e 70 do Regulamento (CEE) número 1408/71 e 83 do Regulamento 574/72 por unha banda, e por outra os artigos 64 do Regulamento (CE) número 883/2004 e 55 do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁷⁶⁴ A sección 2 do capítulo 6 do Título III do Regulamento (CEE) número 1408/71 titulábase, precisamente “desprazamento dos desempregados a un Estado membro distinto do Estado competente”.

⁷⁶⁵ O artigo 64 do Regulamento (CE) número 883/2004 leva por título “desprazamento de desempregados a outro Estado membro”. Nótase que o apartado 1 deste artigo fai referencia a que o traballador desempregado “cumpra os requisitos da lexislación do Estado membro competente para ter dereito a prestacións e que se desprace a outro Estado membro”. Unha lectura illada deste apartado podería levar a interpretar que o desprazamento debería producirse desde o Estado membro competente a outro Estado membro o que, como se verá, non é correcto.

traballadores fronteirizos en desemprego total teñen aberta a posibilidade de desprazarse temporalmente ao Estado membro do seu último emprego na procura de emprego, ao abeiro do previsto nos artigos 64 do Regulamento de base e 55 do de aplicación.

273. Esta afirmación podería dar lugar a entender que a doutrina Cochet e Huijbrechts xa non resulta de aplicación cos novos Regulamentos de coordinación en materia de Seguridade Social, pois esa doutrina establecía que non resultaba aplicábel a regulación do desprazamento temporal aos casos de traslado de residencia do traballador fronteirizo ao Estado membro de emprego. Recórdese que, segundo a citada doutrina, nos supostos nos que se producira o traslado do traballador fronteirizo desde o Estado membro de residencia ao Estado membro de emprego, este último simplemente asumía (ou reasumía) a competencia que como regra xeral lle correspondía, ao deixar de resultar de aplicación a excepción á mesma establecida para os casos de desemprego total de traballo fronteirizo⁷⁶⁶.

274. Porén, non parece ser esta a solución que, a falta dun pronunciamento do Tribunal de Xustiza, deba acollerse. Nótese que a doutrina Cochet e Huijbrechts fai referencia ao traslado do traballador fronteirizo do Estado membro de residencia ao Estado membro de emprego, que é unha cousa distinta ao desprazamento temporal na procura de emprego. O primeiro caso refírese, por tanto, ao establecemento da residencia no Estado membro de emprego, mentres que o segundo se refire unicamente a un suposto de estadia no mesmo⁷⁶⁷. Sendo isto así, a doutrina Cochet e Huijbrechts pode resultar compatíbel coa normativa actual, de modo que nos supostos nos que un traballador fronteirizo decida trasladar a súa residencia ao Estado membro de emprego a norma prevista para os supostos de desprazamento temporal non resultará de aplicación, debendo por tanto asumir —segundo a citada doutrina— a institución do Estado membro de emprego as obrigas relativas á situación de desemprego que lle correspondan con respecto ao citado traballador, ao teren desaparecido con respecto a el as circunstancias que mantiveron as mesmas en suspenso mentres ese traballador residiu noutro Estado membro⁷⁶⁸. Sen embargo,

⁷⁶⁶ O establecemento da residencia do traballador fronteirizo no Estado membro de emprego facía desaparecer a circunstancia que motivaba o establecemento da excepción á norma xeral de conexión co Estado membro de emprego.

⁷⁶⁷ Véxanse as letras j) e k) do artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004 que definen respectivamente residencia como “lugar en que unha persoa reside habitualmente”; e estancia como “a residencia temporal”.

⁷⁶⁸ Recórdese que segundo determina a doutrina Cochet e Huijbrechts, mentres o traballador fronteirizo resida nun Estado membro distinto do competente as obrigas deste Estado para co traballador, referidas á súa situación de desemprego, quedan en suspenso en virtude dunha

cando ese traballador fronteirizo decida realizar simplemente un desprazamento temporal ao Estado membro do último emprego, poderá acollerse ao disposto no artigo 64 do Regulamento de base, pois, como se indicou máis arriba⁷⁶⁹, esta posibilidade está implicitamente recoñecida para eles no apartado 2 do artigo 65 do Regulamento de base.

275. Esta opción é, a súa vez, compatíbel coa posibilidade que teñen aberta os traballadores fronteirizos de se inscribir como demandantes de emprego no Estado membro de emprego, como medida complementaria á inscrición obrigatoria no Estado membro de residencia, xa que estas dúas últimas posibilidades responden a necesidades distintas. A posibilidade de inscrición complementaria é un suposto de dobre inscrición na que, por unha banda, teñen prioridade as esixencias que se lle impoñan ao demandante de emprego no Estado membro de residencia fronte ás que se lle impoñan no Estado membro de emprego e onde, por outra banda, non hai cambio de domicilio. Cuestión distinta é o desprazamento temporal ao Estado membro de emprego para procurar traballo no mesmo, deixando de estar a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia durante o período de desprazamento, e establecendo con carácter temporal o domicilio naquel Estado membro, o que non se permite nos supostos de dobre inscrición.

276. O que non poderá pretender un traballador fronteirizo en situación de desemprego total que manteña a súa residencia nun Estado membro distinto do de último emprego, é a optar entre recibir as prestacións no Estado membro de residencia ou no Estado membro de emprego, dado o carácter imperativo da primeira frase do apartado 2, e da letra a) do apartado 5 do artigo 65 do Regulamento de base. A prohibición de opción existirá mesmo nos casos nos que a lexislación interna do Estado membro do último emprego, illadamente considerada, lle conceda ao traballador o dereito a estas prestacións, tal e como tivo ocasión de sinalar o Tribunal de Xustiza no citado caso *Miethe*⁷⁷⁰.

ficción xurídica que determina que sexan as institucións do Estado membro de residencia quen outorguen as prestacións como se estes traballadores tiveran estado suxeitos á súa lexislación durante o seu último período de actividade, “se ben dita ficción xurídica suspende as obrigas do Estado do último emprego mentres o desempregado continúe residindo no territorio doutro Estado membro, non produce a súa extinción” (véxase o apartado 24, *in fine*, da sentenza *Huijbrechts*).

⁷⁶⁹ Véxase *supra*, núm. 232 e ss.

⁷⁷⁰ Véxanse os apartados 9 a 11 da sentenza.

5. Desemprego total de traballadores fronteirizos por conta propia no caso en que o Estado membro de residencia careza dun sistema de prestacións de desemprego para traballadores por conta propia

277. O Regulamento (UE) 465/2012 introduciu, na regulación das prestacións de desemprego establecida no Regulamento de base, un novo artigo (o 65 *bis*)⁷⁷¹, que dá resposta á problemática do goce das prestacións de desemprego total dos traballadores por conta propia que teñan cubertos, nun Estado membro distinto do da súa residencia, períodos de seguro ou de actividade que lles outorgue o dereito a percibiren as citadas prestacións, cando no Estado de residencia non se contemplan as mesmas para esta categoría de traballadores. Nestes supostos —e sempre que o Estado de residencia tivera notificado este extremo— o traballador fronteirizo “deberá rexistrarse nos servizos de emprego do Estado membro en que exercera o seu último período de actividade por conta propia e pórse a disposición dos mesmos, e continuar cumprindo os requisitos que estableza a lexislación deste último Estado membro cando solicite as prestacións”⁷⁷². Será este Estado membro o que deberá aboarlle as prestacións “de conformidade coa lexislación que aplique dito Estado membro”⁷⁷³.

278. No suposto que se está analizando o traballador non se poñerá, por tanto, a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia, a diferenza do que acontece nos restantes supostos de desemprego total de traballadores desempregados que residan nun Estado membro distinto do competente⁷⁷⁴. Sen embargo o traballador terá aberta a posibilidade de comunicar a súa dispoñibilidade aos servizos de emprego do Estado membro de residencia, pero como medida complementaria e non principal⁷⁷⁵.

279. Cando este traballador, tras se ter rexistrado no Estado membro en que exercera a súa última actividade, non estea interesado en manterse dispoñíbel no mesmo e prefira procurar emprego no seu Estado de residencia, resultaralle de aplicación, *mutatis mutandis*, a normativa relativa ao desprazamento temporal de desempregados a outro Estado membro, establecida no artigo 64 do Regulamento de base (analizada

⁷⁷¹ Titulado “disposicións especiais para os traballadores fronteirizos por conta propia en situación de desemprego total en caso de que o Estado membro de residencia careza dun sistema de prestacións de desemprego para traballadores por conta propia”.

⁷⁷² Véxase o apartado 1 do artigo 65 *bis* do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷⁷³ Véxase o apartado 2 do artigo 65 *bis* do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷⁷⁴ Véxase o apartado 2 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷⁷⁵ Véxase o apartado 1, *in fine*, do artigo 65 *bis* do Regulamento (CE) número 883/2004.

anteriormente)⁷⁷⁶. Sen embargo non se lle esixirá un período mínimo de permanencia a disposición dos servizos de emprego do Estado da súa última actividade, que contempla o citado artigo. Ademais, o período máximo de seis meses de desprazamento poderá prorrogarse até o final do período con dereito ás prestacións. Determinao así o apartado 3 do artigo 65 *bis* do Regulamento (CE) número 883/2004.

6. Consecuencias da percepción da prestación de desemprego total para os efectos doutras prestacións

280. O período de percepción dunha prestación de desemprego baixo unha determinada lexislación pode resultar relevante para os efectos de estableceren os dereitos do beneficiario en relación con outras prestacións de Seguridade Social previstas nesa lexislación, que é o que ocorre, por exemplo, na lexislación española ao respecto da pensión de xubilación⁷⁷⁷. Dado que, en virtude do artigo 65 do Regulamento de base, os traballadores fronteirizos en situación de desemprego total deben pórse a disposición dos servizos de emprego do Estado membro de residencia⁷⁷⁸ e recibiren as prestacións conforme á lexislación deste Estado membro “como se tiveran estado suxeitas á lexislación deste durante o seu último período de actividade como traballador por conta allea ou propia”⁷⁷⁹, preséntase a cuestión de determinar que lexislación deberá ter en consideración os períodos de goce da prestación de desemprego para os efectos doutras prestacións de Seguridade Social. Pénsese que os traballadores fronteirizos reciben as prestacións de desemprego no Estado membro de residencia e conforme á súa lexislación, sempre por causa duns períodos de emprego, de seguro ou de actividade cubertos noutro Estado membro e baixo a súa lexislación. Os citados períodos considéranse cubertos no Estado membro de residencia para os efectos de outorgar nese Estado membro a correspondente prestación de desemprego unicamente en virtude dunha ficción xurídica⁷⁸⁰. A lexislación que deba ter en consideración os referidos períodos podería ser, por tanto, ben a do Estado membro de emprego, dado que baixo esa lexislación se cubriron os períodos dos que trae causa a prestación de desemprego; ou ben a do Estado membro de residencia, pois nese Estado membro e baixo a súa lexislación se concederon as

⁷⁷⁶ Véxase *supra*, núm. 263 e ss.

⁷⁷⁷ Véxase o requisito establecido na letra b) apartado 1 do artigo 161, en relación co apartado 1 do artigo 125 da Lei Xeral da Seguridade Social (LXSS).

⁷⁷⁸ Véxase o apartado 2.

⁷⁷⁹ Véxase a letra a) do apartado 5.

⁷⁸⁰ Véxanse as Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 13 de marzo de 1997, asunto C-131/95, caso Huijbrenchts, apartado 24; e do 6 de novembro de 2003, asunto C-311/01, caso Comisión vs. Holanda, apartado 31.

prestacións. En ningún caso, poderán ser as dúas lexislacións, dada a prohibición de acumulación de prestacións relativas a un mesmo período de seguro establecida no artigo 10 do Regulamento de base⁷⁸¹.

281. Para dar resposta a esta cuestión, débese ter en conta que os Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social establecen a regra xeral de conexión coa lexislación do Estado membro de emprego⁷⁸². Esta regra xeral coñece unha excepción no que atinxe ás prestacións de desemprego de persoas que residen nun Estado membro distinto do Estado membro competente⁷⁸³, entre as que se encontran os traballadores fronteirizos, que determina a conexión coa lexislación do Estado membro de residencia. Deberá, por tanto, analizarse o alcance desta excepción, que poderá entenderse referida unicamente á determinación do dereito á prestación de desemprego, ou tamén ás consecuencias do goce desa prestación para os efectos doutras prestacións. Esta problemática foi analizada polo Tribunal de Xustiza ao respecto de diversas categorías de prestacións baixo a lexislación anterior. Así, no que atinxe ás prestacións de vellez analizou este asunto nas sentenzas Rebmann⁷⁸⁴ e Noteboom⁷⁸⁵, que foron tratadas no apartado correspondente a esa categoría de prestacións, polo que aquí cómpre remitirse ao tratado nese apartado, debéndose determinar neste punto o alcance actual da doutrina fixada nas referidas sentenzas, que resulta aparentemente contraditoria. Recórdese que na sentenza Rebmann, o Tribunal de Xustiza determinou que o período de percepción da prestación de desemprego total no Estado membro de residencia debía ser considerado pola lexislación do Estado membro de emprego para os efectos de determinar a prestación de vellez dese traballador⁷⁸⁶, mentres que na sentenza Noteboom determinou que o citado período debía ser tido en conta polo Estado membro de residencia para os efectos de determinar o dereito do referido traballador a

⁷⁸¹ Impide “o dereito a gozar de varias prestacións da mesma natureza relativas a un mesmo período de seguro obrigatorio”.

⁷⁸² Véxase a letra a) do apartado 3 do artigo 11 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷⁸³ Véxase a letra c) do apartado 3 do artigo 11 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁷⁸⁴ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 29 de xuño de 1988, asunto 58/87.

⁷⁸⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Cuarta) do 20 de xaneiro de 2005, asunto C-101/04.

⁷⁸⁶ En concreto —e tal e como indica o apartado 20 da sentenza— estableceu que “os períodos de paro total cumpridos por un traballador fronteirizo que [...] gozaba das prestacións por desemprego segundo as disposicións da lexislación do Estado membro en cuxo territorio residía, deben computarse para determinar os dereitos a pensión segundo a lexislación do Estado do último emprego antes do paro”.

unha prestación de vellez, concretamente, a unha prestación adicional á prestación de vellez⁷⁸⁷.

282. O distinto criterio xurisprudencial establecido polo Tribunal de Xustiza na sentenza Noteboom xustifícase pola modificación operada na regulación das prestacións de vellez do Regulamento (CEE) número 1408/71, por parte do Regulamento (CEE) número 1248/92⁷⁸⁸ que, entre outras cousas, incluíu un apartado 6 dentro do artigo 45⁷⁸⁹. Pénsese, ademais, que nas citadas sentenzas os períodos de percepción da prestación de desemprego no Estado membro de residencia son considerados con distinta finalidade, porque na sentenza Rebmann se utilizan para determinar o período de cotización a considerar para establecer a pensión de vellez, mentres que na sentenza Noteboom o citado período serve unicamente para determinar o cumprimento dun período de carencia, tras o cal o perceptor dunha prestación de vellez pode comezar a gozar dunha paga de vacacións, que ten a consideración de prestación adicional a unha prestación de vellez.

283. Dado que os actuais Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social non contemplan unha disposición equivalente á establecida no apartado 6 do artigo 45 do Regulamento (CEE) número 1408/71, pode afirmarse a vixencia da doutrina sentada polo Tribunal de Xustiza na sentenza Rebmann, pois non existindo norma algunha que obligue ao contrario, a excepción ao principio xeral de conexión co Estado membro de emprego —que supón a percepción das prestacións de desemprego total do traballador fronteirizo no Estado membro de residencia— debe ser interpretada de xeito restritivo.

⁷⁸⁷ O apartado 34 da sentenza establece que “o dereito a unha prestación como a controvertida no asunto principal debe determinarse tendo en conta os períodos de desemprego completo do traballador fronteirizo que deron lugar á concesión de prestacións por desemprego de conformidade co artigo 71 apartado 1 letra a) inciso ii) do Regulamento 1408/71, como se tivera estado suxeito á lexislación do Estado membro da súa residencia durante o seu último emprego”.

⁷⁸⁸ Do Consello, do 30 de abril de 1992, polo que se modifica o Regulamento (CEE) número 1408/71 relativo á aplicación dos réximes de Seguridade Social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se despracen dentro da Comunidade, e o Regulamento (CEE) número 574/72 polo que se fixan as modalidades de aplicación do Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁷⁸⁹ O parágrafo primeiro do referido apartado dispoñía expresamente que o período controvertido debía ser tido en conta polo Estado membro de residencia, conforme á súa lexislación, como se o traballador fronteirizo tivera estado suxeito a dita lexislación durante o seu último emprego. Determinaba que “o período de desemprego total durante o cal o traballador por conta allea se beneficia de prestacións de conformidade coas disposicións do artigo 71, apartado 1, letra a), inciso ii) ou letra b), inciso ii), primeira frase, terase en conta pola institución competente do Estado membro en cuxo territorio resida o traballador, de conformidade coa lexislación que aplique dita institución, como se tivese estado suxeito a dita lexislación durante o seu último emprego”.

284. No que atinxe á doutrina da sentenza Noteboom, a resposta preséntase menos nida. É claro que a argumentación do Tribunal de Xustiza xa non resulta de aplicación, dada a inexistencia na normativa actual dunha norma equivalente á contida no parágrafo primeiro do apartado 1 do artigo 45, do Regulamento (CEE) número 1408/71, na que fundamentou a súa resposta. Porén a conclusión á que chegou o Alto Tribunal na citada sentenza pode continuar sendo válida á luz da nova normativa, pero con distinta motivación. En efecto, o actual Regulamento (CE) número 883/2004 determina no seu artigo 5 a asimilación de prestacións, ingresos, feitos e acontecementos, sinalando que bardante indicación en contrario do propio Regulamento “se, en virtude da lexislación do Estado membro competente, o goce de determinadas prestacións de Seguridade Social ou doutros ingresos produce determinados efectos xurídicos, as disposicións de que se trate de dita lexislación serán igualmente aplicábeis no caso de goce de prestacións equivalentes adquiridas de conformidade coa lexislación doutro Estado membro ou de ingresos adquiridos no territorio doutro Estado membro⁷⁹⁰. En consecuencia, e a salvo do que poida determinar no seu día o Tribunal de Xustiza, o período de percepción de desemprego total dun traballador fronteirizo no Estado membro de residencia —ao abeiro do establecido na letra a) do apartado 5 do artigo 65 do Regulamento (CE) número 883/2004— será considerado pola lexislación do Estado membro do último emprego como período de seguro, para os efectos da determinación da prestación de vellez, cando segundo a citada lexislación o referido período de desemprego deba ser considerado para tales efectos no suposto de que as prestacións de desemprego se perciban no seu territorio como consecuencia de actividades realizadas no mesmo. Ademais, cando a lexislación dun Estado membro considere que o período de desemprego total retribuído conforme á súa lexislación por períodos de actividade realizados no seu territorio se equipara a un período de percepción da prestación de vellez, para os efectos de comezar a percibir unha prestación complementaria á de vellez, a lexislación dese Estado membro deberá ter en consideración os períodos de desemprego retribuído percibidos no seu territorio por un traballador fronteirizo en situación de desemprego total por mor da actividade realizada noutro Estado membro.

285. Tamén resultou problemática a determinación da lexislación que debe considerar os períodos durante os que se percibiron prestacións de

⁷⁹⁰ Véxase a letra a) do artigo. Pola súa banda a letra b) establece que “se en virtude da lexislación do Estado membro competente, se atribúen efectos xurídicos á concorrencia de determinados feitos ou acontecementos, dito Estado membro terá en conta os feitos ou acontecementos semellantes que garden relación ou tiveran ocorrido noutro Estado membro como se tiveran ocorrido no seu propio territorio”.

desemprego total para os efectos das prestacións do seguro de enfermidade e invalidez. A problemática xurdiu ao respecto daquelas lexislacións que subordinan a concesión ou a contía destas prestacións ao requisito de teren cumprido determinados períodos de traballo e seguro, cando nesas mesmas lexislacións se equipare o período de desemprego retribuído a un período de seguro. Esta cuestión foi resolta polo Tribunal de Xustiza na Sentenza Desse (Faux)⁷⁹¹ á luz do Regulamento número 36/63/CEE e do Regulamento (CEE) número 1408/71. A citada sentenza dá resposta a unhas cuestións prexudiciais nas que, entre outras cousas, se lle preguntou ao Tribunal de Xustiza se o período de desemprego total dun traballador fronteirizo que, en aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social, percibe as correspondentes prestacións no Estado membro de residencia, debe ser considerado como período de seguro para os efectos da determinación das prestacións de enfermidade e invalidez no Estado membro de emprego; tendo en conta que o período de percepción da prestación de desemprego non é considerado no Estado membro de residencia como período de seguro para os efectos das prestacións de enfermidade e invalidez, pero si no Estado membro de emprego⁷⁹².

286. A resposta do Tribunal, baseada na normativa vixente cando se produciron os feitos, foi afirmativa⁷⁹³. A argumentación do Alto Tribunal parte de recoñecer que os Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social establecen que períodos de seguro son aqueles “definidos ou admitidos como tales pola lexislación baixo a cal foron cubertos”⁷⁹⁴; o que estritamente levaría a non poder considerar como período de seguro o período controvertido. Pero entende que esta interpretación conduciría a que “a un traballador fronteirizo [...] se lle denegase no Estado membro do último emprego, o dereito ás prestacións de incapacidade laboral que lle corresponderían se se tivera inscrito como solicitante de emprego neste Estado membro e se, por conseguinte, o seu período de desemprego se tivera asimilado alí a un período de seguro de

⁷⁹¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 14 de outubro de 1991, asunto C-302/90. Ao respecto dos feitos sobre os que se pronuncia esta sentenza véxase *supra*, Capítulo I, núm. 34.

⁷⁹² Véxanse os apartados 5 e 19 da sentenza Desse (Faux).

⁷⁹³ Véxase o apartado 24 da sentenza Desse (Faux).

⁷⁹⁴ Véxase o apartado 25 da sentenza Desse (Faux). Nótese que a letra t) do artigo 1 do actual Regulamento (CE) número 883/2004 define períodos de seguro coma “os períodos de cotización, ou de actividade por conta allea ou propia, tal como se definen ou admiten como períodos de seguro pola lexislación baixo a cal foron cubertos ou se consideran cubertos, así como todos os períodos asimilados na medida en que sexan recoñecidos por esta lexislación como equivalentes aos períodos de seguro”.

enfermidade”⁷⁹⁵. Esta interpretación colocaría a este tipo de traballadores en peor situación que a daqueles que non exerceron o seu dereito á libre circulación, o que sería incompatíbel cos obxectivos dos Tratados. Entende, por tanto, que as disposicións dos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social “non poden ser interpretadas de maneira que se prive aos traballadores migrantes das vantaxes ás que poderían ter dereito só en virtude da lexislación dun Estado membro”⁷⁹⁶. En consecuencia, conclúe que “o período de desemprego total dun traballador fronteirizo que [...] estivera obrigado a exercer os seus dereitos ás prestacións de desemprego no Estado membro de residencia, a pesares de que neste non se recoñeza como período de seguro ou asimilado, debe considerarse como tal no Estado do seu último emprego, cuxa lexislación [...] asimilaba os períodos de desemprego cubertos no seu territorio a períodos de seguro de enfermidade”⁷⁹⁷.

287. Á luz dos novos Regulamentos de coordinación en materia de Seguridade Social a resposta a esta cuestión debería ser a mesma, dado que o argumento no que se fundamenta a doutrina Desse (Faux) —consistente, en esencia, en considerar que a normativa comunitaria debe ser interpretada de tal xeito que non prive aos traballadores migrantes dos dereitos que lles outorga a lexislación dun Estado membro— continúa a resultar de aplicación.

6. No caso de prestacións familiares

a) Consideracións previas

288. A actual regulación das prestacións familiares nos Regulamentos (CE) números 883/2004 e 987/2009 constitúe bo un exemplo da tendencia á simplificación e sistematización da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social ao respecto da normativa anterior, contida nos Regulamentos (CEE) números 1408/71 e 574/72⁷⁹⁸. Estas prestacións constitúen ademais unha categoría sobre a que tivo ocasión de pronunciarse en múltiples ocasións o Tribunal de Xustiza, ao abeiro da antiga normativa,

⁷⁹⁵ Véxase o apartado 26 da sentenza Desse (Faux).

⁷⁹⁶ Véxanse os apartados 27 e 28 da sentenza Desse (Faux).

⁷⁹⁷ Véxase o apartado 29 da sentenza Desse (Faux).

⁷⁹⁸ Para unha análise crítica deste proceso simplificador, véxase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).

en asuntos relacionados con traballo fronteirizo⁷⁹⁹. As sentenzas pronunciadas polo Alto Tribunal permitiron delimitar con maior precisión o dereito a este tipo de prestacións nos supostos de traballo fronteirizo e facilitaron a simplificación e sistematización levada a cabo polo lexislador comunitario na actual normativa, á que se acaba de facer referencia.

289. Por elo resulta aconsellábel iniciar o apartado correspondente a este tipo de prestacións partindo da regulación establecida na normativa anterior. Analizar seguidamente a xurisprudencia que sobre a base da mesma estableceu o Tribunal de Xustiza ao respecto de supostos de traballo fronteirizo, e finalmente facer referencia á regulación establecida pola normativa vixente sobre estas prestacións⁸⁰⁰. A análise da anterior normativa e da xurisprudencia permitirá pór en contexto a regulación das prestacións familiares na nova normativa de coordinación en materia de Seguridade Social. E permitirá, ademais, ilustrar os principios que sobre a interpretación da antiga normativa estableceu o Tribunal de Xustiza que poden continuar resultando de aplicación baixo a nova normativa.

b) Na normativa anterior

290. Iniciando o exame da normativa anterior, cómpre comezar sinalando que o Regulamento (CEE) número 1408/71 definía as prestacións familiares como “prestacións en especie ou en metálico destinadas a compensar as cargas familiares”⁸⁰¹, distinguíndoas dos subsidios familiares,

⁷⁹⁹ Para unha análise das últimas sentenzas véxase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Comentarios a las últimas sentencias del Tribunal de Justicia en materia de prestaciones familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).

⁸⁰⁰ A regulación das prestacións familiares na actual normativa de coordinación en materia de Seguridade Social mereceu unha importante atención por parte da doutrina. Véxase neste sentido, CARRASCOSA BERMEJO, M.D., “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del reglamento 883/2004”; TRILLO GARCÍA, A.R. e GARCÍA PEREA, P., “Prestaciones familiares en Derecho comparado y coordinación de prestaciones familiares no contributivas en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009”; PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J., “Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de como la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”; TREJO CHACÓN, M.F., “Prestaciones familiares: zonas grises”; e BALLESTER PASTOR, I., “Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo, extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: estudio sobre un conflicto normativo pendiente”, todos eles en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).

⁸⁰¹ Véxase o inciso i) da letra u) do artigo 1 do Regulamento (CEE) número 1408/71. O citado inciso especifica que a prestación debe estar incluída nunha lexislación prevista na letra h) do apartado 1 do artigo 4 —que fai referencia ás lexislacións relativas ás ramas da Seguridade Social relacionadas coas prestacións familiares—, exclusión feita dos subsidios especiais por natalidade ou adopción indicados no Anexo II.

que describía como “prestacións periódicas en metálico concedidas exclusivamente en función do número e, no seu caso, da idade, dos membros da familia”⁸⁰². Estes últimos regulábanse nun capítulo específico dentro do título III, distinto do correspondente ás prestacións familiares⁸⁰³.

291. As prestacións familiares regulábanse no capítulo 7 do título III. Dentro do mesmo estableceíase unha norma específica para o goce das prestacións familiares nos supostos de traballadores fronteirizos en situación de desemprego total⁸⁰⁴. Determinaba que os familiares dun traballador fronteirizo en paro total que residisen no mesmo Estado membro que o traballador gozasen das prestacións “de conformidade coas disposicións da lexislación de dito Estado, como se tivese estado suxeito a dita lexislación durante o seu último emprego” e que esas prestacións fosen “abonadas pola institución do lugar de residencia e a cargo da mesma”⁸⁰⁵. Para o caso de que a lexislación do Estado membro de residencia tivera prevista a realización de retención de cotizacións aos traballadores desempregados para os efectos da cobertura das prestacións familiares, as institucións do Estado de residencia poderían realizar tales retencións a estes traballadores⁸⁰⁶. Ademais da norma citada, referida ás situacións de desemprego total, o Regulamento (CEE) número 1408/71 non contiña máis especificidades relativas ao traballo fronteirizo na regulación das prestacións familiares, o que non impediu que se presentasen particularidades no goce deste tipo de prestación por parte dos traballadores fronteirizos por mor da súa condición de tal.

292. O artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71 establecía unha norma común para todos os supostos en que os familiares dos traballadores residiran nun Estado membro distinto do de emprego. Esta norma determinaba a percepción das prestacións familiares previstas na lexislación do Estado membro de emprego, como se os familiares do

⁸⁰² Véxase o inciso ii) da letra u) do artigo 1 do Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁸⁰³ O Regulamento 1408/71 regulaba os subsidios familiares no capítulo 8 do Título III especificamente para o caso de titulares de pensións ou de rendas e de orfos.

⁸⁰⁴ Véxase o artigo 72 *bis*. Facía referencia ao “traballador por conta allea en desemprego total ao que se apliquen as disposicións do inciso ii) da letra a) ou da primeira frase do inciso ii) da letra b) do apartado 1 do artigo 71”. O primeiro suposto refírese aos traballadores fronteirizos e o segundo aos traballadores por conta allea que non sexan fronteirizos que se atopen en desemprego total e que se poñan a disposición dos servizos de emprego no territorio do Estado membro de residencia.

⁸⁰⁵ Véxase o parágrafo primeiro do artigo 72 do Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁸⁰⁶ Véxase o parágrafo segundo do artigo 72 do Regulamento (CEE) número 1408/71.

traballador residiran no mesmo⁸⁰⁷. Para o caso de acumulación de prestacións familiares en virtude das lexislacións do Estado membro de emprego e do Estado membro de residencia dos familiares do traballador, o artigo 76 establecía unhas normas de prioridade para evitar a acumulación de prestacións, establecendo que “cando durante o mesmo período, para un mesmo membro da familia e debido ao exercicio dunha actividade profesional, as prestacións familiares estean previstas pola lexislación do Estado membro en cuxo territorio residan os membros da familia, o dereito ás prestacións debidas en virtude da lexislación doutro Estado membro quedará suspendido, chegado o caso, en aplicación dos artigos 73 ou 74, até o total establecido pola lexislación do primeiro Estado membro”⁸⁰⁸. Esta posibilidade de suspensión de prestacións podería ter lugar con independencia de que se tivera presentado ou non solicitude de prestacións no Estado membro de residencia⁸⁰⁹.

293. Outra norma relevante para os efectos da determinación do dereito ás prestacións familiares por parte dos traballadores fronteirizos estaba incluída no artigo 10 do Regulamento (CEE) número 574/72, titulado “normas aplicábeis aos traballadores por conta allea ou por conta propia en caso de acumulación de dereitos a prestacións ou subsidios familiares”. O seu apartado 1 establecía unha regra xeral e unha excepción á mesma para os casos de acumulación de prestacións familiares. A regra xeral determinaba a suspensión do dereito ás prestacións familiares debidas nun Estado membro cando este dereito non dependese de condicións de seguro, emprego e actividade, no suposto de que para ese mesmo período se deberan prestacións en virtude da lexislación doutro Estado membro ou do determinado sobre as mesmas no Regulamento (CEE) número 1408/71. A suspensión do dereito ás prestacións debidas no primeiro Estado membro alcanzaría a contía das prestacións debidas no outro Estado membro. A excepción á regra xeral establecíase para o suposto de que no territorio do primeiro Estado se tivera exercido unha actividade profesional. Neste caso a suspensión procedería ao respecto das prestacións debidas no outro Estado membro, até a contía establecida no primeiro Estado membro⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Todo elo sen prexuízo do disposto no anexo VI do propio Regulamento (CEE) número 1408/71, que establecía as “modalidades particulares de aplicación das lexislacións de certos Estados membros” para os efectos desta e doutras prestacións.

⁸⁰⁸ Véxase o apartado 1. O artigo 74 facía referencia aos desempregados cuxos membros de familia residiran nun Estado membro distinto do competente. Establecía o dereito ás prestacións familiares no Estado membro de emprego para estes familiares como se residiran no territorio do Estado membro de emprego.

⁸⁰⁹ Véxase o apartado 2 do artigo 76.

⁸¹⁰ O apartado 1 do artigo 10 do Regulamento (CEE) número 574/72 nunha innecesariamente complexa redacción establecía o seguinte: “a) O dereito ás prestacións ou subsidios familiares debidos en virtude da lexislación dun Estado membro onde a adquisición do dereito a ditas

c) Os pronunciamentos xurisprudenciais

294. Tal e como se indicou ao principio deste apartado, a determinación do dereito ás prestacións familiares por parte dos traballadores fronteirizos baixo a vixencia e aplicación dos Regulamentos (CEE) número 1408/71 e 574/72 resultou, en ocasións, problemática e foi obxecto de múltiples pronunciamentos por parte do Tribunal de Xustiza. Da análise da xurisprudencia recaída sobre estas prestacións en casos de traballo fronteirizo pódense distinguir catro tipos de supostos de feito controvertidos, que se analizarán separadamente. Con carácter previo á análise deses supostos farase referencia ás ocasións nas que, con ocasión de determinar o dereito ás prestacións familiares por parte dos traballadores fronteirizos, o Tribunal de Xustiza debeu pronunciarse ao respecto de se certas prestacións relacionadas coa natalidade establecidas polas lexislacións dos Estados membros debían ser incluídas ou non dentro do concepto comunitario de prestacións familiares.

1. Relativos á delimitación conceptual

295. O Tribunal de Xustiza tivo a ocasión de se pronunciar ao respecto da inclusión dentro do concepto comunitario de prestacións familiares de tres prestacións establecidas nas lexislacións nacionais de dous Estados membros: Alemaña e Luxemburgo. Ao respecto de Alemaña pronunciouse sobre a prestación de crianza; e ao respecto de Luxemburgo pronunciouse sobre o subsidio de maternidade e a prestación de crianza. Analizaranse de seguido cada unha delas.

296. A prestación de crianza alemá (*Erziehungsgeld*), establecida na Lei relativa á concesión de prestacións e permisos de crianza, do 6 decembro 1985 (*Bundeserziehungsgeldgesetz*, adiante BErzGG) é unha prestación non contributiva inscrita dentro dun conxunto de medidas de política

prestacións ou ditos subsidios non estea suxeita a condicións de seguro, de emprego ou de actividade por conta propia quedará suspendido cando, dentro do mesmo período e polo mesmo membro da familia, se deban prestacións unicamente en virtude da lexislación nacional doutro Estado membro ou en aplicación dos artigos 73, 74, 77 ou 78 do Regulamento, e elo até alcanzar a contía de ditas prestacións”, “b) Non obstante, se tivera exercido unha actividade profesional no territorio do primeiro Estado membro; i) no caso de prestacións debidas unicamente en virtude da lexislación nacional doutro Estado membro ou en virtude dos artigos 73 ou 74 do Regulamento, pola persoa que teña dereito ás prestacións familiares ou pola persoa a quen lle tivesen sido servidas, o dereito ás prestacións familiares debidas en virtude unicamente da lexislación nacional doutro Estado membro ou en virtude de ditos artigos, suspenderase até a contía do importe das prestacións familiares que sinala a lexislación do Estado membro en que resida o membro da familia”. O inciso ii) referíase ás prestacións por fillos a cargo de titulares de pensións ou de rendas e por orfos.

familiar. A controversia sobre a súa inclusión dentro do concepto comunitario de prestacións familiares foi resolta polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso *Hoever e Zachow*⁸¹¹, a raíz dunha cuestión prejudicial formulada polo Tribunal do Social de Renania do Norte-Westfalia (*Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen*). Unha das cuestións que o órgano nacional de remisión lle presentou ao Alto Tribunal europeo foi, precisamente, se unha prestación de crianza como a establecida na *BERzGG* debía asimilarse a unha prestación familiar no sentido da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social⁸¹².

297. No inicio da súa resposta a esta cuestión o Tribunal de Xustiza recorda que segundo estableceu nunha reiterada xurisprudencia, a distinción entre prestacións excluídas e prestacións incluídas dentro do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social “baséase esencialmente nos elementos constitutivos de cada prestación, principalmente na súa finalidade e nos requisitos para obtela, e non no feito de que unha prestación sexa ou non cualificada como prestación de Seguridade Social por unha lexislación nacional”⁸¹³. En consecuencia, unha prestación deberá ser considerada de Seguridade Social cando se conceda aos seus beneficiarios en función dunha situación legalmente definida e á marxe de calquera apreciación individual e discrecional das necesidades persoais; e na medida en que se refira a algún dos riscos comprendidos na normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social⁸¹⁴. Da análise da prestación controvertida, conclúe que as disposicións que a regulan “confiren aos beneficiarios un dereito legalmente definido e que dita prestación se concede automaticamente ás persoas que responden a determinados criterios obxectivos, alleos á apreciación individual e discrecional das necesidades persoais”⁸¹⁵. Polo que atinxe ao segundo requisito —que se refira a un dos riscos enumerados na normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social—, o Tribunal de Xustiza conclúe que tamén se cumpre, pois pretende compensar as cargas familiares no sentido da propia

⁸¹¹ Sentenza da Sala Quinta do 10 de outubro de 1996, asuntos acumulados C-245/94 e C-312/94.

⁸¹² Véxanse os apartados 13 e 16 da sentenza *Hoever e Zachow*.

⁸¹³ Véxase o apartado 17 da sentenza *Hoever e Zachow*.

⁸¹⁴ Véxase o apartado 18 da sentenza *Hoever e Zachow*.

⁸¹⁵ Véxase o apartado 20 da sentenza *Hoever e Zachow*. O Goberno luxemburgués alegou en contra desta apreciación que a prestación controvertida constitúe unha cantidade fixa, que non considera o número nin a idade dos fillos, o que permitiría, segundo el, pór en dúbida o carácter obxectivo da concesión. O Tribunal, pola contra, considera que esta circunstancia non sería relevante para a súa consideración como prestación familiar. Engade, ademais, que dos autos se pode deducir que a contía da prestación si varía en función da situación económica da familia (véxase o apartado 21).

definición de prestacións familiares dada no Regulamento de base⁸¹⁶. Para chegar a esta conclusión salienta: en primeiro lugar, que se abona unicamente cando a familia do interesado conta con un ou varios fillos, variando o seu importe en función do seu número e idade, así como en función dos ingresos dos proxenitores, e; en segundo lugar, que a finalidade da prestación é permitir que un dos pais poida encargarse da educación do fillo de curta idade, retribuíndo a educación que se lle dá, compensando os gastos de custodia e educación e, no seu caso, atenuando os inconvenientes económicos derivados de renunciar aos ingresos dunha xornada completa de traballo⁸¹⁷. En consecuencia, conclúe o Tribunal de Xustiza que “unha prestación das características da prestación por crianza establecida pola BErzGG, que se concede automaticamente a quen cumpren determinados requisitos obxectivos á marxe de calquera apreciación individual e discrecional das necesidades persoais e que está destinada a compensar as cargas familiares, debe asimilarse a unha prestación familiar”⁸¹⁸.

298. Outra prestación que resultou controvertida, no que atinxe á súa inclusión dentro das prestacións familiares, foi o subsidio de maternidade luxemburgués. Esta prestación, que forma parte dun amplo catálogo de prestacións relacionadas coa natalidade previstas na lexislación dese Estado membro⁸¹⁹, foi establecida pola Lei do 30 de abril de 1980. Segundo dispón o artigo 1 da citada norma, teñen dereito ao mesmo as mulleres embarazadas e as que deran a luz, a condición de que tiveran o seu

⁸¹⁶ A letra u) do artigo 1 do Regulamento (CEE) número 1408/71, vixente no momento dos feitos, definía prestacións familiares como “as prestacións en especie ou en metálico destinadas a compensar as cargas familiares”.

⁸¹⁷ Véxanse os apartados 22 a 25 da sentenza Hoever e Zachow. O Tribunal tamén indica que o vínculo existente entre a prestación de crianza e o permiso de crianza non permiten subtraer a aquela do ámbito das prestacións familiares, dado que se concede ao beneficiario con independencia de que sexa traballador por conta allea ou non (véxase o apartado 26).

⁸¹⁸ Véxase o apartado 1 da decisión da sentenza Hoever e Zachow. A asimilación da prestación de crianza alemá ás prestacións familiares non impide a súa consideración como vantaxe social, tal e como tivo ocasión de sinalar o Tribunal de Xustiza na Sentenza do 18 de xullo de 2007 (Gran Sala), asunto C-213/05, caso Geven (apartado 13, no que cita a do 12 de maio de 1998, Asunto C-85/96, caso Martínez Sala, apartado 26). Sobre o dereito ao goce da prestación de crianza en supostos de traballo fronteirizo véxase tamén a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 18 de xullo de 2007, asunto C-212/05, caso Hartmann, no que se determina que o cónxuxe dun traballador fronteirizo non pode verse privado do goce dunha prestación como esta polo feito de non ter domicilio nin residencia no Estado membro de emprego do citado traballador.

⁸¹⁹ Outras prestacións previstas na lexislación luxemburguesa son a asignación prenatal, a asignación de nacemento e a asignación posnatal —que compoñen a asignación por nacemento—, creadas pola Lei do 20 de xuño de 1977; e a prestación de crianza, establecida pola Lei mediante a que se crea unha prestación de crianza, do 1 de agosto de 1988 (*Loi portant création d'une allocation d'éducation*).

domicilio en Luxemburgo no momento do nacemento do dereito⁸²⁰. Esta prestación estaba incluída dentro do anexo II *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71, titulado “Prestacións especiais de carácter non contributivo”. A controversia foi resolta polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Leclere Deaconescu⁸²¹, que foi motivada pola pretensión da señora Deaconescu, esposa dun antigo traballador fronteirizo receptor dunha pensión de invalidez, de que lle foran abonadas certas prestacións relacionadas coa natalidade por parte das autoridades de Luxemburgo, entre elas o citado subsidio⁸²². O órgano nacional de remisión non cuestionou a natureza da citada prestación, senón a compatibilidade cos Tratados constitutivos da Unión Europea da inclusión da mesma no anexo II *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71, o que implicaba a súa inexportabilidade⁸²³. Na súa resposta o Tribunal de Xustiza comezou recordando que “o lexislador comunitario pode lexitimamente adoptar, no contexto da aplicación do artigo 51 do Tratado, disposicións que establezan excepcións ao principio de exportabilidade das prestacións de seguridade social”. Continuou indicando que “para a concesión de prestacións estreitamente ligadas ao entorno social cabe lexitimamente impor como requisito a residencia no Estado da institución competente”⁸²⁴. Seguidamente analizou se a prestación controvertida estaba ligada ao entorno social de Luxemburgo e, polo tanto, se era posíbel sometela ao requisito de residencia. O Tribunal concluíu que non, pois se abonaba a toda muller que dera a luz e cumprira o requisito de ter o domicilio legal en Luxemburgo no momento do nacemento do dereito. O Alto Tribunal entendeu, en consecuencia, que non é posíbel considerar que o citado subsidio teña a natureza dun subsidio especial de carácter non contributivo e, por tanto, non podía ser incluído no anexo II *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71 e impor o requisito de residencia para ter dereito ao seu goce⁸²⁵. Lamentablemente, o Tribunal de Xustiza limitouse a considerar inválida a inclusión do subsidio de maternidade dentro das prestacións especiais en metálico de carácter non contributivo, pero non indicou expresamente que este subsidio deba ser considerado coma unha prestación familiar.

⁸²⁰ Véxase o apartado 13 da Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Pleno) do 31 de maio de 2001, asunto, C-43/99 caso Leclere Deaconescu.

⁸²¹ *Ibidem*.

⁸²² Véxanse os apartados 15 a 18 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁸²³ En concreto, o *Conseil supérieur des assurances sociales* preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se “son compatíbeis cos artigos 48 e 51 do Tratado CE os artigos 1, letra u), inciso i), e 10 *bis* e os anexos II e II *bis* do Regulamento (CEE) núm. 1408/71, que consagran o principio da inexportabilidade da asignación de nacemento e do subsidio de maternidade”. Véxase o apartado 19 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁸²⁴ Véxase o apartado 32 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁸²⁵ Véxanse os apartados 33 a 38 da sentenza Leclere Deaconescu.

299. Por último, no que atinxe á inclusión de prestacións relacionadas coa natalidade dentro da categoría de prestacións familiares cómpre facer referencia á prestación de crianza luxemburguesa que, malia non formularse ao respecto dela cuestión prexudicial sobre este particular, foi obxecto de pronunciamento por parte do Tribunal de Xustiza. A prestación de crianza é outra das prestacións relacionadas coa natalidade previstas na lexislación luxemburguesa. Regúlase na Lei mediante a que se crea unha prestación de crianza, do 1 de agosto de 1988 (*Loi portant création d'une allocation d'éducation*)⁸²⁶. Segundo indicou o Tribunal de Xustiza na sentenza Weide⁸²⁷, esta prestación cumpre os requisitos para ser incluída dentro das prestacións familiares, pois presenta características análogas á prestación de crianza alemá, sobre a que se pronunciara na sentenza Hoever e Zachow á que se acaba de facer referencia, no sentido de considerala incluída dentro das mesmas⁸²⁸.

2. No suposto de pluriactividade no Estado membro de emprego e no Estado membro de residencia

300. Entrando na análise dos supostos de feito controvertidos sobre a determinación do dereito ás prestacións familiares en supostos de traballo fronteirizo, cómpre facer referencia á sentenza do caso Georges⁸²⁹. Nela o Tribunal de Xustiza analizou o suposto dun traballador que realizaba simultaneamente actividades profesionais no Estado membro de emprego e no Estado membro de residencia. O Sr. Georges era un nacional belga residente, xunto coa súa esposa e fillos, en Bélxica que desempeñaba simultaneamente unha actividade por conta allea en Francia e unha actividade por conta propia en Bélxica⁸³⁰. Este traballador viña percibindo os subsidios familiares en Bélxica por razón do seu traballo por conta allea

⁸²⁶ Segundo determina o artigo 2 da mesma, outórgase ás persoas que: estean domiciliadas e residan efectivamente en Luxemburgo; críen no seu domicilio a un ou varios fillos polos que perciban, elas ou os seus cónxuxes dos que non vivan separados, prestacións familiares ao abeiro da Lei pola que se creou a Caixa Nacional de Prestacións Familiares; e se dediquen principalmente ao coidado e á educación dos seus fillos no fogar familiar e non exerzan ningunha actividade profesional nin reciban ingresos substitutorios.

⁸²⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Primeira) do 7 de xullo de 2005, asunto C-153/03.

⁸²⁸ Véxase o apartado 18 da sentenza Weide.

⁸²⁹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Segunda) do 27 de xuño de 1989, asunto 24/88.

⁸³⁰ A sentenza non indica expresamente que o Sr. Georges fose un traballador fronteirizo. Porén o feito de que realizara simultaneamente unha actividade por conta allea nun Estado membro e unha actividade por conta propia noutro parece indicar que si; concretamente un traballador parcialmente fronteirizo. Véxanse os apartados 3 e 5 da sentenza. Sobre o carácter simultáneo das actividades e a residencia do Sr. Georges en Bélxica, véxase o teor da cuestión prexudicial formulada polo órgano nacional de remisión, que se reproduce no apartado 7 da sentenza.

en Francia, sobre a base do disposto no apartado 2 do artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71⁸³¹ e na propia lexislación belga⁸³². Como consecuencia dun control, as autoridades belgas detectaron que viñera exercendo, durante o tempo que estivera gozando das prestacións familiares por razón do seu traballo en Francia, un traballo complementario por conta propia en Bélxica polo que tamén estivera recibindo prestacións familiares⁸³³. A Oficina Nacional de asignacións familiares para empregados (*Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés*, en adiante ONAF) entendeu entón que, sobre a base do disposto no artigo 76 do Regulamento (CEE) número 1408/71, esta dobre actividade determinaba que os subsidios familiares fosen asumidos polo réxime belga de traballadores por conta propia e que o Sr. Georges debía devolver o exceso de prestacións percibidas sobre a base do seu emprego por conta allea con respecto ao que lle correspondería polo seu traballo por conta propia⁸³⁴. O Sr. Georges presentou recurso contra a decisión da ONAF diante do *Tribunal du travail* de Diant quen decidiu formular unha cuestión prexudicial diante do Tribunal de Xustiza, que foi resolta na sentenza que se está a analizar. O órgano nacional de remisión preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se as normas de prioridade e de prohibición de acumulación contidas nos artigos 73 e 76 do Regulamento (CEE) número 1408/71 permitían: 1) “-concluir que se causa un dereito aos subsidios familiares a cargo do outro Estado membro (Estado de emprego)”; 2) “-concluir que existe un dereito prioritario a cargo do Estado do lugar de residencia”; e 3) “-concluir que o dereito causado no Estado emprego só se suspende até a contía da suma percibida, polo que respecta ao mesmo período e aos mesmos membros da familia, no Estado de residencia”⁸³⁵.

301. O Tribunal acolle a terceira das opcións que se lle formula e sinala que o dereito aos subsidios debidos polo Estado membro de emprego “só quedará suspendido até acadar o importe dos subsidios da mesma natureza efectivamente aboados no Estado membro en cuxo territorio residan os membros da familia”, e tamén que “cando o importe dos subsidios familiares efectivamente percibidos no Estado membro de residencia sexa inferior ao dos subsidios previstos pola lexislación do outro Estado

⁸³¹ Na redacción vixente na data dos feitos sobre os que se pronuncia a sentenza, o apartado 2 do artigo 73 determinaba que “o traballador sometido á lexislación francesa terá dereito, para os membros da súa familia que residan no territorio de calquera outro Estado membro distinto de Francia, aos subsidios familiares previstos pola lexislación do Estado membro en cuxo territorio residan as persoas de que se trate”.

⁸³² Véxase o apartado 4 da sentenza Georges.

⁸³³ Véxase o apartado 5 da sentenza Georges.

⁸³⁴ Véxase o apartado 6 da sentenza Georges.

⁸³⁵ Véxase o apartado 7 da sentenza Georges.

membro, o traballador ten dereito a percibir, con cargo á institución competente deste último Estado, un subsidio complementario igual á diferenza entre ambos importes”⁸³⁶. Para chegar a esta conclusión o Tribunal de Xustiza parte da base de que o dereito á libre circulación de traballadores establecido nos Tratados condiciona a interpretación dos Regulamentos comunitarios en materia de Seguridade Social dos traballadores migrantes. En consecuencia, non se poden aplicar as disposicións contidas nos Regulamentos de xeito que priven ao traballador migrante do beneficio a percibir subsidios máis favorábeis outorgados nun Estado membro substituíndoos por outros, menos favorábeis, debidos noutro Estado membro⁸³⁷. Por elo, “se o importe dos subsidios familiares efectivamente percibidos no Estado membro de residencia é inferior ao dos subsidios previstos pola lexislación doutro Estado membro, o traballador ten dereito, con cargo á institución competente deste último Estado, a un complemento de subsidios igual á diferenza entre os dous importes”⁸³⁸, que é o que acontece aquí, no que se exerce “simultaneamente unha actividade accesoria de traballador por conta propia no Estado membro da súa familia e unha actividade por conta allea no territorio doutro Estado membro”⁸³⁹.

3. No suposto de realización de actividade no Estado membro de residencia por parte doutro traballador con dereito a prestacións familiares sobre a mesma persoa

302. Outro suposto analizado polo Tribunal de Xustiza referido ao dereito ás prestacións familiares en supostos de traballo fronteirizo facía referencia ao desempeño, por parte do outro proxenitor do menor que causa dereito ás prestacións, dunha actividade no Estado membro de residencia. Este caso foi resolto polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Dold e Oberhollenzer⁸⁴⁰.

303. As señoras Dold e Oberhollenzer eran dúas nacionais austríacas que residían en Alemaña co seu marido e parella respectivamente. Elas traballaban en Austria e eles en Alemaña. Tras o nacemento dos seus fillos, a relación laboral da señora Dold e da señora Oberhollenzer quedou en suspenso. O señor Dold e o señor Oberhollenzer percibiron en Alemaña prestacións familiares, pero non gozaron da prestación alemá de crianza dado que exercían unha actividade profesional a tempo completo⁸⁴¹. As

⁸³⁶ Véxase o apartado 13 da sentenza Georges.

⁸³⁷ Véxanse os apartados 9 e 10 da sentenza Georges.

⁸³⁸ Véxase o apartado 11 da sentenza Georges.

⁸³⁹ Véxase o apartado 12 da sentenza Georges.

⁸⁴⁰ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 7 de xuño de 2005, asunto C-543/03.

⁸⁴¹ Véxanse os apartados 12 a 15 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

señoras Dold e Oberhollenzer solicitaron en Alemaña a prestación de crianza, que lles foi denegada co argumento de que era competencia das autoridades austríacas⁸⁴², e en Austria unha prestación por coidado de fillos, que tamén lles foi denegada. As autoridades austríacas argumentaron que, no caso das solicitantes, tal prestación debería ser concedida no Estado membro de residencia, dado que o outro proxenitor do menor polo que se solicitan as prestacións traballaba no mesmo e ás autoridades austríacas só lles correspondería compensar a diferenza entre a prestación alemá e a que correspondería en Austria⁸⁴³. O *Oberlandesgericht Innsbruck*, que coñeceu as citadas reclamacións en recurso de apelación, tras acordar a acumulación das mesmas, decidiu presentar unha cuestión prexudicial diante do Tribunal de Xustiza na que, entre outras cousas, lle preguntou ao Tribunal cal era o Estado membro “prioritariamente competente para asumir a prestación familiar de que se trata”⁸⁴⁴.

304. O Tribunal de Xustiza indicou a tal efecto a necesidade de recordar o alcance do artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71, a súa relación coas normas que prohibían a acumulación de prestacións e, finalmente, determinar cal delas resultaba aplicábel ao caso⁸⁴⁵. Así, ao respecto do alcance do artigo 73, indicou que contemplaba “a situación en que a familia dun traballador por conta allea reside nun Estado membro distinto do Estado competente e garante a concesión das prestacións familiares previstas pola lexislación aplicábel deste, como se a familia do traballador por conta allea residira no seu territorio”⁸⁴⁶ e que a finalidade desta norma non era outra que a de “impedir que un Estado membro poida facer depender a concesión ou a contía de prestacións familiares da residencia dos membros da familia do traballador no Estado membro que as outorga”⁸⁴⁷. Continuou indicando que esta norma estaba en relación co artigo 13 do mesmo Regulamento, que establecía o principio de *lex loci laboris*, que garantía “a igualdade de trato ao respecto das distintas lexislacións nacionais e o goce das prestacións de seguridade social, con independencia do seu lugar de emprego ou residencia” e que debía interpretarse “de xeito uniforme en todos os Estados membros, sexa cal for a organización das lexislacións nacionais relativas á adquisición do dereito ás prestacións familiares”⁸⁴⁸. Por elo, entende o Tribunal que “as demandantes no litixio principal, que residen coas súas familias nun Estado

⁸⁴² Véxase o apartado 16 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁴³ Véxanse os apartados 17 a 19 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁴⁴ Véxase o apartado 35 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁴⁵ Véxase o apartado 44 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁴⁶ Véxase o apartado 45 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁴⁷ Véxase o apartado 46 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁴⁸ Véxase o apartado 47 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

membro distinto do Estado de emprego, adquiren neste último Estado dereito ás prestacións familiares conforme ao Dereito comunitario”⁸⁴⁹. Estabelecido isto, queda poñer en relación este dereito coas normas que nos Regulamentos comunitarios prohiben a acumulación de prestacións, dado que no caso de autos, o nacemento dos fillos concedeu ás demandantes dereito ás prestacións familiares tanto en Austria, por ser nais traballadoras por conta allea nese Estado membro —ao abeiro do artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71—, coma en Alemaña, cuxa lexislación nacional concede a un dos proxenitores o dereito á prestación de crianza por mor da residencia no territorio dese Estado membro⁸⁵⁰.

305. Esta dobre atribución do dereito a prestacións en favor das demandantes obriga a aplicar á mesma a normativa que prohibe a acumulación, que se encontraba no artigo 76 do Regulamento (CEE) número 1408/71 e no artigo 10 do Regulamento (CEE) número 574/72, para determinar cal dos dous Estados membros debe facerse cargo das prestacións. O Tribunal entende que para o caso analizado a disposición contida no artigo 76 do Regulamento (CEE) número 1408/71 non resultaba de aplicación, dado que a lexislación alemá concedía as prestacións sobre a base da residencia en Alemaña e de non exercer nela unha actividade profesional ou de non exercela a tempo completo⁸⁵¹. Pola contra, afirmou que a disposición contida no artigo 10 do Regulamento (CEE) número 574/72 si resultaba de aplicación por referirse ao suposto da existencia dun dereito a prestación no Estado membro de residencia non supeditada ao exercicio dunha actividade profesional⁸⁵². Este artigo determinaba que cando as prestacións familiares fosen debidas no Estado membro de residencia do fillo independentemente do cumprimento de requisitos de seguro ou emprego, o dereito a esas prestacións quedase en suspenso nos casos en que se debesen prestacións en aplicación do artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71⁸⁵³. Sen embargo, cando a persoa que teña dereito ás prestacións familiares ou persoa á quen lle foron servidas exercera unha actividade profesional no Estado de residencia do fillo debía suspenderse o dereito ás prestacións debidas de conformidade co artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71⁸⁵⁴. O Tribunal recorda que xa na sentenza *McMenamin*⁸⁵⁵ aclarara a expresión “a persoa que teña dereito ás

⁸⁴⁹ Véxase o apartado 48 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵⁰ Véxanse os apartados 49 e 50 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵¹ Véxase o apartado 53 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵² Véxase o apartado 54 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵³ Véxase o apartado 56 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵⁴ Véxase o apartado 57 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 9 de decembro de 1992, asunto C-119/91.

prestacións ou [...] a persoa á que lle foron servidas”, no sentido de que se refire xenericamente ás persoas beneficiarias das prestacións familiares no Estado membro de residencia, o que inclúe, entre outros ao cónxuxe, á persoa coa que non se está ou xa non se está casada coa persoa que goza das prestacións ao abeiro do artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71, ou mesmo a esa mesma persoa no caso de que o dereito ás prestacións proveña de traballar tamén no Estado membro de residencia⁸⁵⁶. Por todo o dito, o Tribunal de Xustiza conclúe que no caso de autos correspondíalle a Alemaña asumir as prestacións familiares pretendidas, pois o feito de que os pais dos nenos non reuniran os requisitos para teren dereito ás prestacións por desempeñar unha actividade profesional a tempo completo resultaba irrelevante⁸⁵⁷, xa que abondaba con que un dos dous

⁸⁵⁶ Véxase o apartado 58 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵⁷ O Tribunal de Xustiza xa declarara con anterioridade a irrelevancia da persoa que fose designada pola normativa nacional como beneficiaria das prestacións familiares, aínda que nun suposto non relacionados con acumulación de prestacións. Foi o caso resolto polo Tribunal de Xustiza no caso *Hoever e Zachow* (véxase *supra*, núm. 296) ao respecto da prestación de crianza establecida na BErzGG alemá, que, recórdese, era unha prestación á que tiñan dereito as persoas que cumpriran os seguintes requisitos: -domicilio ou residencia habitual no ámbito territorial da lei; -ter na familia un fillo a cargo; -ocuparse do coidado e educación dese fillo e; non exercer actividade laboral a xornada completa (apartado 4 da sentenza). As señoras *Hoever* e *Zachow* residían, xunto cos seus esposos e fillos nos Países Baixos. Os seus esposos eran traballadores fronteirizos empregados en Alemaña. A Sra. *Hoever* realizaba unha actividade marxinal en Alemaña e a Sra. *Zachow* non exercía actividade laboral algunha (apartado 7 da sentenza). O órgano nacional de remisión preguntoulle ao Tribunal de Xustiza se “cando un traballador por conta allea está sometido á lexislación dun Estado membro e vive coa súa familia noutro Estado membro, o seu cónxuxe ten dereito [...] a percibir unha prestación como a prestación de crianza no Estado do seu emprego” (apartado 28 da sentenza). En contra do recoñecemento deste dereito ao cónxuxe do traballador argumentouse que os familiares dun traballador só poden reclamar, sobre a base da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social, “dereitos derivados, adquiridos en condición de membro da familia dun traballador” (foi a postura mantida no proceso pola Comisión e polos Gobernos alemán, español e francés, que citaron a Sentenza do 23 de novembro de 1976, asunto, 40/76, caso *Kermaschek*, véxase o apartado 31 da sentenza). Fronte a esta postura o Tribunal recordou que esta doutrina, establecida polo propio Tribunal de Xustiza, limita o seu alcance aos supostos de prestacións de desemprego e que non alcanza ás prestacións familiares, nas que, en principio, non resulta de aplicación, pois a finalidade da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social era, precisamente, a concesión das prestacións aos membros da familia do traballador residentes en Estado membro distinto do competente (véxanse os apartados 32 e 33 da sentenza). De permitirse esixir un requisito de residencia no Estado membro competente a unha prestación de crianza estaríase disuadindo aos traballadores para exerceren o dereito á libre circulación e se iría contra a finalidade do Regulamento, pois se estaría privando ao cónxuxe dun traballador de obter unha prestación á que tería dereito de permanecer no Estado competente. Para finalizar o Tribunal de Xustiza, seguindo neste punto o indicado polo Avogado Xeral nas súas conclusións, indicou que “non pode considerarse que unha persoa teña dereito a elas ...[as prestacións familiares]... independentemente da súa situación familiar” e que “posto que a concesión dunha prestación como a prestación de crianza se destina a compensar as cargas familiares, carece de importancia a cal dos pais se decida atribuír a prestación” (véxase o apartado 35 da sentenza).

proxenitores si que os cumprira, o que no caso controvertido acontecía coas nais⁸⁵⁸.

306. Outro suposto no que o Tribunal debeu determinar o Estado membro ao que lle correspondía asumir o abono de prestacións familiares no caso dun traballador fronteirizo cuxa parella realizaba unha actividade profesional no Estado membro de residencia, foi resolto na sentenza do caso Weide⁸⁵⁹. A Sra. Weide residía en Alemaña, xunto co seu esposo e o fillo de ambos, e traballaba en Luxemburgo. Tras nacer o seu segundo fillo e gozar do permiso de maternidade e dun permiso non retribuído, decidiu dedicarse ao coidado deste segundo fillo por un período de ano e medio, tras o cal se reincorporou á súa antiga empresa. Durante o período de crianza do fillo continuou afiliada en Luxemburgo⁸⁶⁰. Ao mes seguinte do nacemento do fillo, a Sra. Weide solicitou á institución do Estado membro de residencia unha prestación ao abeiro da BErzGG, que foi desestimada por entender esta institución que, malia cumprir os requisitos para obter en Alemaña a prestación interesada, debía ser a institución de Luxemburgo a que aboase a prestación. A interesada presentou entón unha solicitude diante das autoridades luxemburguesas que lle concederon o complemento pola diferenza entre a contía que tería que ter percibido en Alemaña e a que correspondería en Luxemburgo. Diante desta decisión presentou un recurso que chegou a ser coñecido en casación pola *Cour de cassation* quen presentou as cuestións prexudiciais resoltas na sentenza que se analiza⁸⁶¹.

307. O órgano nacional de remisión preguntoulle, en esencia, ao Tribunal de Xustiza sobre a interpretación que se lle debía dar ao artigo 76 do Regulamento (CEE) número 1408/71. O Tribunal de Xustiza inicia a súa resposta recordando o establecido no artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71, que determina que “o traballador sometido á lexislación dun Estado membro ten dereito, para os membros da súa familia que residan no territorio doutro Estado membro, ás prestacións familiares previstas pola lexislación do primeiro Estado, como se residisen no territorio deste”⁸⁶². Por tanto, no caso analizado, implica que teña dereito ás prestacións en Luxemburgo en tanto que Estado de emprego. A solicitante cumpre tamén o requisito para a concesión da prestación de crianza no Estado membro de residencia, que non supedita a concesión da prestación

⁸⁵⁸ Véxanse os apartados 60 a 62 da sentenza Dold e Oberhollenzer.

⁸⁵⁹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Primeira) do 7 de xullo de 2005, asunto C-153/03.

⁸⁶⁰ Véxase o apartado 12 da sentenza Weide.

⁸⁶¹ Véxanse os apartados 13 a 16 da sentenza Weide.

⁸⁶² Véxase o apartado 20 da sentenza Weide.

ao cumprimento dun requisito de residencia e non de actividade profesional⁸⁶³.

308. A sentenza aclara que o artigo 76 —que fixa as normas de prioridade para o caso de acumulación de dereito a prestacións— contempla o suposto de que se teñan dereito a prestacións no Estado membro de residencia por mor do exercicio dentro do mesmo dunha actividade profesional⁸⁶⁴, o que non acontece no caso analizado, polo que non será esta norma a que permita resolver a controversia. O suposto analizado está, sen embargo previsto no artigo 10 do Regulamento (CEE) número 574/72, que será o que resulte de aplicación⁸⁶⁵, que determina a prevalencia dos subsidios abonados no Estado membro de emprego sobre os abonados no Estado membro de residencia cando estes últimos non estean suxeitos a requisitos de seguro ou actividade, que quedarán en suspenso. Sen embargo, cando se exerce unha actividade profesional no Estado membro de residencia propugna a solución inversa, pois neste caso prevalecen as asignacións aboadas no Estado membro de residencia, quedando en suspenso as correspondentes no Estado membro de emprego⁸⁶⁶. A actividade profesional que dá lugar á inversión da prioridade ten que ser exercida ben pola persoa que teña dereito ás prestacións, ben pola persoa a quen lle foron servidas⁸⁶⁷. O Tribunal recorda que viña interpretando esta norma no sentido de que “o exercicio por unha persoa que teña a custodia dos fillos e, máis concretamente, por parte do cónxuxe do beneficiario mencionado no artigo 73 do Regulamento núm. 1408/71, dunha actividade profesional no Estado membro de residencia dos fillos suspende, de conformidade co artigo 10 do Regulamento núm. 574/72, o dereito ás asignacións previstas no artigo 73 do Regulamento núm. 1408/71, até a contía das asignacións de igual natureza efectivamente aboadas polo Estado de residencia e elo con independencia de quen sexa o beneficiario directo das asignacións familiares designado pola lexislación do Estado de residencia”⁸⁶⁸. Polo tanto, conclúe o Tribunal que —segundo determina o artigo 10 do Regulamento (CEE) número 574/72— no suposto de autos “o exercicio, polo cónxuxe da persoa beneficiaria da prestación de crianza ...[luxemburguesa]... conforme ao artigo 73 do Regulamento núm. 1408/71, dunha actividade profesional no Estado membro de residencia dos fillos

⁸⁶³ Véxase o apartado 23 da sentenza Weide.

⁸⁶⁴ Véxanse os apartados 21 e 22 da sentenza Weide.

⁸⁶⁵ Véxase o apartado 24 da sentenza Weide.

⁸⁶⁶ Véxase o apartado 28 da sentenza Weide, na que cita a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 9 de decembro de 1992, asunto C-119/91, caso McMenamin.

⁸⁶⁷ Véxase o apartado 29 da sentenza Weide.

⁸⁶⁸ Véxase o apartado 30 da sentenza Weide, no que cita a sentenza do caso McMenamin.

(no presente caso, a República Federal Alemá) suspende o dereito ás prestacións previstas por esta disposición até a contía das prestacións de crianza prevista pola lexislación do Estado membro de residencia, aínda que estas se adebeden ao beneficiario da prestación luxemburguesa, e non ao seu cónxuxe⁸⁶⁹. Cómpre salientar que a suspensión das prestacións alcanza só até a contía prevista nos subsidios que prevalecen, razón pola que o traballador conserva o dereito a percibir un complemento no caso de que a prestación suspendida fose de maior contía que a percibida, e elo “con independencia de quen sexa o beneficiario directo das asignacións familiares designado pola lexislación do Estado de residencia”⁸⁷⁰, que poderá ser tanto o propio traballador coma o outro proxenitor, mesmo cando traballe noutro Estado membro⁸⁷¹.

4. No suposto de que exista máis dun Estado membro de emprego e ningún coincida co Estado membro de residencia

309. Outro suposto de feito analizado polo Tribunal de Xustiza, no que atinxe a prestacións familiares en supostos de traballo fronteirizo, refírese a aqueles casos nos que os proxenitores dun menor que causa dereito a prestacións familiares traballan en distintos Estados membros e ningún deles constitúe o Estado de residencia do menor. Foi o caso analizado polo Tribunal de Xustiza no caso Dammer⁸⁷². A familia Dammer, constituída polo señor e a señora Dammer e o fillo de ambos, residía nos Países Baixos. O Sr. Dammer exercía unha actividade por conta allea en Bélxica e a Sra. Dammer en Alemaña⁸⁷³. Cando o Sr. Dammer presentou unha solicitude de prestacións familiares en Bélxica, esta non foi aceptada sobre a base de que a súa esposa percibía en Alemaña prestacións por ese fillo⁸⁷⁴. O recurso formulado polo Sr. Dammer diante desta negativa motivou a formulación da cuestión prexudicial resolta polo Tribunal de Xustiza na sentenza que se analiza, que entende que o caso examinado constitúe un suposto de acumulación de prestacións prohibido pola normativa comunitaria, pois esta pode darse tanto nos casos en que unha persoa ten dereito a dúas prestacións familiares simultaneamente⁸⁷⁵, como cando dúas

⁸⁶⁹ Véxase o apartado 33 da sentenza.

⁸⁷⁰ Véxase o apartado 27 da sentenza do caso McMenamin.

⁸⁷¹ É o caso que se resolve na sentenza McMenamin. Véxanse os apartados 3 e 23 a 27 da sentenza.

⁸⁷² Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Quinta) do 14 de decembro de 1989, asunto C-168/88.

⁸⁷³ Véxase o apartado 3 da sentenza Dammer.

⁸⁷⁴ Véxase o apartado 4 da sentenza Dammer.

⁸⁷⁵ Foi o caso analizado na sentenza Georges.

persoas teñen dereito ás prestacións polo mesmo fillo⁸⁷⁶. Para estes casos de acumulación o Tribunal recorda que a normativa comunitaria establece unhas regras de prioridade consistentes en dar preferencia ás prestacións que correspondan ao Estado de residencia do menor, pero que non prevé unha resposta para un suposto como o analizado na sentenza, no que o Estado de residencia do menor non se corresponde co Estado de emprego de ningún dos proxenitores. Diante desta falta de indicacións na normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social, entende que deben tomarse en consideración os principios nos que se basea o dereito á libre circulación de traballadores establecido nos Tratados⁸⁷⁷.

310. Considera o Tribunal que o obxectivo do establecemento da libre circulación de traballadores non se acadaría se un traballador, como consecuencia do exercicio dese dereito, perdera un beneficio de Seguridade Social que lle garante a lexislación dun so Estado membro. En consecuencia, “a aplicación da normativa comunitaria non pode supor unha diminución das prestacións concedidas ao abeiro de dita lexislación”⁸⁷⁸ e, por tanto, “ningunha disposición do Regulamento nº 1408/71 pode privar a unha persoa do dereito que se lle conferiu en virtude da lexislación dun Estado membro, con independencia da aplicación do Dereito comunitario”⁸⁷⁹. Con estas premisas, o Tribunal non estableceu unha norma de prioridade entre os Estados membros de emprego dos cónxuxes para os efectos de determinar cal debía abonar as prestacións familiares, pero si indicou que no caso de que un cónxuxe xa as estea a percibir no seu Estado de emprego, o outro cónxuxe pode solicitar no seu un complemento de prestacións pola diferenza entre a contía das prestacións percibidas e as que corresponderían no seu Estado de emprego⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ Véxanse os apartados 8 a 12 da sentenza Dammer. Neste último recorda que o espírito das disposicións que regulan a acumulación de prestacións familiares “é impedir que, tanto o beneficiario directo dunha prestación familiar, é dicir, o traballador, coma os beneficiarios indirectos dela, é dicir, os membros da familia do traballador, poidan beneficiarse simultaneamente de dúas prestacións da mesma natureza”.

⁸⁷⁷ Véxanse os apartados 16, 19 e 20 da sentenza Dammer.

⁸⁷⁸ Véxase o apartado 21 da sentenza Dammer, no que se citan as sentenzas do 21 de outubro de 1975, asunto 24/75, caso Petroni, apartado 13, e do 9 de xullo de 1980, asunto 807/79, caso Gravina, apartado 7.

⁸⁷⁹ Véxase o apartado 22 da sentenza Dammer.

⁸⁸⁰ Véxase o apartado 25 da sentenza Dammer. A sentenza recorda, no seu apartado 23, que xa viña declarando no caso de existir dereito a prestacións no Estado membro de residencia e no Estado membro de emprego que “o dereito ás prestacións familiares a cargo do Estado en cuxo territorio reside o titular dunha pensión de invalidez, non fai desaparecer o dereito a prestacións familiares máis elevadas anteriormente causado a cargo doutro Estado membro” e que “cando o importe das prestacións familiares efectivamente percibido no Estado membro de residencia sexa inferior ao das prestacións establecidas pola lexislación do outro Estado membro, o traballador ten dereito, a cargo da institución competente deste último Estado, a un

5. No suposto de que a lexislación interna do Estado membro de residencia outorgue dereito ás prestacións familiares por razón de residencia cando non exista dereito ás mesmas no Estado membro de emprego

311. O último suposto a analizar fai referencia aos casos nos que a lexislación interna do Estado membro de residencia outorgue, por razóns de mera residencia, dereito ás prestacións familiares á marxe do determinado pola normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social. Cuestionouse se a normativa comunitaria, ao establecer o dereito a percibiren as prestacións no Estado membro de emprego, prohibía percibilas no Estado membro de residencia. Esta cuestión foi analizada e resolta polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Bosmann⁸⁸¹. A Sra. Bosmann era unha nacional belga que residía cos seus dous fillos (estudantes maiores de idade) en Alemaña, onde se facía cargo deles en exclusiva⁸⁸², e que percibía nese Estado membro as prestacións familiares correspondentes por razón da súa residencia nese Estado. Tras comezar a traballar nos Países Baixos como traballadora fronteiriza⁸⁸³, Alemaña denegoulle a percepción das prestacións familiares por entender que o Estado membro competente para o abono das mesmas era Holanda⁸⁸⁴, cuxa lexislación non recoñecía á Sra. Bosmann o dereito a percibir prestacións familiares por teren os seus fillos máis de dezoito anos⁸⁸⁵.

312. O Tribunal alemán que coñeceu a reclamación da Sra. Bosmann contra tal decisión formulou ao Tribunal de Xustiza unhas cuestións prexudiciais que motivaron a sentenza que se analiza. Na primeira cuestión prexudicial preguntoulle, en esencia, ao Alto Tribunal se a norma comunitaria⁸⁸⁶ que atribúe a competencia da lexislación do Estado membro de emprego “permite a un traballador por conta allea que se encontre na situación da Sra. Bosmann, que está comprendida no ámbito de aplicación do Regulamento núm. 1408/71 e que está suxeita ao réxime de Seguridade

complemento das prestacións igual á diferenza entre os dous importes” e indica que para o caso de autos cómpre atopar “unha solución análoga”.

⁸⁸¹ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 20 de maio de 2008, asunto C-352/06.

⁸⁸² Véxase o apartado 9 da sentenza Bosmann.

⁸⁸³ Véxase o apartado 10 da sentenza Bosmann. A sentenza non indica expresamente que a Sra. Bosmann fose unha traballadora fronteiriza, pero se deduce do texto da mesma (véxanse, a este respecto, os apartados 10, 12, 35 e 36).

⁸⁸⁴ Véxase o apartado 10 da sentenza Bosmann.

⁸⁸⁵ Véxase o apartado 11 da sentenza Bosmann.

⁸⁸⁶ Referíase, en concreto, á letra a) do apartado 2 do artigo 13 do Regulamento (CEE) número 1408/71. Esta referencia debe entenderse hoxe efectuada á letra a) do apartado 3 do artigo 11 do Regulamento (CE) número 883/2004.

Social do Estado membro de emprego [...] percibir prestacións no Estado membro no que reside [...] cando consta que non pode concedérselle tal beneficio, por razón da idade dos seus fillos, no Estado membro competente”⁸⁸⁷.

313. Na súa resposta, o Tribunal de Xustiza recorda que —segundo determinaba con carácter específico o artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71— “un traballador sometido á lexislación dun Estado membro ten dereito, para os membros da súa familia que residan no territorio doutro Estado membro, ás prestacións familiares previstas pola lexislación do primeiro Estado, como se residiran no territorio deste”⁸⁸⁸ e que, por tanto, “a lexislación aplicábel á situación da Sra. Bosman é, en principio, a lexislación do Estado membro do seu emprego”⁸⁸⁹, que é a holandesa. Indica que a situación controvertida non é un suposto de acumulación de prestacións que poida ser resolto segundo o disposto na letra a) do apartado 1 do artigo 10 do Regulamento número 574/72, “dado que o dereito ás prestacións familiares no Estado membro de emprego está excluído [...] conforme á lexislación deste último Estado, debido á idade dos fillos da demandante no litixio principal”⁸⁹⁰. Conclúe, pois, que no caso de autos é a normativa holandesa a que resulta de aplicación para determinar o dereito ás prestacións familiares⁸⁹¹ e que non existe norma de Dereito comunitario que obrigue ás autoridades alemás a outorgalas⁸⁹².

314. Sen embargo, recorda o Tribunal que malia que a lexislación aplicábel ás situacións que quedan dentro do ámbito de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social deba ser determinada polas disposicións sobre determinación da lexislación aplicábel establecidas nesta normativa, o que neste caso supón a aplicación da lexislación holandesa, “non sempre está excluída, sen embargo, a aplicación do disposto noutro ordenamento xurídico”⁸⁹³. A este respecto recorda que a finalidade da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social é “facilitar a libre circulación de traballadores, e implica, en particular, que os traballadores migrantes non deben perder os dereitos ás prestacións de Seguridade Social nin sufrir

⁸⁸⁷ Véxase o apartado 14 da sentenza Bosmann.

⁸⁸⁸ Véxase o apartado 18 da sentenza Bosmann.

⁸⁸⁹ Véxase o apartado 19 da sentenza Bosmann.

⁸⁹⁰ Véxase o apartado 25 da sentenza Bosmann.

⁸⁹¹ Véxase o apartado 26 da sentenza Bosmann.

⁸⁹² Véxase o apartado 27 da sentenza Bosmann.

⁸⁹³ Véxase o apartado 20 da sentenza Bosmann, no que cita, en apoio desta tese a Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Sala Primeira) do 20 de xaneiro de 2005, asunto C-302/02, caso Laurin Effing.

unha redución da contía destas por teren exercitado o dereito á libre circulación que lles recoñece o Tratado”⁸⁹⁴. Por elo, entende que “non pode privarse ao Estado membro de residencia da facultade de conceder prestacións familiares ás persoas que residen no seu territorio”, pois a normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social “non ten por obxecto impedir ao Estado de residencia conceder, de conformidade coa súa lexislación nacional, prestacións familiares a dita[s] persoa[s]”⁸⁹⁵. En consecuencia, conclúe o Tribunal que a normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social “non se opón a que un traballador migrante, que está suxeito ao réxime de Seguridade Social do Estado membro de emprego, perciba, de conformidade coa lexislación nacional do Estado membro de residencia, prestacións familiares neste último Estado”⁸⁹⁶.

315. O órgano nacional de remisión tamén lle preguntou ao Tribunal sobre a relevancia que podía ter —para os efectos da concesión das prestacións familiares no Estado de residencia no caso de autos— o feito de que a traballadora regresara ou non ao seu domicilio ao final de cada xornada de traballo, isto é: que fose unha traballadora fronteiriza⁸⁹⁷. Sobre este extremo, o Tribunal de Xustiza aclara que a normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social non se opón a que nun suposto como o controvertido a traballadora perciba prestacións no Estado membro de residencia cando teña dereito a elo en función da lexislación interna dese Estado membro. Dado que se trata de aplicación de lexislación interna dese Estado membro, terán que ser as autoridades do mesmo as que deban determinar a relevancia do regreso diario ou semanal para os efectos de apreciar a residencia nese territorio de cara á aplicación da súa propia normativa interna⁸⁹⁸.

d) Na normativa actual

316. As prestacións familiares aparecen reguladas nos artigos 67 a 69 do Regulamento (CE) número 883/2004, que compoñen o capítulo 8 do seu título III⁸⁹⁹. Tamén son reguladas nos artigos 58 ao 61 do Regulamento (CE) número 987/2009, que compoñen, á súa vez, o capítulo VI do seu

⁸⁹⁴ Véxase o apartado 29 da sentenza Bosmann, no que se cita a sentenza do caso Nemeč.

⁸⁹⁵ Véxase o apartado 31 da sentenza Bosmann.

⁸⁹⁶ Véxase o apartado 33 da sentenza Bosmann.

⁸⁹⁷ Véxase o apartado 35 da sentenza Bosmann.

⁸⁹⁸ Véxanse os apartados 36 e 37 da sentenza Bosmann.

⁸⁹⁹ Os artigos levan por título “membros de familia residentes noutro Estado membro”, “normas de prioridade en caso de acumulación” e “disposicións adicionais”, respectivamente.

título III⁹⁰⁰. No articulado ao que se acaba de facer referencia, tanto do Regulamento de base como do de aplicación, non aparece indicación algunha relativa ao fenómeno do traballo fronteirizo⁹⁰¹, o que non implica que estas prestacións non presenten particularidades cando se trata deste tipo de traballadores, tal e como tivo ocasión de indicar en múltiples ocasións o Tribunal de Xustiza ao respecto dos derogados Regulamentos (CEE) número 1408/71 e 574/72.

317. A regulación actual das prestacións familiares supuxo un claro avance no proceso de simplificación e sistematización da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social ao respecto da regulación anterior, que se verá de seguido. Este avance pode apreciarse, por unha banda, na significativa redución do número de artigos nos que se regulan estas prestacións (o actual Regulamento de base dedícalle tres, fronte aos sete que lle dedicaba o anterior), e por outra banda, pola opción na actual normativa de establecer unha regulación común para as distintas situacións, fronte á opción polo casuismo da lexislación anterior, que mesmo incluíu un capítulo específico para as prestacións por fillos a cargo nos casos dos titulares de pensións ou de rendas e por orfos⁹⁰².

318. As prestacións familiares son definidas dentro do propio Regulamento (CE) número 883/2004 como “todas as prestacións en especie ou en metálico destinadas a facer fronte aos gastos familiares, con exclusión dos anticipos de pensións alimenticias e os subsidios especiais de natalidade e

⁹⁰⁰ Estes artigos denomínanse, respectivamente, “normas de prioridade en caso de acumulación”, “normas aplicábeis en caso de modificación da lexislación aplicábel ou da competencia para a concesión de prestacións familiares”, “procedemento de aplicación dos artigos 67 e 68 do Regulamento de base” e “procedemento de aplicación do artigo 69 do Regulamento de base”.

⁹⁰¹ Cómpre sinalar que no derogado Regulamento (CEE) número 1408/71 si que aparecía unha referencia ao fenómeno do traballo fronteirizo dentro da regulación das prestacións familiares, pois o seu artigo 72 *bis* referíase de maneira indirecta a eles ao referirse ao “traballador por conta allea en desemprego total ao que se lle apliquen as disposicións do inciso ii) da letra a) [...] do apartado 1 do artigo 71”. Recórdese que o referido inciso se refería ao traballador fronteirizo en paro total.

⁹⁰² O capítulo 8, integrado polos artigos 77 a 79 *bis*. A existencia dunha regulación específica para a determinación do dereito ás prestacións por fillos a cargo no caso de titulares de pensións ou rendas e por orfos motivou que o Tribunal de Xustiza tivese que pronunciarse ao respecto das concretas prestacións ás que tiñan dereito estas persoas. Véxase ao respecto a sentenza do caso Leclere Deaconescu, citada, na que se indica, entre outras cousas, que a asignación de crianza luxemburguesa non estaba incluída entre os subsidios familiares que deberan aboarse aos titulares de pensións ou rendas de vellez, de invalidez, de accidente de traballo ou de enfermidade profesional, con independencia do Estado membro no que residan e que o artigo 73 do Regulamento (CEE) número 1408/71 non confería ao titular dunha pensión de invalidez o dereito a percibir unhas prestacións familiares distintas dos subsidios familiares previstos no artigo 77 do citado Regulamento (véxanse os apartados 44 e 51 da sentenza).

adopción mencionados no anexo I”⁹⁰³. Este anexo do Regulamento de base consta de dúas partes, a I, titulada “anticipos de pensións alimenticias” e a II, titulada “subsídios especiais de natalidade e adopción”. As dúas partes foron modificadas polo Regulamento (CE) número 988/2009, que incluíu rúbricas referidas a Estados membros que non figuraban na redacción orixinal e modificou algunhas das existentes⁹⁰⁴. Tras a reforma do anexo existen rúbricas referidas a España nas dúas partes; na primeira inclúense os “anticipos do pago de alimentos ao abeiro do Real decreto 1618/2007, do 7 de decembro”⁹⁰⁵, e na segunda as “asignacións económicas de pago único por nacemento ou adopción”⁹⁰⁶.

319. Malia ser das poucas categorías de prestacións reguladas pola normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social que aparecen expresamente definidas dentro da mesma⁹⁰⁷, resulta problemática a inclusión dentro delas de determinadas prestacións establecidas pola lexislación interna dos Estados membros, tal e como se puido comprobar ao respecto da anterior normativa⁹⁰⁸.

320. O Regulamento (CE) número 883/2004 establece no seu artigo 67⁹⁰⁹ que o dereito ás prestacións familiares deberá ser determinado pola

⁹⁰³ Véxase a letra z) do artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹⁰⁴ Na parte I incluíu novas rúbricas referidas tanto a novos Estados membros (Bulgaria, Estonia, Polonia, Eslovenia e Eslovaquia), que non formaban parte da Unión Europea na data de publicación do Regulamento, como a Estados membros que xa eran parte da Unión nesa data, como son os casos de España e Luxemburgo. Na parte II tamén incluíu rúbricas referidas a novos Estados membros (Bulgaria, República Checa, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, Polonia, Romanía, Eslovenia e Eslovaquia), e modificou as rúbricas referidas a Francia e a España. A reforma tamén afectou a aspectos formais do anexo, pois eliminou o sistema de numeración por medio de letras das rúbricas correspondentes aos Estados membros.

⁹⁰⁵ Sobre organización e funcionamento do Fondo de Garantía do Pago de Alimentos (BOE do 14 de decembro). Este Fondo ten como finalidade, establecida no apartado 2 do artigo 2 do Real decreto, “garantir aos fillos e fillas menores de idade o pagamento de alimentos recoñecidos e impagados establecidos en convenio xudicialmente aprobado ou en resolución xudicial en procesos de separación, divorcio, declaración de nulidade de matrimonio, filiación ou alimentos, mediante o abono dunha cantidade que terá a condición de anticipo”.

⁹⁰⁶ Na redacción orixinal figuraba a referencia á “asignación de nacemento de pago único”.

⁹⁰⁷ No artigo 1 do Regulamento (CE) número 883/2004 figura tamén a definición de prestacións de prexubilación —letra x)— e subsidios de defunción —letra y)—. As prestacións especiais en metálico non contributivas tamén aparecen definidas no citado Regulamento, pero non no artigo 1, senón no 70.2. Pola súa banda, e tal e como se veu, o derogado Regulamento (CEE) número 1408/71 definía, na letra u) do seu artigo 1, as prestacións familiares como “prestacións en especie ou en metálico destinadas a compensar as cargas familiares” e subsidios familiares como “prestacións periódicas en metálico concedidas exclusivamente en función do número e, no seu caso, da idade dos membros da familia”. Tamén definía dentro dese artigo os subsidios de defunción —letra v)—.

⁹⁰⁸ Véxase *supra*, núm. 295 e ss.

⁹⁰⁹ Titulado “membros de familia residentes noutro Estado membro”.

lexislación do Estado membro competente. Esta lexislación resultará aplicábel tanto para os familiares do traballador que residan no Estado membro competente, posibilidade que, se ben resultará habitual na maior parte dos casos, non o será nos supostos de traballo fronteirizo, como nas situacións de residencia noutro Estado membro, que será o suposto habitual nos casos de traballo fronteirizo⁹¹⁰. Para evitar a acumulación de prestacións⁹¹¹, a normativa comunitaria reguladora das prestacións familiares establece unhas normas de prioridade para o caso de que “dentro do mesmo período e para os mesmos membros da familia, se prevexan prestacións familiares conforme á lexislación de máis dun Estado membro”⁹¹². Distingue dous supostos segundo as prestacións sexan debidas por máis dun Estado membro por conceptos diferentes ou polo mesmo concepto.

321. No caso de que as prestacións sexan debidas por conceptos diferentes terán prioridade os dereitos adquiridos con motivo dunha actividade por conta allea ou propia. A Decisión número F1, do 12 de xuño de 2009, da Comisión Administrativa de Coordinación dos Sistemas de Seguridade Social, relativa á interpretación do artigo 68 do Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, sobre normas de prioridade en caso de acumulación de prestacións familiares⁹¹³, indica que se considerará incluída dentro desta expresión tanto a actividade real por conta allea ou propia, coma os períodos de suspensión temporal de dita actividade por causa de enfermidade, maternidade, accidente laboral, enfermidade profesional ou desemprego, sempre que se perciban salarios ou prestacións, pero non pensións. Tamén se consideran incluídos os períodos de folga ou peche patronal e os casos de permisos non retribuídos para a educación dos fillos, cando o permiso se considere equivalente á actividade por conta allea ou propia en virtude da lexislación pertinente. Subsidiariamente sitúanse os dereitos adquiridos por causa do cobramento dunha pensión e, por último os adquiridos por razón de residencia⁹¹⁴.

322. No caso de prestacións debidas polo mesmo concepto a normativa distingue, á súa vez, tres supostos, que operan de xeito subsidiario. Por

⁹¹⁰ Estabelece que “calquera persoa terá dereito ás prestacións familiares conforme á lexislación do Estado membro competente, que serán extensivas aos membros da súa familia que residan noutro Estado membro, como se residiran no Estado membro competente”. Engade que “non obstante, os titulares de pensións terán dereito a prestacións familiares conforme á lexislación do Estado membro competente a respecto das súas pensións”.

⁹¹¹ Prohibida con carácter xeral no artigo 10 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹¹² Véxase o apartado 1 *initio* do artigo 68 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹¹³ DO C número 106 do 24 de abril de 2010.

⁹¹⁴ Véxase a letra a) do apartado 1 do Regulamento (CE) número 883/2004.

unha banda, os casos nos que os dereitos sexan adquiridos por razón dunha actividade por conta propia ou allea; por outra banda, cando sexan adquiridos con motivo do cobro de pensións; e por outra banda, cando sexan adquiridos por razón de residencia. Cando os dereitos son adquiridos por mor dunha actividade por conta propia ou allea, deberase ter en consideración o lugar de residencia dos fillos, sempre que nel exista actividade. Se outra lexislación en conflito prevé un importe superior ao previsto no Estado membro de residencia dos fillos, tamén se considerará ese importe, e o Estado membro que dispoña o importe máis elevado deberá conceder ese importe íntegro, pero a institución competente do outro Estado membro deberá reembolsarlle a metade do citado importe, co límite do que lle correspondería pagar segundo a súa propia lexislación⁹¹⁵. Se os dereitos foron adquiridos por razón do cobro de pensións terase en conta o lugar de residencia dos fillos, sempre que exista unha pensión pagadeira conforme á lexislación do lugar de residencia e, subsidiariamente, no seu caso, “o máis longo dos períodos de seguro ou de residencia previstos polas lexislacións en conflito”⁹¹⁶. No caso de que os dereitos sexan adquiridos por mor da residencia aplicarase o criterio da residencia dos fillos⁹¹⁷.

7. No caso de prestacións especiais en metálico non contributivas

a) Consideracións previas

323. As prestacións especiais en metálico non contributivas son unha categoría singular de prestacións, que presentan unha natureza mixta, pois manifestan tanto características de prestacións de Seguridade Social coma de mera asistencia social. Ese carácter mixto permitiu a súa inclusión dentro do ámbito de aplicación material da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social⁹¹⁸, do que están expresamente excluídas as prestacións de asistencia social⁹¹⁹. Segundo indica o artigo 70 do Regulamento (CE) número 883/2004⁹²⁰, que as

⁹¹⁵ Véxase o artigo 58 “normas de prioridade en caso de acumulación” do Regulamento (CE) número 987/2009.

⁹¹⁶ Véxase a alínea ii) do apartado 1 do artigo 68 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹¹⁷ Véxase a alínea iii) do apartado 1 do artigo 68 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹¹⁸ O apartado 3 do artigo 3 do Regulamento (CE) número 883/2004 determina que “o presente Regulamento tamén se aplicará ás prestacións especiais en metálico non contributivas”.

⁹¹⁹ O apartado 5 do artigo 3 do Regulamento (CE) número 883/2004 indica que “o presente Regulamento non se aplicará nin á asistencia social e médica nin aos réximes de prestacións en favor das vítimas de guerra ou das súas consecuencias”.

⁹²⁰ O artigo 70 é o único incluído dentro do capítulo 9, titulado “prestacións especiais en metálico non contributivas” do título III do Regulamento. Cómpre salientar que o Regulamento 987/2009 non contén norma algunha que regule especificamente as prestacións especiais en

regula, a finalidade deste tipo de prestacións pode ser, ben proporcionar unha “cobertura adicional, substitutoria ou auxiliar dos riscos cubertos polas ramas de Seguridade Social [...] que garante ás persoas en cuestión uns ingresos mínimos de subsistencia ao respecto da situación económica e social do Estado membro que se trate” ou ben facilitar “unha protección específica das persoas con discapacidade, en estreita vinculación co contexto social desas persoas no Estado membro de que se trate”. Ademais de cumprir con algunha das dúas finalidades indicadas, para que unha prestación poida ser incluída dentro desta categoría deberá cumprir tres requisitos adicionais, que son: 1) o seu financiamento debe proceder en exclusiva “da tributación obrigatoria destinada a cubrir o gasto público xeral”, 2) as condicións de concesión e cálculo das prestacións non poderán depender de contribución algunha do beneficiario⁹²¹ e 3) deben figurar no anexo X do Regulamento de base.

324. Na redacción orixinaria do Regulamento (CE) número 883/2004 o anexo X figuraba sen contido⁹²², algo que corrixiu o Regulamento (CE) número 988/2009 e foi modificado polo Regulamento (UE) número 465/2012. No que atinxe ao inciso correspondente a España dentro do citado anexo figuran cinco prestacións: o subsidio de ingresos mínimos establecido por Lei 13/1982, do 7 de abril, de integración social dos minusválidos (en adiante LISMI)⁹²³; as prestacións en metálico de asistencia a persoas de idade avanzada e inválidos incapacitados para o traballo creadas polo Real decreto 2620/1981, do 24 de xullo, polo que se regula a concesión de axudas do Fondo Nacional de Asistencia Social a anciáns e a doentes ou inválidos incapacitados para o traballo⁹²⁴; as pensións de invalidez e xubilación, na súa modalidade non contributiva, incluídas no artigo 38, apartado 1, do Texto Refundido da Lei Xeral de Seguridade Social⁹²⁵; as prestacións autonómicas que complementan as anteriores pensións, “nas que tales complementos garanten un ingreso mínimo de subsistencia habida conta da situación económica e social nas

metálico non contributivas, a diferenza do que acontece ao respecto das restantes prestacións incluídas dentro do campo de aplicación material da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social, excepción feita das prestacións de prexubilación.

⁹²¹ Aclara o propio artigo que “as prestacións concedidas para completar unha prestación contributiva non se considerarán prestacións contributivas por este único motivo”.

⁹²² Na redacción orixinaria do Regulamento (CE) número 883/2004 indicábase, ao respecto deste anexo, que o seu contido sería “determinado canto antes polo Parlamento Europeo e polo Consello de conformidade co Tratado, e a máis tardar antes da data de aplicación do presente Regulamento mencionada no artigo 91”.

⁹²³ BOE número 103, do 30 de abril de 1982.

⁹²⁴ BOE número 266, do 6 de novembro.

⁹²⁵ Aprobado polo Real decreto legislativo 1/1994, do 20 de xuño.

correspondentes Comunidades Autónomas”; e o subsidio de mobilidade e compensación por gastos de transporte, establecido na LISMI.

325. A definición actual das prestacións especiais en metálico non contributivas é, en esencia, a mesma que a existente no derogado Regulamento (CEE) número 1408/71. Pódense apreciar, unicamente, modificacións mínimas e irrelevantes que poderían ser debidas ben a meras correccións de estilo, ben consecuencia da tradución desde o idioma de traballo durante a elaboración da nova normativa⁹²⁶.

b) Delimitación xurisprudencial da figura

326. Malia ser unha prestación que aparece definida con precisión no Regulamento de base⁹²⁷, tal e como se acaba de ver, presentáronse controversias ao respecto da inclusión de certos tipos de prestacións establecidas polas lexislacións internas dos Estados membros dentro da categoría de prestacións especiais en metálico non contributivas en casos nos que se pretendía, precisamente, o goce das mesmas en supostos de traballo fronteirizo. Aconteceu en concreto ao respecto do subsidio de maternidade luxemburgués, da asignación federal de asistencia austríaca (*Pflegegeld*), da asignación de asistencia creada por Lei do *Land* de Salzburgo (*Salzburger Pflegegeldgesetz*) e da prestación regulada na Lei holandesa de asistencia á discapacidade en favor de mozos minusválidos (*Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten*).

327. A inclusión, no seu momento, do subsidio de maternidade luxemburgués dentro do anexo II *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71, titulado precisamente prestacións en metálico non contributivas, non foi abondo para poder consideralo incluído dentro desta categoría de prestacións, tal e como concluíu o Tribunal de Xustiza na sentenza do citado caso Leclere Deaconescu⁹²⁸. O Tribunal entendeu que o concepto de prestación especial en metálico non contributiva⁹²⁹ era excluínente ao respecto das restantes prestacións que formaban parte do campo de

⁹²⁶ Así, por exemplo, o apartado 2 *bis* do artigo 4 do Regulamento (CEE) número 1408/71 facía referencia á “cobertura complementaria, supletoria ou accesoria” ou á “protección específica ás persoas discapacitadas, estreitamente vinculada ao entorno social de cada persoa concreta” mentres que o actual refírese a “cobertura adicional, substitutoria ou auxiliar” e á “protección específica das persoas con discapacidade, en estreita vinculación co contexto social de cada unha desas persoas”.

⁹²⁷ De feito, pode afirmarse que é a prestación definida con maior precisión tanto no actual Regulamento (CE) número 883/2004 coma no derogado Regulamento (CEE) número 1408/71.

⁹²⁸ Véxase supra, núm. 298.

⁹²⁹ O Regulamento (CEE) denominábaas “prestacións especiais en metálico de carácter non contributivo”.

aplicación material da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social. En consecuencia, para que unha prestación puidera considerarse incluída dentro do concepto de prestación especial en metálico non contributiva non podería estar regulada dentro dalgunha das restantes prestacións incluídas dentro do campo de aplicación material dos Regulamentos comunitarios de coordinación en materia de Seguridade Social⁹³⁰. Da análise das características deste subsidio concluíu que non estaba ligado ao entorno social característico do Estado membro que o estableceu, que sería un elemento para poder consideralo incluído dentro desta categoría de prestacións e excluído das restantes prestacións de Seguridade Social obxecto do Regulamento⁹³¹. Recórdese que se concedía “a toda muller embarazada e a toda muller que dera a luz, a condición de que tivera o seu domicilio legal en Luxemburgo no momento en que naceu o dereito”⁹³², sen necesidade do cumprimento doutros requisitos⁹³³. Non era, por tanto, unha das prestacións que puidera considerarse incluída dentro das “estritamente ligadas ao entorno social ...[para as que]... cabe lexitimamente impor como requisito a residencia no Estado da institución competente”⁹³⁴. En consecuencia, tampouco respondía a algunha das dúas finalidades posíbeis deste tipo de prestacións, pois ambas estaban vinculadas á situación social do Estado membro correspondente⁹³⁵. Por todo elo concluíu que a inclusión do subsidio de maternidade luxemburgués dentro do anexo II *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71 era inválida⁹³⁶.

328. Polo que se refire á natureza da asignación de asistencia austríaca (*Pflegegeld*), que figuraba incluída no Anexo II *bis* do Regulamento (CEE) 1408/71 como prestación especial en metálico de carácter non contributivo, foi analizada polo Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Jauch, tratada máis arriba⁹³⁷. Esta prestación é “abonada polas institucións do seguro obrigatorio de pensións e accidentes”⁹³⁸, pero é sufragada, en última instancia, polo Estado quen lle abona a aquelas os gastos probados en que

⁹³⁰ Véxase o apartado 35 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁹³¹ Véxase o apartado 36 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁹³² Véxase o apartado 13 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁹³³ Véxase o apartado 34 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁹³⁴ Véxase o apartado 32 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁹³⁵ O inciso i) da letra a) do apartado 2 do artigo 2 *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71 facía referencia á “situación económica e social no Estado membro de que se trate”, e o inciso ii) da mesma letra se refería a unha prestación “estritamente vinculada ao entorno social de cada persoa concreta no Estado membro de que se trate”.

⁹³⁶ Véxase o apartado 38 da sentenza Leclere Deaconescu.

⁹³⁷ Véxase o apartado correspondente ás prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas.

⁹³⁸ Véxase o apartado 9 da sentenza Jauch.

incorreran para facer fronte a estas prestacións⁹³⁹. A asignación de asistencia esixe como requisito para a súa concesión a residencia habitual en Austria e ten como obxectivo “garantir, mediante unha contribución uniforme, axuda e asistencia ás persoas que o precisan, co fin de aumentar as súas oportunidades de vivir de xeito autónomo e conforme ás súas necesidades”⁹⁴⁰. Para determinar a corrección da inclusión da asignación de asistencia dentro do Anexo II *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71 o Tribunal de Xustiza analiza se reúne os requisitos para poder ser considerada especial e non contributiva.

329. Ao respecto do primeiro requisito, considera que a prestación controvertida, malia estar suxeita a un réxime xurídico diferente a outras prestacións de Seguridade Social, se concede de maneira obxectiva e en función dunha situación legalmente definida⁹⁴¹, pois “o dereito a percibiren a asignación de asistencia só se recoñece aos beneficiarios dunha pensión como consecuencia dun accidente de traballo ou unha enfermidade profesional ou aos titulares dunha pensión concedida ao abeiro da Lei Xeral de Seguridade Social (*Allgemeine Sozialversicherungsgesetz*)”⁹⁴². Esta prestación, conclúe o Tribunal, está destinada a “completar as prestacións do seguro de enfermidade, ao que, por outra parte, están vinculadas desde o punto de vista da organización, co fin de mellorar o estado de saúde e as condicións de vida das persoas necesitadas de coidados especiais”, polo que “deben ser consideradas «prestacións de enfermidade»”⁹⁴³.

330. Ao respecto do segundo requisito, o carácter non contributivo, analiza o xeito de financiamento da prestación controvertida. Neste punto cómpre indicar que as institucións do seguro legal de pensións e accidentes limitáanse a adiantar o pagamento desta prestación. As cantidades abonadas por este concepto sonlles reembolsadas ás citadas institucións por parte do Estado federal, o que invitaría a concluír que esta prestación presenta o carácter non contributivo. Sen embargo, tal e como destaca o Tribunal de Xustiza, o Estado fai fronte a estes reembolsos precisamente cos recursos que liberou reducindo a súa contribución ao seguro de pensións. Esta diminución das achegas estatais motivou unha paralela redución da

⁹³⁹ Segundo se indica no apartado 9 da sentenza Jauch, o artigo 23 da Lei federal austríaca de asignacións de asistencia (*Bundespflegegeldgesetz*) establece que o Estado “reemborsará ás institucións do seguro legal de pensións os gastos que resulten probados, [...] na conta de resultados separada que deberá establecerse ao abeiro das disposicións aplicábeis ás institucións de seguro social e que se refiran á asignación de asistencia”.

⁹⁴⁰ Véxase o apartado 8 da sentenza Jauch.

⁹⁴¹ Véxase o apartado 26 da sentenza Jauch.

⁹⁴² Véxase o apartado 27 da sentenza Jauch.

⁹⁴³ Véxase o apartado 28 da sentenza Jauch.

cotización ao seguro de enfermidade por parte das institucións de seguro de pensións e un paralelo aumento das cotizacións ao seguro de enfermidade, enténdese que polos beneficiarios do mesmo. Esta relación, “certamente indirecta”, en palabras do Tribunal de Xustiza, entre as cotizacións do seguro de enfermidade e a asignación de asistencia permiten concluír o seu carácter de prestación contributiva⁹⁴⁴.

331. O Tribunal de Xustiza chegou á mesma conclusión ao respecto da natureza da asignación de asistencia creada por Lei do *Land* de Salzburgo (*Salzburger Pflegegeldgesetz*) que coa asignación federal de asistencia austríaca que acaba de ser examinada. A controversia sobre a natureza da prestación salzburguesa foi analizada na sentenza do citado caso Hosse⁹⁴⁵. Esta prestación figuraba como prestación especial en metálico non contributiva de aplicación limitada a unha parte do territorio dun Estado membro e estaba incluída na sección III do Anexo II do Regulamento (CEE) número 1408/71. Esta concreta categoría de prestacións estaba excluída do ámbito de aplicación da anterior normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social⁹⁴⁶. Dentro da análise efectuada polo Alto Tribunal sobre a natureza desta prestación recordou que os conceptos de prestación de Seguridade Social e o de prestación especial en metálico non contributiva son mutuamente excluíntes⁹⁴⁷; e que unha prestación deberá ser considerada de Seguridade Social cando se refira a algún dos riscos protexidos pola normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social⁹⁴⁸ e se conceda “á marxe de calquera apreciación individual e discrecional das necesidades persoais ...[e]... en función dunha situación legalmente definida”⁹⁴⁹. Destaca o Tribunal que a finalidade da prestación salzburguesa é a de “compensar, baixo a forma dunha contribución a tanto alzado, os maiores gastos que se derivan da situación de dependencia dos beneficiarios”⁹⁵⁰, que o seu importe depende do grao de dependencia⁹⁵¹ e que os seus destinatarios son,

⁹⁴⁴ Véxanse os apartados 29 a 33 da sentenza Jauch.

⁹⁴⁵ Véxase o apartado correspondente ás prestacións de enfermidade, de maternidade e de paternidade asimiladas.

⁹⁴⁶ O apartado 2 *ter*, do artigo 4 do Regulamento (CEE) número 1408/71 indicaba que “o presente Regulamento non se aplicará ás disposicións da lexislación dun Estado membro no que atinxe ás prestacións especiais de carácter non contributivo, mencionadas na sección III do Anexo II, cuxa aplicación se limite a unha parte do seu territorio”.

⁹⁴⁷ Véxase o apartado 36 da sentenza Hosse.

⁹⁴⁸ A sentenza refírese aos enumerados no apartado 1 do artigo 4 do Regulamento (CEE) número 1408/71, que se corresponden cos enumerados no apartado 1 do artigo 3 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹⁴⁹ Véxase o apartado 37 da sentenza Hosse.

⁹⁵⁰ Véxase o apartado 39 da sentenza Hosse.

⁹⁵¹ Véxase o apartado 40 da sentenza Hosse.

en esencia, “membros da familia dos asegurados, beneficiarios da asistencia social, discapacitados que exercen unha profesión e pensionistas dos *Länder* e dos municipios”⁹⁵². Por todo elo afirma que malia que a prestación controvertida poida ter un réxime diferente á asignación federal de asistencia austríaca, tratada máis arriba, presenta idéntica natureza que a mesma⁹⁵³. Por esta razón conclúe que a asignación de asistencia creada por Lei do *Land* de Salzburgo non pode ser considerada como prestación especial en metálico non contributiva⁹⁵⁴.

332. A última prestación a considerar dentro deste punto é a establecida en favor dos mozos discapacitados pola Lei holandesa de asistencia á discapacidade en favor de mozos minusválidos (*Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten*, en adiante *Wajong*). Sobre a inclusión desta prestación dentro da categoría de prestacións especiais en metálico non contributivas pronunciouse o Tribunal de Xustiza, nun suposto de traballo fronteirizo, na sentenza recaída no caso Hendrix⁹⁵⁵. Segundo indica o Tribunal de Xustiza na sentenza, a *Wajong* creou “unha prestación de grao mínimo a favor dos mozos que teñan unha incapacidade total ou parcial de longa duración con anterioridade ao seu ingreso no mercado de traballo”⁹⁵⁶. O dereito a esta prestación non está relacionado co abono de cotización algunha⁹⁵⁷. É financiada polo erario público, encargándose do aboamento da mesma o Fondo para os mozos discapacitados con incapacidade laboral (*Arbeitsongeschiktheidsfonds jonggehandicapten*)⁹⁵⁸. Teñen dereito a esta prestación os mozos discapacitados residentes nos Países Baixos que xa tiñan unha incapacidade laboral ao cumpriren os dezasete anos ou que a teñan posteriormente e tiveran cursado estudos un mínimo de seis meses no ano anterior ao día no que se produciu a súa incapacidade laboral, sendo a idade mínima para comezar a cobrar esta prestación os dezoito anos⁹⁵⁹. A *Wajong* sinala expresamente que o dereito a percibir esta prestación se extingue no caso de traslado de residencia do beneficiario ao estranxeiro⁹⁶⁰. Excepcionalmente permite o abono da prestación nos casos de traslado de residencia ao estranxeiro no suposto de que a extinción da mesma dea lugar

⁹⁵² Véxase o apartado 41 da sentenza Hosse.

⁹⁵³ Véxase o apartado 42 da sentenza Hosse, no que se fai tamén referencia ao seguro de dependencia alemán analizado na sentenza do caso Molenaar, tratado máis arriba.

⁹⁵⁴ Véxase o apartado 46 da sentenza Hosse.

⁹⁵⁵ Sentenza do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas (Gran Sala) do 11 de setembro de 2007, asunto C-287/05.

⁹⁵⁶ Véxase o apartado 11 da sentenza Hendrix.

⁹⁵⁷ Véxase o apartado 12 da sentenza Hendrix.

⁹⁵⁸ Véxase o apartado 13 da sentenza Hendrix.

⁹⁵⁹ Véxase o apartado 11, *in fine*, da sentenza Hendrix.

⁹⁶⁰ Véxase o apartado 14 da sentenza Hendrix.

a unha situación de inxustiza maior⁹⁶¹. Enténdese que se dá un caso de inxustiza maior cando a extinción da prestación prexudique ao beneficiario de xeito significativo e o traslado ao estranxeiro se deba a razóns imperativas, considerando tales a necesidade de seguir un tratamento médico, a aceptación dun emprego ou a necesidade de seguir ás persoas das que depende o discapacitado⁹⁶².

333. O Sr. Hendrix era un nacional neerlandés que padecía unha leve discapacidade mental. Como consecuencia da mesma percibía unha prestación ao abeiro da *Wajong*. Tras comezar a desempeñar unha actividade laboral retribuída veu deducida, da prestación que percibía, a contía da retribución que obtiña polo seu traballo. Posteriormente, conservando o seu traballo nos Países Baixos, trasladou o seu domicilio a Bélxica, o que motivou que a institución holandesa declarara extinguida a prestación que viña percibindo⁹⁶³. O órgano xudicial holandés que coñeceu a reclamación presentada polo Sr. Hendrix contra a extinción da súa prestación, preguntoulle, entre outras cousas, ao Tribunal de Xustiza se a prestación controvertida constituía unha prestación especial en metálico non contributiva⁹⁶⁴. A institución demandada sostivo diante do Tribunal de Xustiza que a prestación en cuestión constitúe unha prestación especial, ao entender que non podía considerarse unha prestación de Seguridade Social ao non estar destinada a compensar unha perda de ingresos, xa que os beneficiarios da mesma —mozos discapacitados— non están asimilados a traballadores⁹⁶⁵, que era a postura mantida pola Comisión e outros intervinientes no proceso⁹⁶⁶. O Tribunal de Xustiza considera que a prestación controvertida constitúe unha prestación especial en metálico non contributiva e se remite aos argumentos esgrimidos na sentenza do caso *Kersbergen-Lap e Dams-Schipper*⁹⁶⁷, que resolvía esta cuestión nun suposto non relacionado co traballo fronteirizo. Dada a remisión xenérica que efectúa o Tribunal de Xustiza na sentenza do caso Hendrix a esta sentenza, cómpre facer aquí referencia aos argumentos ofrecidos nela.

334. Na citada sentenza do caso *Kersbergen-Lap e Dams-Schipper*, o Tribunal analiza separadamente o carácter especial da prestación, por un

⁹⁶¹ Véxase o apartado 15 da sentenza Hendrix.

⁹⁶² Véxase o apartado 16 da sentenza Hendrix.

⁹⁶³ Véxanse os apartados 17 a 19 da sentenza Hendrix.

⁹⁶⁴ Véxase o apartado 23 da sentenza Hendrix.

⁹⁶⁵ Véxase o apartado 27 da sentenza Hendrix.

⁹⁶⁶ Así o Goberno neerlandés (véxase apartado 28) ou o Goberno británico (véxanse os apartados 32 e 33) consideran a prestación controvertida como prestación especial en metálico non contributiva.

⁹⁶⁷ Sentenza do Tribunal de Xustiza (Sala Terceira) do 6 de xullo de 2006, asunto C-154/05.

lado, e o carácter de non contributiva, por outro. Ao respecto do carácter especial indica que para que un subsidio poida ser considerado de tal natureza debe ter como finalidade “substituír ou completar unha prestación de Seguridade Social e ter carácter de axuda social xustificada por razóns económicas e sociais, establecidas nunha normativa que defina criterios obxectivos”⁹⁶⁸. Entende que a prestación da *Wajong* responde a esta finalidade por canto que é unha “prestación substitutoria destinada ás persoas que non reúnen os requisitos do seguro para obter unha prestación de invalidez” e considera tamén que, “ten carácter de axuda social xustificada por razóns económicas e sociais” e que a “súa concesión ...[se]... basea [...] en criterios definidos mediante a lei”⁹⁶⁹. Por último, destaca que é unha prestación “estritamente vinculada ao contexto socioeconómico dos Países Baixos, posto que se calcula en función do salario mínimo e do nivel de vida neste Estado membro”⁹⁷⁰. Ao respecto do carácter non contributivo indica que “o criterio determinante nesta materia reside no xeito de financiamento real da prestación de que se trate”, polo que procede examinar se o financiamento “queda directa ou indirectamente garantido mediante cotizacións sociais ou mediante fondos públicos”⁹⁷¹. O Tribunal de Xustiza indica que os fondos que financian a prestación proceden dos presupostos públicos, que a súa concesión “non está suxeita á condición de que o beneficiario tamén teña dereito a algunha outra prestación de Seguridade Social de carácter contributivo” e que non se aprecia “un financiamento indirecto por medio de cotizacións”⁹⁷², razón pola que conclúe que a prestación debe ser considerada de carácter non contributivo⁹⁷³.

c) Regulación

335. O carácter mixto das prestacións especiais en metálico non contributivas motiva que a súa regulación difira substancialmente da establecida para as restantes prestacións incluídas dentro do campo de aplicación material do Regulamento (CE) número 883/2004⁹⁷⁴. Así, indícase que para elas non resulta de aplicación o contido do artigo 7 do

⁹⁶⁸ Véxase o apartado 30 da sentenza Kersbergen-Lap e Dams-Schipper, na que cita outra do 29 de abril de 2004, asunto C-160/02, caso Skalka.

⁹⁶⁹ Véxase o apartado 31 da sentenza Kersbergen-Lap e Dams-Schipper.

⁹⁷⁰ Véxase o apartado 33 da sentenza Kersbergen-Lap e Dams-Schipper.

⁹⁷¹ Véxase o apartado 36 da sentenza Kersbergen-Lap e Dams-Schipper.

⁹⁷² Véxase o apartado 37 da sentenza Kersbergen-Lap e Dams-Schipper.

⁹⁷³ Véxase o apartado 38 da sentenza Kersbergen-Lap e Dams-Schipper.

⁹⁷⁴ Nótese que o propio artigo 3 do Regulamento (CE) número 883/2004 enumera no seu apartado 1 as prestacións de Seguridade Social incluídas dentro do campo de aplicación material do mesmo, mentres que as prestacións especiais en metálico non contributivas son incluídas no seu apartado 3.

Regulamento de base —que establece con carácter xenérico a supresión das cláusulas de residencia⁹⁷⁵— nin as disposicións do título III do Regulamento referidas ás restantes prestacións de Seguridade Social incluídas dentro do campo de aplicación material do mesmo. Cómpre salientar que o principio de supresión das cláusulas de residencia constitúe un pilar da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social e que as excepcións ao mesmo deben ser interpretadas de xeito restritivo⁹⁷⁶ o que, como se acaba de comprobar, motivou que o Tribunal de Xustiza realizase unha interpretación restritiva do propio concepto de prestación especial en metálico non contributiva.

336. O apartado 4 do artigo 70 do Regulamento de base, para os efectos de determinar o dereito a estas prestacións, límitase a establecer que “serán facilitadas polo Estado membro no que as persoas interesadas residan, e de conformidade coa súa lexislación”. Finaliza indicando que “estas prestacións serán facilitadas e sufragadas pola institución do lugar de residencia”. A regulación actual das prestacións especiais en metálico non contributivas é, en esencia, a mesma que a establecida no Regulamento (CEE) número 1408/71, o cal, do mesmo xeito que o actual, establecía a non aplicabilidade a esta categoría de prestacións da supresión das cláusulas de residencia, nin da restante normativa referida ás outras prestacións incluídas dentro do seu campo de aplicación material. Por último, tamén determinaba que se gozaría delas exclusivamente no territorio do Estado membro de residencia, de conformidade coa súa lexislación e a cargo dese Estado⁹⁷⁷. Cómpre salientar, unicamente, a desaparición na nova normativa das referencias propias á totalización de períodos ao respecto, concretamente, destas prestacións, que si existían na regulación anterior. En efecto, os apartados 2, 3 e 4 do artigo 10 *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71 establecían con carácter específico para esta categoría de prestacións a necesidade de que o Estado membro de residencia, nos casos nos que a súa lexislación supeditara o dereito a estas prestacións ao cumprimento de certos requisitos —tales como o emprego, a actividade ou á constatación da invalidez por primeira vez no territorio dese Estado—, considerara cumpridos tales requisitos no caso de que os

⁹⁷⁵ Indica que, “salvo disposición en contrario do presente Regulamento, as prestacións en metálico debidas en virtude da lexislación de un ou de varios Estados membros ou do presente Regulamento non poderán sufrir ningunha redución, modificación, suspensión, supresión ou confiscación polo feito de que o beneficiario ou os membros da súa familia residan nun Estado membro distinto de aquel no que se atopa a institución debedora”.

⁹⁷⁶ Véxase o considerando 16 do Regulamento (CEE) número 883/2004. Véxanse tamén os apartados 21 da sentenza do caso Jauch e 26 da sentenza do caso Kersbergen-Lap e Dams-Schipper.

⁹⁷⁷ Véxase o apartado 1 do artigo 10 *bis* do Regulamento (CEE) número 1408/71.

beneficiarios os tiveran cumprido no territorio doutro Estado membro, o que permitía aos traballadores fronteirizos lucrarse deste tipo de prestacións no Estado membro de residencia.

337. A ausencia de referencias explícitas á totalización de períodos no actual Regulamento de base non pode, sen embargo, levar á conclusión de que a nova normativa non contempla a aplicación deste principio no caso das prestacións especiais en metálico non contributivas. Téñase en conta que o artigo 6 deste Regulamento establece, con carácter xeral, o principio de totalización de períodos, que unicamente non se aplicará naqueles casos nos que outra disposición do propio Regulamento así o dispoña, o que non acontece coas prestacións aquí tratadas⁹⁷⁸. Por tanto resultará de aplicación o citado artigo ás prestacións especiais en metálico non contributivas, o que obriga ás autoridades do Estado membro de residencia a tomar en consideración os “períodos de seguro, de emprego, de actividade por conta propia” cubertos baixo a lexislación doutro Estado membro como se se tratara de períodos cubertos baixo a súa lexislación, nos casos en que esta condicione o outorgamento destas prestacións ao cumprimento deses requisitos dentro do seu territorio. A aplicabilidade do principio de totalización de períodos a este tipo de prestación garante a ausencia de discriminación no acceso ás mesmas por parte dos traballadores fronteirizos que non verán, eventualmente, impedido o seu acceso ás mesmas ou limitado o seu goce, por non teren cuberto períodos de seguro, emprego ou actividade no Estado membro de residencia.

338. Xa para rematar a análise da regulación das prestacións especiais en metálico non contributivas, cómpre facer referencia a análise efectuada polo Tribunal de Xustiza, na sentenza do caso Hendrix, ao respecto da eventual exportabilidade deste tipo de prestacións naqueles casos en que as mesmas foran establecidas pola lexislación dun Estado membro para substituír outras prestacións que si eran exportábeis. Cómpre indicar que a prestación en favor de mozos discapacitados creada pola *Wajong* que ten natureza de prestación en metálico non contributiva, substituíu a unha prestación anterior, regulada pola Lei xeral sobre a incapacidade laboral (*Algemene Arbeidsongeschiktheidswet*, en adiante AAW)⁹⁷⁹. Esta prestación era consecuencia dun “seguro xeral obrigatorio que cubría a toda a poboación contra as consecuencias económicas dunha incapacidade laboral de longa duración”⁹⁸⁰. No citado caso Hendrix o órgano nacional de

⁹⁷⁸ A diferenza do que acontece, por exemplo, coas prestacións de desemprego. Véxase *supra*, núm. 245 e ss e o artigo 61 do Regulamento (CE) número 883/2004.

⁹⁷⁹ Véxase o apartado 10 da sentenza Hendrix.

⁹⁸⁰ Véxase o apartado 9 da sentenza Hendrix.

remisión preguntoulle ao Tribunal de Xustiza sobre a relevancia que podía ter, para os efectos de determinar o dereito ao abono da prestación controvertida, o feito de que o solicitante tivera percibido anteriormente unha prestación para mozos discapacitados de conformidade coa AAW, que foi substituída pola prestación establecida na *Wajong*⁹⁸¹. Na súa resposta o Tribunal de Xustiza aclara que a exportabilidade dunha prestación debe considerarse á luz da normativa vixente no momento en que se produce o traslado⁹⁸² e, en consecuencia, carece de importancia, para efectos de determinala, que a persoa perceptora dunha prestación especial en metálico non contributiva percibira con anterioridade á mesma unha prestación que si era exportábel —neste caso unha prestación ao abeiro da AAW—⁹⁸³. Indica que non existe dereito algún que garanta o mantemento de vantaxes sociais obtidas con anterioridade á entrada en vigor da normativa reguladora da prestación controvertida, que permita alterar a aplicación da normativa vixente no momento en que o traslado se produce⁹⁸⁴ e polo tanto, unha prestación especial en metálico non contributiva non perde a súa condición de non exportábel —establecida no apartado 4, do artigo 70 do Regulamento (CE) número 883/2004— polo feito de substituír outra prestación que si o era⁹⁸⁵.

⁹⁸¹ Véxase o apartado 22 da sentenza Hendrix

⁹⁸² Véxase o apartado 36 da sentenza Hendrix.

⁹⁸³ Véxase o apartado 38 da sentenza Hendrix.

⁹⁸⁴ Véxase o apartado 36 da sentenza Hendrix.

⁹⁸⁵ Véxase o apartado 1 da decisión da sentenza Hendrix.

CAPÍTULO TERCEIRO

O TRABALLO TRANSFRONTEIRIZO

I. O acceso ao emprego

A) Limitación no acceso

1. Os traballadores transfronteirizos, a diferenza do que acontece cos traballadores fronteirizos en sentido estrito, non gozan dun dereito á libre circulación en España e, en consecuencia, non poden acceder a un traballo en territorio español nas mesmas condicións que eles¹. Ao contrario, os traballadores transfronteirizos teñen limitado o seu acceso ao emprego en España e, por tanto, no caso de querer desempeñar un traballo por conta allea ou por conta propia en territorio español deberán obter, con carácter previo, unha autorización administrativa para tal efecto². Determíno así o apartado 1 do artigo 43 da Lei orgánica 4/2000³, indicando que “os traballadores estranxeiros que, residindo na zona limítrofe, desenvolvan a

¹ Para unha análise de conxunto do réxime de estranxeiría, dos dereitos constitucionais dos estranxeiros en España e dos seus dereitos laborais e sindicais, véxase SALINAS MOLINA, F., “El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001), páxs. 71 a 132; CACHÓN VILLAR, P., “Los extranjeros: Derechos constitucionales”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001), páxs. 137 a 206, e ASENJO PINILLA, L., “Trabajadores extranjeros no comunitarios: Derechos Laborales y sindicales”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001), páxs. 207 a 282.

² Para unha análise da situación dos traballadores estranxeiros que presten servizos en España sen a correspondente autorización, véxase GÓMEZ ABELLEIRA, J.M., “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1 (2004), páxs. 523 a 542. Véxase tamén CABEZA PEREIRO, J., “Protección social de las personas extranjeras en España”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo, (Albacete, 2008), páx. 253 a 275. Pódese ver tamén CABEZA PEREIRO, J., “La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras”, *Actualidad Laboral*, número 3 (2008), páxs. 293 a 305, e AZÓN VILAS, F., “La condición de extranjero desde el Derecho Social: Breves notas sobre la situación actual de los extranjeros no comunitarios sin autorización administrativa para trabajar”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La Protección de los derechos fundamentales en el orden social, XXI* (2003), páxs. 155 a 180.

³ Existe unha significativa doutrina que analizou este artigo, nas diferentes redaccións das que foi obxecto. Así, entre outros, MARCHAL ESCALONA, N., “Trabajadores transfronterizos”, en MOYA ESCUDERO, M. (Coordinador), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Editorial Comares (Granada, 2001), páxs. 339 a 348, ou MARCHAL ESCALONA, N., “Comentario al artículo 43”, en MONEREO PÉREZ, J.L. e MOLINA NAVARRETE, C (Directores), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001*, Editorial Comares (Granada, 2001). O mesmo acontece ao respecto do Regulamento de aplicación da Lei, así, por exemplo ROJAS RIVERO, G.P., “Trabajadores transfronterizos: artículo 84: autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos”, en RAMOS QUINTANA, M.I. e ROJAS RIVERO, G.P., *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Lex Nova (Valladolid, 2007).

súa actividade en España e regresen ao seu lugar de residencia diariamente deberán obter a correspondente autorización administrativa, cos requisitos e condicións con que se conceden as autorizacións do réxime xeral [...]”⁴. Tal requisito de obtención dunha autorización administrativa previa tamén figura, aínda que de xeito implícito, no artigo 182 do Regulamento de estranxeiría⁵, que define o traballo transfronteirizo, sinalando que “[se] atopa en situación de traballo transfronteirizo o traballador que fose autorizado para desenvolver actividades lucrativas, laborais ou profesionais por conta propia ou allea nas zonas fronteirizas do territorio español”⁶.

2. Ademais das limitacións ás que se acaba de facer referencia, os traballadores transfronteirizos vense sometidos a unha restrición adicional para o acceso ao emprego en España, que trae como causa a súa dobre condición de estranxeiros e de non residentes. Esta dobre condición impídelles acceder a certas ocupacións que poden desempeñar os nacionais

⁴ Na redacción orixinal, dada pola Lei orgánica 4/2000, o artigo referido aos traballadores transfronteirizos era o número 42. Referíase a eles indicando que “os traballadores estranxeiros que, residindo na zona limítrofe, desenvolvan a súa actividade en España e regresen ao seu lugar de residencia diariamente, ou, polo menos, unha vez á semana, deberán obter a correspondente autorización administrativa, cos requisitos e condicións con que se conceden as autorizacións de réxime xeral”. A Lei orgánica 8/2000 reenumerou o referido artigo co número 43. O apartado 1 do mesmo referíase a eles indicando que “os traballadores estranxeiros que, residindo na zona limítrofe, desenvolvan a súa actividade en España e regresen ó seu lugar de residencia diariamente, deberán obter a correspondente autorización administrativa, cos requisitos e condicións con que se conceden as autorizacións de réxime xeral”. Eliminou, por tanto, a posibilidade de regreso semanal ao lugar de residencia. Este artigo foi modificado en dúas ocasións máis, unha por medio da Lei orgánica 14/2003, aínda que a modificación non afectou ao apartado 1 do mesmo, senón ao apartado 2, referido ás prestacións transnacionais de servizos, e outra por medio da Lei orgánica 2/2009, que si afectou ao apartado 1, ao que lle engadiu unha frase, cuxo contido será tratado máis adiante (véxase *infra*, núm. 58 e ss). Ao respecto da expresión “autorizacións do réxime xeral” cómpre indicar que en ningún outro lugar da Lei orgánica nin no Regulamento de estranxeiría se fai outra referencia a tales autorizacións do réxime xeral, aínda que na propia Lei orgánica si que se fai referencia a dous réximes especiais: o de investigadores (artigo 38 *bis*) e o de traballadores de temporada (artigo 42). Para unha análise da reforma operada na Lei orgánica 4/2000 por medio da Lei orgánica 2/2009, véxase MONEREO PÉREZ, J.L., (Director) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coordinador), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley (Madrid, 2010).

⁵ Aprobado por Real decreto 557/2001, do 20 de abril (BOE número 103, do 30 de abril). Para unha análise do citado Regulamento véxase SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Directora), *El novísimo reglamento de extranjería. Real Decreto 557/2011 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*, Laborum Ediciones (Murcia, 2011).

⁶ Tal e como indica GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “la autorización para trabajo transfronterizo, que permite la prestación por cuenta ajena en España de personas que regresan diariamente a su lugar de residencia, se supedita en su concesión a idénticos requisitos que la autorización ordinaria o del régimen general” (véxase “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* número 63, pág. 105).

españóis, con independencia do seu lugar de residencia, e os estranxeiros residentes legalmente en España. Nótase que o artigo 10 da Lei orgánica 4/2000, titulado “dereito ao traballo e á Seguridade Social”, refírese exclusivamente “aos estranxeiros residentes que reúnan os requisitos previstos nesta Lei orgánica e nas disposicións que a desenvolvan”, e é a eles aos que lles outorga o “dereito a exercer unha actividade remunerada por conta propia ou allea”. Pois ben, segundo ven determinando a xurisprudencia, os traballadores transfronteirizos non poden abeirarse no establecido nesta disposición para accederen en España a determinados empregos para os que se esixe como requisito a nacionalidade española ou, subsidiariamente, a residencia legal en España. Así, existen pronunciamentos xurisprudenciais referidos a postos de traballo diversos, —camareiro⁷, albanel⁸, ferrador-forxador⁹, axudante de cociña¹⁰, poceiro¹¹ ou axudante de servizos varios¹²— que tiñan como característica común o feito de constituíren empregos de persoal civil non funcionario en establecementos militares. Téñase en conta que, segundo determina o Real decreto 2205/80, do 13 de xuño, polo que se regula o traballo do persoal civil non funcionario nos establecementos militares¹³, para adquirir tal condición cómpre ter nacionalidade española, circunstancia que non se dá nos traballadores transfronteirizos empregados en España, como tampouco a súa residencia nela, o que lles permitiría, ao abeiro do establecido no citado artigo 10 da Lei de estranxeiría, accederen a tales empregos en igualdade de condicións que os españois. Así o entendeu a Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía en diversas sentenzas, nas que se destaca, que segundo a normativa de aplicación ao persoal civil non funcionario ao servizo do Ministerio de Defensa¹⁴, non é posíbel ocupar estes postos de traballo por parte dos traballadores transfronteirizos, precisamente pola citada condición de estranxeiros e non residentes en España¹⁵.

⁷ Véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 2078/2006 (Sala do Social, Sección Primeira), do 13 xullo (Referencia Aranzadi JUR\2007\40374).

⁸ Véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 377/2005 (Sala do Social, Sección Primeira), do 10 febreiro (Referencia Aranzadi AS\2005\1202).

⁹ Véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 2068/2006 (Sala do Social, Sección Primeira), do 13 de xullo (Referencia Aranzadi AS\2006\3257).

¹⁰ Véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 1701/2004 (Sala do Social, Sección Primeira), do 9 de setembro (Referencia Aranzadi AS\2004\3937).

¹¹ Véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 1668/2004 (Sala do Social, Sección Primeira), do 9 setembro (Referencia Aranzadi JUR\2005\58931).

¹² Véxase a Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 2729/2005 (Sala do Social, Sección Primeira), do 1 de decembro (Referencia Aranzadi JUR\2006\265492).

¹³ BOE número 251, do 18 de outubro de 1980.

¹⁴ Véxase o citado Real decreto 2205/80.

¹⁵ Véxase o fundamento xurídico cuarto da Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, número 1701/2004 (Sala do Social, Sección Primeira), do 9 de setembro

B) Autorización de traballo por conta propia e allea

3. Malia que a normativa de estranxeiría establece a obriga de obter unha autorización de traballo por parte dos traballadores transfronteirizos, non concreta unha autorización específica para este tipo de traballadores. Ao contrario, segundo se desprende do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría, os traballadores transfronteirizos deberán obter a autorización de traballo que corresponda en función do tipo de traballo a desenvolver¹⁶. En efecto, o citado artigo indica no seu apartado 1 que “na concesión inicial dunha autorización de traballo para traballadores transfronteirizos observárase o disposto nos artigos que establecen as condicións para a concesión da autorización de traballo que proceda, sen prexuízo de que o cumprimento dos requisitos comunmente esixíbeis para a obtención dun visado de residencia e traballo será valorado polo órgano competente, no marco da tramitación e resolución do procedemento relativo á autorización de traballo”. O apartado segundo dese mesmo artigo concreta os requisitos específicos que se deberán cumprir para os efectos de obtención da citada autorización nos supostos de traballo por conta propia e de traballo por conta allea. Estes requisitos, tal e como se verá de seguido, son parcialmente coincidentes cos establecidos para a concesión da autorización de traballo por conta allea e por conta propia nos supostos de residencia temporal¹⁷.

(Referencia Aranzadi AS\2004\3937), no que se indica que “o demandante é de nacionalidade marroquí [...] e non posúe a nacionalidade española que esixe ...[o Real decreto 2205/80]..., e por outro lado non se trata dun estranxeiro residente en España que de acordo co artigo 10 da Lei orgánica 4/2000 do 11 de xaneiro no seu parágrafo segundo poden acceder, en igualdade de condicións que os nacionais dos Estados membros da Unión Europea, como persoal laboral ao servizo das Administracións públicas, de acordo cos principios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade, así coma o de publicidade, senón dun traballador transfronteirizo regulado no art. 43 de dita Lei orgánica [...], polo que non pode adquirir a condición que reclama nin a inclusión no cadro numérico do Ministerio de defensa como persoal civil non funcionario en establecemento militar”. No mesmo sentido de limitar o acceso dos traballadores transfronteirizos a determinadas ocupacións en España para as que se esixe a nacionalidade española ou a residencia legal en España, véxanse, entre outras, as sentenzas, citadas, do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, Málaga, números 1668/2004, do 9 de setembro de 2004, 33/2005, do 13 de xaneiro (Referencia Aranzadi JUR\2005\58931) e 377/2005, do 10 de febreiro (Referencia Aranzadi AS\2005\1202), todas elas da Sección Primeira da Sala do Social.

¹⁶ Para unha referencia á autorización de traballo transfronteirizo á luz do Regulamento de estranxeiría de 2004 (Real Decreto 2393/2004), véxase MENDOZA NAVAS, N., “Los permisos de trabajo”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo, (Albacete, 2008), páxs. 174 e 175.

¹⁷ Contemplados nos artigos 64 e 105, respectivamente, do Regulamento de estranxeiría.

1. Requisitos comúns no traballo por conta propia e por conta allea

4. Como requisitos comúns para a autorización do desenvolvemento das actividades por conta allea e por conta propia nos supostos de traballo transfronteirizo, o citado artigo 183 do Regulamento de estranxeiría establece os tres seguintes: “carecer de antecedentes penais en España e nos seus países anteriores de residencia durante os últimos cinco anos, por delitos previstos no ordenamento español”¹⁸, “non figurar como rexeitábel no espazo territorial de países cos cales España teña asinado un convenio en tal sentido”¹⁹ e “residir na zona fronteiriza con territorio español de que se trate”²⁰. Este último requisito é exclusivo para os supostos de traballo transfronteirizo. Porén os dous primeiros coinciden con requisitos esixidos para a autorización inicial de residencia temporal e traballo por conta allea e por conta propia. En efecto, tanto no artigo 64 coma no artigo 105 do Regulamento de estranxeiría, figuran estes dous requisitos, no primeiro para os supostos de traballo por conta allea e no segundo para os supostos de traballo por conta propia. En todo caso, cómpre salientar que en ambos supostos son requisitos referidos á situación de residencia en España e non á actividade laboral a desempeñar en si²¹.

2. Requisitos específicos no traballo por conta allea

5. Para o caso da autorización de traballo por conta allea nos casos de traballo transfronteirizo, o artigo 183 do Regulamento de estranxeiría establece unha serie de requisitos específicos, un relacionado co propio traballador, outros ao respecto do empregador, e outros referidos ao contrato de traballo e á situación nacional de emprego, que serán analizados de seguido.

6. Así, ao respecto do traballador, esíxeselle unicamente un requisito, referente á súa cualificación profesional. Tal requisito consiste en que o traballador “teña a capacitación e, no seu caso, a cualificación esixida para o exercicio da profesión”²². Esta esixencia é coincidente co requisito

¹⁸ Véxase o número 1º das letras a) e b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁹ Véxase o número 2º das letras a) e b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

²⁰ Véxase o número 3º das letras a) e b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

²¹ Véxanse as letras b) e c) do apartado 2 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría ao respecto da concesión da autorización inicial de residencia temporal e traballo por conta allea, e as letras b) e c) do apartado 2 do artigo 105 do Regulamento de estranxeiría ao respecto da autorización inicial e traballo por conta propia.

²² Véxase o número 9º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

previsto para os supostos de autorización de residencia temporal e traballo por conta allea, no que se inclúe dentro dos relativos á actividade laboral a desenvolver²³.

7. En canto ao empregador, contempla dous requisitos. Por unha banda, esixe que formalice a súa “inscrición no correspondente réxime do sistema de Seguridade Social e se atope ao día no cumprimento das súas obrigas tributarias e fronte á Seguridade Social”²⁴. Este requisito coincide cun dos esixidos para os supostos de autorización de residencia temporal e traballo por conta allea, en relación coa actividade laboral²⁵. Por outra banda, esixe que “conte con medios económicos, materiais ou persoais, suficientes para o seu proxecto empresarial e para facer fronte ás obrigas asumidas no contrato fronte ao traballador”²⁶. Este segundo requisito é parcialmente coincidente co previsto, en relación coa actividade laboral, nos supostos de autorización de residencia temporal e traballo por conta allea²⁷. A diferenza estriba en que neste último suposto se fai unha remisión expresa ao disposto no artigo 66 do propio Regulamento de estranxeiría, no que se especifican os “medios económicos, materiais e persoais que deberá acreditar o empregador para facer fronte ás obrigas dimanantes do contrato de traballo”. O silencio do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría sobre este extremo non é óbice para que tales requirimentos resulten tamén de aplicación ao empregador dun traballador transfronteirizo dada a remisión que se fai no seu apartado 1 “ás condicións para a autorización de traballo que proceda”. Por tanto, segundo dispón o apartado 1 do artigo 66, “o empregador deberá acreditar que conta con medios en contía suficiente para facer fronte ao seu proxecto empresarial e ás obrigas derivadas do contrato asinado co traballador estranxeiro”, incluído “o pagamento do salario reflectido no contrato que figure no procedemento”. Ademais, nos casos nos que o empregador sexa unha persoa física deberá acreditar que dispón de recursos abondo para o seu mantemento persoal e o da súa propia familia, unha vez descontado o pagamento do salario a aboar ao traballador contratado²⁸.

8. No que atinxe ao contrato de traballo tamén se contemplan dous requisitos: un referido á duración do mesmo e outro ás condicións de traballo establecidas nel. Así, por unha banda, esíxese que por parte do empregador se presente un contrato, “con data de comezo condicionada á

²³ Véxase a letra f) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

²⁴ Véxase o número 6º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

²⁵ Véxase a letra d) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

²⁶ Véxase o número 8º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

²⁷ Véxase a letra e) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

²⁸ Véxase o apartado 2 do citado artigo 66.

eficacia da autorización que lle garanta ao traballador unha actividade continuada durante o período de vixencia da autorización”²⁹. Este requisito coincide parcialmente co previsto, en relación coa actividade laboral, nos supostos de autorización de residencia temporal e traballo por conta allea. Para estas últimas autorizacións, esíxese “que o empregador presente un contrato de traballo asinado polo traballador e por el mesmo e que lle garanta ao traballador unha actividade continuada durante o período de vixencia da autorización inicial de residencia temporal e traballo por conta allea”, e que “a data de comezo do contrato deberá estar condicionada ao momento de eficacia da autorización de residencia temporal e traballo por conta allea”³⁰. Por outra banda, esíxese que as condicións fixadas no contrato “se axusten ás establecidas pola normativa vixente e o convenio colectivo aplicábel para a mesma actividade, categoría profesional e localidade”³¹. Este segundo requisito tamén é parcialmente coincidente co previsto, en relación coa actividade laboral, nos supostos de autorización de residencia temporal e traballo por conta allea. Para esta última autorización engádese que “no caso de que a contratación for a tempo parcial, a retribución deberá ser igual ou superior ao salario mínimo interprofesional para xornada completa e en cómputo anual”³². Malia que, como xa se indicou, as autorizacións de traballo transfronteirizo deberán cumprir as condicións establecidas para as autorizacións de traballo que corresponda, non parece que este requisito adicional resulte pertinente nas autorizacións de traballo transfronteirizo, dado de que os traballadores transfronteirizos poderán completar os ingresos obtidos co contrato a tempo parcial en España cos obtidos noutras actividades no seu Estado de residencia, o que non acontecerá no caso de traballadores residentes en España. Téñase en conta, ademais, que este requisito pretende garantir que o traballador ao que se lle autoriza a residencia temporal e o traballo por conta allea conte con recursos abondo para se manter a si mesmo en España, o que evidentemente non resulta de aplicación aos traballadores transfronteirizos polo feito de non residiren nela.

9. Por último, no relativo á situación nacional de emprego, esíxese que a mesma permita a contratación do traballador estranxeiro³³. Este requisito é parcialmente coincidente co previsto en relación coa actividade laboral nos supostos de autorización de residencia temporal e traballo por conta allea³⁴. A diferenza estriba en que neste último suposto se fai unha remisión

²⁹ Véxase o número 5º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

³⁰ Véxase a letra b) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

³¹ Véxase o número 7º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

³² Véxase a letra c) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

³³ Véxase o número 4º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

³⁴ Véxase a letra a) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

expresa ao artigo 65 do propio Regulamento, no que se especifican os elementos a considerar para a “determinación da situación nacional de emprego”. Esta remisión tamén resulta de aplicación para os supostos de autorización de traballo no caso de traballadores transfronteirizos.

10. Segundo se determina no citado artigo 65 do Regulamento de estranxeiría, a situación nacional de emprego determínase a través da elaboración dun catálogo de ocupacións de difícil cobertura para cada provincia ou, de ser o caso, para cada demarcación territorial que estableza a correspondente Administración autonómica, así como para as cidades autónomas de Ceuta e Melilla³⁵. Para a elaboración do catálogo tómase como base a información dispoñíbel nos servizos públicos de emprego, referida á xestión de ofertas presentadas polos empregadores. A tipoloxía de ocupacións é a establecida na Clasificación Nacional de Ocupacións (CNO)³⁶. A inclusión dunha ocupación dentro do catálogo ten como consecuencia que se poidan tramitar autorizacións de residencia temporal e de traballo por conta allea e, en consecuencia, que poidan ser concedidas autorizacións de traballo por conta allea para traballadores transfronteirizos.

11. Tamén será posíbel tramitar estas autorizacións en ocupacións non incluídas no catálogo de ocupacións de difícil cobertura nos casos nos que un empregador demostre a dificultade para cubrir postos de traballo por medio de traballadores do mercado laboral interno. Para elo será preciso que o servizo de emprego correspondente certifique a insuficiencia de demandantes de emprego diante da oferta presentada polo empregador, tras un intento de cubrir a oferta con demandantes de emprego residentes en España.

12. Por último, cómpre facer referencia a un requisito esixíbel para a autorización de traballo por conta allea de traballo transfronteirizo que non figura dentro dos requisitos específicos para a concesión desta autorización, pero si no artigo 64 do Regulamento de estranxeiría, cuxa aplicabilidade, recórdese, deriva do previsto no apartado 1 do artigo 183, cando indica que para a concesión deste tipo de autorizacións “observarase o disposto nos artigos que establecen as condicións para a autorización de traballo que proceda”. É o requisito referido ao abono da taxa relativa á autorización de

³⁵ Este catálogo é elaborado con carácter trimestral polo Servizo Público de Emprego Estatal, tras a consulta á Comisión Laboral Tripartita, sobre a base da información remitida polos servizos públicos de emprego autonómicos. No caso de provincias insulares o catálogo poderá elaborarse para cada illa ou agrupación delas.

³⁶ Véxase o Real decreto 1591/2010, do 26 de novembro, polo que se aproba a Clasificación Nacional de Ocupacións 2011 (BOE número 306, do 13 de decembro de 2010).

traballo por conta allea³⁷, que é o único requisito previsto no citado artigo 64 referido á actividade laboral que non figura repetido no artigo 183³⁸.

3. Requisitos específicos no traballo por conta propia

13. Entrando xa na análise dos requisitos específicos para os supostos de autorización de traballo por conta propia, cómpre indicar que están referidos a circunstancias relativas ao propio interesado e á actividade proxectada. Contémplase, ademais, un requisito xeral —debe entenderse referido tanto ao interesado como á actividade— consistente no cumprimento dos “requisitos que a lexislación vixente lles esixe aos nacionais para a apertura e funcionamento da actividade proxectada”³⁹. Este requisito xeral tamén se atopa entre os esixidos, en relación coas condicións en materia de traballo, nos supostos de autorización de residencia temporal e de traballo por conta propia⁴⁰.

14. Como requisito que atinxe ao propio interesado, establécese que naqueles supostos en que se proxecte o exercicio dunha profesión, o solicitante deberá “ter a capacitación e, de ser o caso, a cualificación

³⁷ Véxase a letra g) do apartado 3 do artigo 64 do Regulamento de estranxeiría.

³⁸ O artigo 64 distingue entre requisitos en relación coa residencia e requisitos en relación coa actividade laboral. Dentro dos requisitos relativos á residencia, que tamén serán valorados polo órgano competente para a concesión da autorización de traballo por conta allea para traballadores fronteirizos, segundo dispón o apartado 1 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría, figuran tres que non se inclúen no apartado 2 letra a) deste artigo. Fan referencia a que o solicitante non se encontre irregularmente en territorio español, que transcorrese o prazo de compromiso de non regreso a España do estranxeiro, asumido por este no marco de seu regreso voluntario e, finalmente, que se aboase a taxa por tramitación da autorización de residencia temporal. Esta último requisito resulta, evidentemente, inaplicábel aos supostos de traballo transfronteirizo pola razón de non residiren en España. A taxa a aboar para a concesión da autorización de traballo por conta allea nos supostos de traballo transfronteirizo figura na Orde PRE/1803/2011, do 30 de xuño (BOE número 156, do 1 de xullo). Téñase en conta que segundo determina o artigo 47 da Lei de estranxeiría “non estarán obrigados ao pagamento das taxas pola concesión das autorizacións para traballar os nacionais iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, os sefardís, os fillos e netos de español ou española de orixe e os estranxeiros nados en España, cando pretendan realizar unha actividade lucrativa, laboral ou profesional, por conta propia”. A diferenza das ordes que regularon con anterioridade a citada taxa, na actual non se establece unha específica para este tipo de traballadores e figura unha común cos restantes supostos de traballo por conta allea na que, iso si, se indica expresamente que inclúe aos traballadores transfronteirizos. Así, cando a retribución a percibir sexa inferior ao duplo do salario mínimo interprofesional o importe da taxa para a autorización inicial é de 190,12 euros (véxase a taxa número 5.1.A.1 no anexo da orde), que serán 380,27 euros cando sexa igual ou superior a esa contía (véxase a taxa número 5.1.A.2 no anexo da orde). Pola súa banda, a taxa a aboar nas sucesivas prórrogas será de 76,05 euros, con independencia da contía da retribución (véxase a taxa número 5.1.B no anexo da orde).

³⁹ Véxase o número 4º da letra b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

⁴⁰ Véxase a letra a) do apartado 3 do artigo 105 do Regulamento de estranxeiría.

profesional legalmente esixida para o exercicio da profesión, así como a colexiación cando así se requira”⁴¹. Este requisito tamén se contempla en relación coas condicións en materia de traballo, nos supostos de autorización de residencia temporal e de traballo por conta propia. Neste caso a esixencia consiste en “posuír a cualificación profesional legalmente esixida ou experiencia acreditada suficiente no exercicio da actividade profesional, así como, de ser o caso, a colexiación cando así se requira”⁴². Malia a distinta redacción nun e noutro suposto, pódese concluír que en ambos casos se está a facer referencia ás mesmas condicións. A alusión que se fai ao respecto da autorización de traballo por conta propia nos supostos de traballo transfronteirizo sobre a capacitación para o exercicio da profesión é, en esencia, a mesma que a experiencia acreditada suficiente no exercicio da actividade profesional, que se pide ao respecto da autorización de traballo por conta propia nos supostos de residencia temporal.

15. No que atinxe á actividade proxectada, establece dous requisitos referidos á viabilidade económica desta. Así, por unha banda, deberase “acreditar que o investimento previsto para a implantación do proxecto sexa suficiente e a incidencia, de ser o caso, na creación de emprego”⁴³. Este requisito tamén se contempla, con idéntica redacción, ao respecto da autorización de residencia temporal e de traballo por conta propia, no que atinxe ás condicións en materia de traballo⁴⁴. Por outra, esíxese que exista unha “previsión de que o exercicio da actividade producirá desde o primeiro ano recursos económicos suficientes polo menos para a manutención do interesado, unha vez deducidos os necesarios para o mantemento da actividade”⁴⁵. Téñase en conta que para os supostos de autorización de residencia temporal e de traballo por conta propia tamén se contempla, en relación coas condicións en materia de traballo, un requisito referido á suficiencia económica do solicitante. En concreto, esíxese “que o estranxeiro conte con recursos económicos suficientes para a súa manutención e aloxamento”. Aclárase de seguido que “no caso de que os recursos acreditados deriven do exercicio da actividade por conta propia, a súa valoración realizarase unha vez deducidos os necesarios para o mantemento da actividade”. E engade finalmente que “as contías que cumprirá acreditar serán aquelas previstas en relación con solicitudes de autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, en función das persoas que o interesado teña ao seu cargo”⁴⁶. Ao respecto deste último

⁴¹ Véxase o número 5º da letra b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

⁴² Véxase a letra b) do apartado 3 do artigo 105 do Regulamento de estranxeiría.

⁴³ Véxase o número 6º da letra b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

⁴⁴ Véxase a letra c) do apartado 3 do artigo 105 do Regulamento de estranxeiría.

⁴⁵ Véxase o número 7º da letra b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

⁴⁶ Véxase a letra d) do apartado 3 do artigo 105 do Regulamento de estranxeiría.

requisito de suficiencia económica previsto para os supostos de autorización de residencia temporal e de traballo por conta propia, resulta cuestionábel a súa aplicabilidade nas autorizacións de traballo por conta propia dos traballadores fronteirizos, malia o indicado no apartado 1 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría ao respecto da necesidade de observar “o disposto nos artigos que establecen as condicións para a autorización de traballo que proceda”. Téñase en conta que con este requisito preténdese garantir que o traballador estranxeiro conte con recursos económicos abondo en España para o seu mantemento neste país, circunstancia que non se da no suposto dos traballadores transfronteirizos quen, por definición, residen noutro Estado no que, ademais, poderán completar os ingresos precisos para o seu mantemento.

16. Por último, e tal e como tamén se indicou para as autorizacións de traballo por conta allea, cómpre facer referencia a un requisito esixíbel para a autorización de traballo por conta propia de traballo transfronteirizo que non figura dentro dos requisitos específicos para a concesión desta autorización, pero si no artigo 105 do Regulamento de estranxeiría. Recórdese, tamén aquí, que a aplicabilidade deste artigo deriva do previsto no apartado 1 do artigo 183, cando indica que para a concesión deste tipo de autorizacións “observarase o disposto nos artigos que establecen as condicións para a autorización de traballo que proceda”. É o requisito referido ao abono da taxa relativa á autorización de traballo por conta propia⁴⁷, que é o único requisito previsto no citado artigo 105 referido ás condicións de traballo que non figura repetido no artigo 183⁴⁸.

⁴⁷ Véxase a letra e) do apartado 3 do artigo 105 do Regulamento de estranxeiría. Téñase en conta que segundo determina o artigo 47 da Lei de estranxeiría “non estarán obrigados ao pagamento das taxas pola concesión das autorizacións para traballar os nacionais iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, os sefardís, os fillos e netos de español ou española de orixe e os estranxeiros nados en España, cando pretendan realizar unha actividade lucrativa, laboral ou profesional, por conta propia”.

⁴⁸ O artigo 105 distingue entre condicións en materia de residencia e en materia de traballo. Dentro dos requisitos relativos á residencia, que tamén serán valorados polo órgano competente para a concesión da autorización de traballo por conta allea para traballadores transfronteirizos, segundo dispón o apartado 1 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría, figuran 3 que non se inclúen no apartado 2 letra b) deste artigo. Fan referencia a que o solicitante non se encontre irregularmente en territorio español, que transcorrese o prazo de compromiso de non regreso a España do estranxeiro, asumido por este no marco de seu regreso voluntario e, finalmente, que se aboase a taxa por tramitación da autorización de residencia temporal. Este último requisito resulta, evidentemente, inaplicábel aos supostos de traballo transfronteirizo pola razón de non residiren en España. A contía da taxa ven establecida na Orde PRE/1803/2011, e é de 190,12 euros para a autorización inicial (véxase a taxa 5.1.A.1 da orde) e de 76,05 euros para a prórroga da autorización (véxase a taxa 5.1.B da orde).

4. Consecuencias da concesión da autorización de traballo

a) Alta na Seguridade Social e tarxeta de identidade de estranxeiro

17. Tanto no caso de concesión de autorización de traballo por conta propia coma na autorización de traballo por conta allea de traballadores transfronteirizos, deberá procederse a dar de alta ao traballador no réxime que corresponda da Seguridade Social dentro do prazo dun mes, a contar desde a data de notificación da resolución que a conceda⁴⁹. Para os efectos de acreditar a condición de traballador transfronteirizo e permitirlle a entrada e saída de territorio español para realizar a actividade laboral, dentro do mesmo prazo dun mes o traballador estranxeiro “deberá solicitar e obter a correspondente tarxeta de identidade de estranxeiro”⁵⁰. Esta tarxeta foi regulada por medio da Orde do Ministerio do Interior do 7 de febreiro de 1997⁵¹. Segundo se indica no apartado 2 do artigo quinto da mesma, no caso de autorización de traballadores transfronteirizos no documento deberá figurar na parte superior dereita do anverso, escrito en tinta negra⁵², a expresión “*Trabajador Fronterizo*”⁵³. Malia que con carácter xeral, o apartado 2 do artigo 4 da Lei orgánica 4/2000 establece a obriga de obtención da tarxeta de identidade de estranxeiro unicamente aos estranxeiros autorizados a permanecer en España por un período superior a seis meses, os traballadores transfronteirizos están obrigados a proveerse dela mesmo cando a súa autorización sexa por un período inferior ao

⁴⁹ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 4 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría. Indícase que “o traballador deberá darse ou ser dado de alta no réxime correspondente da Seguridade Social”.

⁵⁰ Véxase o parágrafo segundo do apartado 4 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría. Véxase tamén o parágrafo terceiro onde se indica que “a tarxeta de identidade de estranxeiro será solicitada e obtida sen prexuízo de que a autorización concedida sexa de duración menor a seis meses”, que é o prazo que, con carácter xeral, fixa o apartado 2 do artigo 4 da Lei orgánica 4/2000 para a obtención da tarxeta de identidade de estranxeiro.

⁵¹ Pola que se regula a tarxeta de estranxeiro (BOE número 40, do 15 de febreiro). Foi modificada pola Orde INT/2058/2008, do 14 de xullo, pola que se modifica a Orde do Ministro do Interior do 7 de febreiro de 1997, pola que se regula a Tarxeta de Estranxeiro, no atincente ao número de Identidade do Estranxeiro (BOE número 170, do 15 de xullo). Ao respecto da tarxeta de identidade de estranxeiro véxase tamén o Regulamento (CE) número 1030/2002, do Consello do 13 de xuño de 2002, polo que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionais de terceiros países (DO L número 157, do 16 de xuño) modificado polo Regulamento (CE) número 380/2008 do Consello, do 18 de abril de 2008, (DO L número 115, do 29 de abril).

⁵² Indícase que a cor será vermella na concesión de permiso de residencia, verde no caso de permisos de residencia e traballo, laranxa para a concesión de tarxeta de estudante, azul para as persoas incluídas no réxime comunitario e morado para as persoas que teñan recoñecida a condición de refuxiado mediante a concesión do dereito de asilo.

⁵³ Segundo se indica no parágrafo primeiro do artigo sexto da orde “o contido do documento persoal da Tarxeta de estranxeiro virá redactado en castelán”.

citado⁵⁴. A expedición da tarxeta de identidade de estranxeiro de traballadores transfronteirizos está suxeita ao abono dunha taxa⁵⁵.

b) Limites da autorización

18. A concesión da autorización inicial de traballo transfronteirizo está sometida a unha tripla limitación: temporal, espacial ou xeográfica e funcional. O establecemento de tales límites ás autorizacións de traballo na normativa de estranxeiría non é exclusiva dos supostos de traballo transfronteirizo, tamén se poden atopar —entre outras⁵⁶— nas autorizacións de residencia temporal e traballo por conta allea⁵⁷, e de residencia temporal e traballo por conta propia⁵⁸.

19. No que atinxe ao límite temporal, a autorización de traballo fronteirizo por conta allea deberá ter unha duración coincidente coa do contrato de traballo que a motiva, cun límite mínimo de tres meses e un límite máximo dun ano. No caso de autorización inicial de traballo fronteirizo por conta propia, aplicaranse os mesmos criterios en relación coa actividade proxectada⁵⁹. En calquera caso, unha vez expirada a autorización prorrogarase mentres subsista “a mesma relación laboral ou actividade por conta propia e subsistan as circunstancias que motivaron a súa concesión”⁶⁰, a vixencia das sucesivas prórrogas que se concedan coincidirán co contrato de traballo ou a actividade que a motivan, co límite máximo dun ano⁶¹.

⁵⁴ Determíno así o parágrafo terceiro do apartado 4 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría, que se acolle ao previsto no parágrafo segundo do apartado 2 do artigo 4 da Lei orgánica 4/2000, no que se indica que: “regulamentariamente desenvolveranse os supostos nos que se poderá obter dita tarxeta de identidade cando se concedera unha autorización para permanecer en España por un período non superior a seis meses”.

⁵⁵ Estabelecida na Orde PRE/1803/2011, que será de 15 euros na primeira concesión da autorización (véxase a taxa 6.1.A no anexo da Orde). Nótese que o epígrafe 6.1 do anexo fai referencia á realización de “traballo transfronteirizo en España por un período superior a seis meses”, que serán 18 euros no caso de prórroga da mesma (véxase a taxa 6.1.B no anexo da Orde).

⁵⁶ Véxase o artigo 98 do Regulamento de estranxeiría ao respecto dos supostos de residencia temporal de traballo por conta allea de duración determinada, ou o artigo 73 ao respecto da residencia temporal e traballo para investigación.

⁵⁷ Véxase o apartado 1 do artigo 63 do Regulamento de estranxeiría. Nótese que os límites xeográfico e funcional non resultarán de aplicación nas autorizacións de traballo temporal e traballo por conta allea nos casos de non aplicabilidade do requisito de que a situación nacional de emprego permita a contratación do traballador.

⁵⁸ Véxase o artigo 104 do Regulamento de estranxeiría.

⁵⁹ Véxase o apartado 1 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

⁶⁰ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 3 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

⁶¹ Véxase o parágrafo segundo do apartado 3 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

20. En canto ao límite espacial ou xeográfico, as autorizacións de traballo transfronteirizo abrangueran unicamente o territorio da comunidade autónoma ou da cidade autónoma na zona limítrofe da cal resida o traballador beneficiado⁶². O establecemento deste límite xeográfico para o caso das cidades autónomas de Ceuta e Melilla resulta acaído para a figura do traballo transfronteirizo. Sen embargo, non parece axeitado en canto ao territorio dunha comunidade autónoma, dada a elevada extensión da maior parte das fronteirizas con outros Estados, o que faría imposíbel, desde o punto de vista fáctico, que un traballador residente nunha zona limítrofe con España puidera traballar como traballador transfronteirizo en amplas zonas do territorio da comunidade autónoma na que estivera autorizado para traballar⁶³. Parecería máis realista limitar o ámbito espacial ao territorio da provincia limítrofe, ou establecer unha distancia máxima entre a localidade ou localidades de traballo e a fronteira.

21. Por último, ao respecto do límite funcional, as autorizacións de traballo transfronteirizo deberán estar referidas a unha concreta ocupación, no caso de traballo por conta allea, ou a un concreto sector de actividade, no caso de traballo por conta propia⁶⁴. Esta limitación, tal e como se verá máis adiante, pode limitar o goce do dereito á promoción profesional no caso dos traballadores transfronteirizos por conta allea⁶⁵.

22. Xa para rematar este apartado, cómpre facer referencia a dúas cuestións relacionadas cos límites da autorización. Por unha banda, débese indicar que as autorizacións de traballo transfronteirizo se extinguiran, con carácter xeral, polas causas establecidas para a extinción das demais autorizacións previstas no Regulamento de estranxeiría que resulten aplicábeis a esta situación e, especificamente, pola perda da condición de traballador transfronteirizo⁶⁶. Por outra banda, débese facer referencia á previsión contida no apartado 5 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría, que indica que “o feito de ter sido titular dunha autorización de traballo por conta propia ou allea para traballadores transfronteirizos non xerará dereito para a obtención dunha autorización de residencia e traballo por conta

⁶² Véxase o apartado 2 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

⁶³ Pénsese, por exemplo, nun traballador residente en Andorra que obtivese unha autorización de traballo transfronteirizo. En virtude da mesma estaría autorizado para traballar no territorio da totalidade da comunidade autónoma de Catalunya. Pero o certo é que lle resultaría imposíbel, desde o punto de vista práctico, facer uso dese dereito nunha parte importante dese territorio polas distancias existentes coa súa residencia, que lle impedirían regresar diariamente a ela. (por exemplo entre Andorra la Vella e Amposta [Tarragona] hai unha distancia de máis de 250 quilómetros e un tempo estimado de viaxe de aproximadamente catro horas).

⁶⁴ Véxase o apartado 2 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría, *in fine*.

⁶⁵ Véxase *infra*, núm. 45 e ss.

⁶⁶ Véxase o apartado 4 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

propia ou allea, sen prexuízo de que sexa tida en conta para a valoración das solicitudes que o titular puider presentar”.

C) Outros tipos de autorización de traballo

23. O artigo 43 da Lei orgánica 4/2000 fai referencia á necesidade do cumprimento dos “requisitos e condicións con que se conceden as autorizacións do réxime xeral”, cando establece a necesidade de que os traballadores transfronteirizos obteñan unha autorización administrativa para poder traballar en territorio español. Con todo, nin na Lei de estranxeiría nin no seu Regulamento se indica cales son as autorizacións do réxime xeral ás que se refire o citado artigo 43. De feito, na propia Lei de estranxeiría non figura en ningún outro lugar a citada expresión, nin tampouco figura referencia algunha no seu Regulamento. Figuran, sen embargo, na propia Lei de estranxeiría, referencias ao réxime comunitario⁶⁷, ao réxime de estancia⁶⁸, ao réxime específico de apátridas⁶⁹, ao réxime especial de investigadores⁷⁰ e ao réxime especial de traballadores de temporada⁷¹. Pola súa banda, no Regulamento de estranxeiría tamén se inclúen referencias ao réxime comunitario⁷², ou ao réxime especial de investigadores⁷³, e aparecen referencias ao réxime especial dos estudos de especialización no ámbito sanitario⁷⁴ e ao réxime de asilo⁷⁵, dos que non aparecen referencias na Lei de estranxeiría.

24. Esta falta de especificación do que se debe entender cales son as autorizacións do réxime xeral non se ve aclarada polo Regulamento de estranxeiría pois, tal e como se indicou máis arriba, cando regula a figura do traballo transfronteirizo, indica que para a concesión inicial da autorización de traballo transfronteirizo deberanse cumprir as condicións

⁶⁷ Véxase o apartado 3 do artigo 1, o apartado 5 do artigo 2 e o apartado 1 do artigo 28 da Lei de estranxeiría.

⁶⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 33 da Lei de estranxeiría.

⁶⁹ Véxase o apartado 1 do artigo 34 da Lei de estranxeiría.

⁷⁰ Véxanse o artigo 38 *bis* da Lei de estranxeiría. Véxase tamén a letra d) do apartado 1 do artigo 17 e o apartado 1 do artigo 18 da Lei de estranxeiría.

⁷¹ Véxase o artigo 42 da Lei de estranxeiría.

⁷² Véxase o apartado 1 do artigo 14 e o apartado 4 do artigo 200 do Regulamento de estranxeiría.

⁷³ Véxase o apartado 1 do artigo 37 e o apartado 1 do artigo 56 do Regulamento de estranxeiría.

⁷⁴ Véxase o artigo 43 do Regulamento de estranxeiría. Para unha referencia ao réxime especial dos estudos de especialización no ámbito sanitario á luz do Regulamento de estranxeiría de 2004 (Real decreto 2393/2004), véxase MENDOZA NAVAS, N., “Permanencia de los extranjeros en España. Estancia, residencia y otras situaciones especiales”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo, (Albacete, 2008), páx. 135.

⁷⁵ Véxase o apartado 8 do artigo 210 do Regulamento de estranxeiría.

esixidas para “a autorización de traballo que proceda”⁷⁶, sen concretar cales son tales autorizacións de traballo. Esta remisión xenérica obriga a cuestionarse se as autorizacións de traballo para os supostos de traballo transfronteirizo son unicamente as correspondentes á autorización de traballo por conta allea e á autorización de traballo por conta propia, que foron analizadas máis arriba, ou se tamén son factíbeis outro tipo de autorizacións existentes na normativa de estranxeiría, previstas tanto para situacións de estadía como para situacións de residencia en España.

25. Comezando polos supostos de estadía, regulados no título III do Regulamento de estranxeiría, cómpre indicar que o capítulo II do mesmo, titulado “estadía por estudos, mobilidade de alumnos, prácticas non laborais ou servizos de voluntariado” contempla a posibilidade de que os beneficiarios da mesma realicen actividades laborais por conta allea ou actividades por conta propia, sempre que o traballo desenvolto sexa compatíbel coa actividade que motivou a autorización da estadía⁷⁷. Este tipo de autorización de traballo non parece que poida sen concedida aos traballadores transfronteirizos, dado que vai asociada con carácter instrumental á propia concesión da estadía, o que sería incompatíbel con este tipo de traballadores que, por definición, se trasladan diariamente do Estado de emprego ao de residencia.

26. Dentro da situación de estadía merece unha mención aparte o réxime especial dos estudos de especialización do ámbito sanitario, regulado no artigo 43 do Regulamento de estranxeiría. Segundo se determina no mesmo, aquelas persoas estranxeiras que posúan un título universitario español —ou estranxeiro recoñecido ou homologado— que habilite para participar nas probas selectivas para a formación sanitaria especializada que se presenten ás mesmas, no caso de superalas poderán realizar as actividades laborais correspondentes á relación laboral especial de residencia para a formación de especialistas en Ciencias da Saúde “sen que sexa necesario que dispoñan da correspondente autorización de traballo”. Malia que o Regulamento de estranxeiría non especifique nada ao respecto, parece que esta relación laboral especial podería ser desempeñada en situación de traballo transfronteirizo. Isto sucederá no caso de que o estranxeiro beneficiario da citada relación laboral teña a súa residencia na zona fronteiriza dun Estado limítrofe con España e decida regresar a ela diariamente desde o centro sanitario no que estea a desempeñar o seu traballo, cando o mesmo estea situado en zona fronteiriza do territorio español con ese Estado. De ser así, o traballador estará eximido, en virtude

⁷⁶ Véxase o apartado 1 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

⁷⁷ Véxase o artigo 42 do Regulamento de estranxeiría.

do determinado no citado artigo 43 do Regulamento de estranxeiría, de solicitar a autorización da que deben dispor os traballadores transfronteirizos nos demais supostos, pero elo non o privará da súa condición de traballador transfronteirizo, pois cumprirá cos requisitos que determinan esta figura.

27. En canto ás autorizacións de carácter indefinido, aparecen contempladas e reguladas no título VI, denominado “residencia de longa duración”. Correspóndense coa residencia de longa duración e coa residencia de longa duración-UE. Considérase residente de longa duración “o estranxeiro que fose autorizado a residir e traballar en España indefinidamente nas mesmas condicións que os españois”⁷⁸, e residente de longa duración-UE a aquel estranxeiro “autorizado a residir e traballar en España indefinidamente nas mesmas condicións que os españois e que se beneficia do establecido sobre o dito estatuto na Directiva 2003/109/CEE do Consello, do 25 de novembro, relativa ao Estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duración”⁷⁹. Ningunha destas dúas autorizacións son susceptíbeis de ser aplicadas aos supostos de traballo transfronteirizo, pois, tal e como se indicou, o Regulamento de estranxeiría no seu artigo 184, titulado “efectos da autorización de traballo para traballadores transfronteirizos”, determina a natureza temporal das autorizacións de traballo para esta categoría de traballadores.

28. Entrando xa nas autorizacións de traballo asociadas ás situacións de residencia temporal, débese indicar que o Regulamento de estranxeiría distingue entre un conxunto de situacións que poderían denominarse de residencia temporal ordinaria⁸⁰, e outro, que o propio Regulamento considera como de “residencia temporal por circunstancias excepcionais”⁸¹, que, por razóns de sistemática, deberán ser tratadas separadamente para os efectos de analizar a súa aplicabilidade aos supostos de traballo transfronteirizo.

29. Comezando por este último grupo, regulado no título V do Regulamento de estranxeiría, débense distinguir catro supostos, regulados nos catro capítulos que compoñen o citado título: “residencia por circunstancias excepcionais por arraigamento, protección internacional, razóns humanitarias, colaboración con autoridades, seguridade nacional ou interese público” (capítulo I); “residencia temporal e traballo por

⁷⁸ Véxase o artigo 147 do Regulamento de estranxeiría.

⁷⁹ Véxase o artigo 151 do Regulamento de estranxeiría.

⁸⁰ O título IV do Regulamento, que as recolle, denomínase unicamente “residencia temporal”.

⁸¹ Están recollidas no título V do Regulamento, que leva este título.

circunstancias excepcionais de mulleres estranxeiras vítimas de violencia de xénero” (capítulo II); “residencia temporal e traballo por circunstancias excepcionais por colaboración contra redes organizadas” (capítulo III); e “residencia temporal e traballo por circunstancias excepcionais de estranxeiros vítimas da trata de seres humanos” (capítulo IV). Nestes catro supostos, a autorización de traballo é consecuencia da concesión da autorización de residencia en España que polas razóns excepcionais que en cada caso se dan, xustifican esta, estando todas elas baseadas en razóns humanitarias ou de interese público. Por tanto, non resultan de aplicación aos supostos de traballo transfronteirizo onde, polas propias características da figura, non resulta posíbel a concesión dun permiso de residencia en España.

30. Seguidamente farase referencia ás autorizacións de traballo asociadas a situacións de residencia temporal ordinaria. Estas autorizacións constitúen o grupo máis numeroso das contempladas no Regulamento de estranxeiría e están reguladas no título IV do mesmo. Dentro destas non se tomarán aquí en consideración as autorizacións do traballo de temporada e os demais supostos de traballo por conta allea que teñan duración determinada —regulados no capítulo VI do citado título—, nin as autorizacións de traballo no marco dunha prestación transnacional de servizo —reguladas no capítulo VIII—, pois, tal e como se veu no seu momento⁸², todas elas constitúen supostos diferenciados do traballo transfronteirizo. Tampouco se considerará a autorización para traballar en favor do estranxeiro que entre en España como beneficiario dun reagrupamento familiar —prevista no apartado 4 do artigo 58— que evidentemente non resulta de aplicación ao traballo transfronteirizo por no se dar o requisito de residencia e traballo en distintos Estados. Analizaranse, por tanto, unicamente os supostos de autorización de traballo para investigación, regulado no capítulo IV, e de autorización de traballo de profesionais altamente cualificados, regulado no capítulo V, ambos do citado título IV do Regulamento de estranxeiría.

31. Atópanse na situación de autorización de traballo para investigación os investigadores estranxeiros que veñan a España co “fin único ou principal [de] realizar proxectos de investigación, no marco dun convenio de acollida asinado cun organismo de investigación”⁸³. Estas autorizacións están consideradas como de réxime especial na propia Lei de estranxeiría⁸⁴. Para

⁸² Véxase *supra*, Capítulo I, núm. 36 e ss.

⁸³ Véxase o apartado 1 do artigo 73 do Regulamento de estranxeiría, que reproduce neste punto o disposto no apartado 1 do artigo 38 *bis* da Lei de estranxeiría. Segundo se determina no apartado 5 deste último artigo “os estranxeiros admitidos con estes fins poderán impartir clases ou realizar outras actividades compatíbeis coa súa actividade principal de investigación”.

⁸⁴ O artigo 38 *bis* da Lei de estranxeiría leva por título “réxime especial dos investigadores”.

a concesión deste tipo de autorizacións establécense requisitos referidos tanto á residencia como á actividade a desenvolver. En canto aos primeiros, son os mesmos que se establecen para os supostos de residencia temporal e traballo por conta allea ou por conta propia, agás o referido ao transcurso do tempo de compromiso de non regreso a España, que non figura para o suposto de traballo para investigación⁸⁵. No que atinxe ao traballo a desenvolver, estipúlanse cinco requisitos que están relacionados co investigador, co organismo de investigación, co convenio de acollida⁸⁶ e co aboamento das correspondentes taxas administrativas.

32. Así, o investigador deberá ter a capacitación e, no seu caso, a cualificación profesional legalmente esixida para o exercicio da actividade a desenvolver⁸⁷. En concreto, deberá estar en posesión dunha “titulación superior que lle permita o acceso a programas de doutoramento, relacionada co proxecto de investigación para cuxo desenvolvemento se solicita a autorización”⁸⁸. En canto ao organismo de investigación, deberá estar autorizado para asinar convenios de acollida con investigadores estranxeiros⁸⁹, ademais deberá formalizar a súa inscrición no correspondente réxime da Seguridade Social e atoparse ao día no cumprimento das obrigas tributarias e de Seguridade Social⁹⁰. No que atinxe ao convenio de acollida, deberá estar asinado polo investigador e o organismo de acollida e garantir a aquel “unha actividade continuada durante o período de vixencia da autorización, que incluíra o correspondente contrato de traballo”⁹¹. Como último requisito, esíxese o abono da correspondente taxa de tramitación da autorización de traballo⁹².

33. A finalidade e os requisitos da autorización de traballo para a investigación fana compatíbel coas situacións de traballo transfronteirizo. Isto ocorrerá naqueles casos nos casos que un investigador estranxeiro que resida en zona fronteiriza limítrofe con España sexa contratado por un

⁸⁵ Véxase o apartado 1 do artigo 76 do Regulamento de estranxeiría.

⁸⁶ Sobre o contido do convenio de acollida véxase o artigo 75 do Regulamento de estranxeiría.

⁸⁷ Véxase a letra d) do apartado 2 do artigo 76 do Regulamento de estranxeiría.

⁸⁸ Véxase a letra b) do apartado 1 do artigo 75 do Regulamento de estranxeiría. Véxase, tamén, o título II da Lei 14/2011, do 1 de xuño, da Ciencia, a Tecnoloxía e a Innovación, titulado “recursos humanos dedicados á investigación” (BOE número 131, do 2 de xuño) e a Lei orgánica 6/2001, do 21 de decembro, de Universidades (BOE número 307, do 24 de decembro).

⁸⁹ Véxase a letra a) do apartado 2 do artigo 75 do Regulamento de estranxeiría. Por organismo de investigación enténdese “calquera persoa física ou xurídica, pública ou privada, con establecemento principal ou secundario radicado en España, que realice actividades de investigación e desenvolvemento tecnolóxico e fose autorizada para subscribir convenios de acollida” (artigo 73.2 do Regulamento de estranxeiría).

⁹⁰ Véxase a letra b) do apartado 2 do artigo 76 do Regulamento de estranxeiría.

⁹¹ Véxase a letra d) do apartado 2 do artigo 76 do Regulamento de estranxeiría.

⁹² Véxase a letra e) do apartado 2 do artigo 76 do Regulamento de estranxeiría.

organismo de investigación español situado na cidade autónoma ou na comunidade autónoma limítrofe co Estado de residencia do citado investigador e este decida non trasladar a súa residencia a España durante o período de duración do contrato que o vincule co organismo de investigación.

34. Seguidamente débese facer referencia á autorización de traballo de profesionais altamente cualificados, establecida no artigo 38 *ter* da Lei de estranxeiría e regulada, como xa se dixo, no capítulo V do título IV do Regulamento de estranxeiría. A creación por parte da normativa interna española desta autorización responde á necesidade de incorporar ao Dereito interno español a Directiva 2009/50/CE do Consello, do 25 de maio de 2009, relativa ás condicións de entrada e residencia de nacionais de países terceiros para fins de emprego altamente cualificado⁹³.

35. Para os efectos da concesión deste tipo de autorización considéranse traballadores altamente cualificados aqueles que “acrediten cualificacións de ensino superior ou, excepcionalmente, teñan un mínimo de cinco anos de experiencia laboral que poida considerarse equiparábel”⁹⁴. A cualificación de ensino superior que habilita para a concesión desta autorización é unicamente “aquela derivada dunha formación de ensino superior, de duración mínima de tres anos e que proporcione o nivel de cualificación necesario para exercer unha profesión que esixa un alto nivel de capacitación ou para ingresar nun programa de investigación avanzada”⁹⁵. Esta definición non se corresponde, por tanto, coa totalidade das ensinanzas de ensino superior en España establecidas na normativa de educación, pois téñase en conta que estas comprenden as seguintes ensinanzas: “o ensino universitario, as ensinanzas artísticas superiores, a formación profesional de grao superior, as ensinanzas profesionais de artes plásticas e deseño de grao superior e as ensinanzas deportivas de grao superior”⁹⁶. Quedan excluídas da mesma as ensinanzas de formación profesional e deportivas de grao superior, así como as ensinanzas profesionais superiores de artes plásticas e deseño, por teren unha duración

⁹³ DO L número 155, do 18 de xuño de 2009.

⁹⁴ Véxase o apartado 1 do artigo 38 *ter* da Lei de estranxeiría.

⁹⁵ Véxase o apartado 2 do artigo 85 do Regulamento de estranxeiría.

⁹⁶ Véxase o apartado 5 do artigo 3 da Lei orgánica 2/2006, do 3 de maio de educación (BOE número 106, do 4 de maio, suplemento en galego número 6 do 15 de maio). Véxase tamén o artigo 4 do Real decreto 1027/2011, do 15 de xullo, polo que se establece o Marco español de cualificacións para a educación superior (BOE número 185, do 3 de agosto), no que se establecen catro niveis dentro do mesmo (nivel 1, para títulos de técnico superior; nivel 2, para títulos de grao; nivel 3, para títulos de mestrado; e nivel 4, para títulos de doutor).

inferior a tres cursos académicos⁹⁷. Para a concesión da autorización inicial de residencia temporal e traballo de profesionais altamente cualificados é preciso cumprir unha serie de requisitos relacionados, por unha banda, coa residencia e, por outra banda, coa actividade a desenvolver.

36. Ao respecto dos requisitos relacionados coa residencia, son os mesmos que os que se indican para a autorización inicial de residencia e traballo por conta propia ou allea, excepción feita do relativo ao transcurso do prazo de compromiso de non regreso a España asumido no marco do retorno voluntario ao país de orixe, que non figura neste tipo de autorizacións⁹⁸. Así, non poderán atoparse ilegalmente en territorio español, deberán carecer de antecedentes penais en España e nos anteriores países de residencia durante os últimos cinco anos por delitos contemplados no Dereito español, non figurar como rexeitábeis en ningún país co que España teña asinado un convenio en tal sentido e, finalmente, deberán aboar a taxa para a tramitación da autorización de residencia temporal.

37. No que atinxe a actividade a desenvolver, establécese unha serie de requisitos relacionados co empregador e co traballador, co contrato de traballo e as condicións laborais e salariais, coa situación nacional de emprego e co aboamento da pertinente taxa administrativa. Ao respecto do empregador figuran dous requisitos: un relacionado coa súa inscrición no correspondente réxime do sistema de Seguridade Social e con que se encontre ao día nas súas obrigas tributarias e de Seguridade Social⁹⁹, e outro relativo á súa capacidade económica, pois se lle esixe que “conte con medios económicos, materiais ou persoais, suficientes para o seu proxecto empresarial e para facer fronte ás obrigas asumidas no contrato fronte ao traballador”¹⁰⁰. Polo que respecta ao traballador, deberá posuír a “capacitación e, de ser o caso, a cualificación profesional legalmente esixida para o exercicio da profesión”¹⁰¹. En canto ao contrato de traballo e as condicións laborais e salariais, indícase que o contrato deberá garantir ao traballador “unha actividade continuada durante o período de vixencia da autorización de residencia temporal e traballo”¹⁰², polo que terá que ter

⁹⁷ Véxase o Real decreto 1147/2011, do 29 de xullo, polo que se establece a ordenación xeral da formación profesional do sistema educativo (BOE 182, do 30 de xullo) e o Real decreto 1363/2007, do 24 de outubro, polo que se establece a ordenación xeral das ensinanzas deportivas de réxime especial (BOE número 268, do 8 de novembro).

⁹⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

⁹⁹ Véxase a letra c) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁰⁰ Véxase a letra d) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁰¹ Véxase a letra e) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁰² Véxase a letra a) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

unha duración mínima dun ano¹⁰³. Por outra banda, as condicións laborais deberán axustarse ás fixadas tanto na normativa laboral coma no convenio colectivo de aplicación para a actividade, categoría profesional e localidade. No que atinxe ao salario a percibir polo traballador deberá, como norma xeral, representar como mínimo 1,5 veces o salario bruto anual medio¹⁰⁴. Excepcionalmente, e sempre que se respecte o establecido no convenio colectivo aplicábel, “o limiar salarial poderá ser 1,2 veces o salario bruto anual medio establecido para aquelas profesións en que haxa unha necesidade particular de traballadores nacionais de países terceiros e que pertencen a grupos 1 e 2 da Clasificación Internacional Uniforme de Ocupacións, CIUO”¹⁰⁵. Estes grupos correspóndense con directores e xerentes, e con profesionais, científicos e intelectuais, respectivamente¹⁰⁶. Finalmente indícase a obriga de aboar a taxa correspondente á autorización de traballo¹⁰⁷ e que a situación nacional de emprego permita a contratación do traballador¹⁰⁸.

38. Do mesmo xeito que se indicou ao respecto da autorización de traballo para a investigación, a autorización de traballo para traballadores altamente cualificados é compatíbel coas situacións de traballo transfronteirizo sempre que se respecten os requisitos relativos ao lugar de traballo e residencia do traballador e este se desprace diariamente a España con finalidade laboral desde o seu Estado de residencia.

¹⁰³ Véxase o apartado 2 do artigo 86 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁰⁴ Véxase o primeiro parágrafo da letra b) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría. En cando ao importe do salario bruto anual medio, véxase a “Encuesta Anual de Estructura Salarial” do Instituto Nacional de Estadística (INE), que pode consultarse no seguinte enderezo electrónico <http://www.ine.es>. O último publicado é o do ano 2009 e foi de 22.511,47 euros (véxase a “Encuesta Anual de Estructura Salarial” do ano 2009 do Instituto Nacional de Estadística (INE), que se pode consultar en: <http://www.ine.es/prensa/np658.pdf>).

¹⁰⁵ Véxase o parágrafo segundo da letra b) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁰⁶ A Clasificación Internacional Uniforme de Ocupacións (CIUO) é unha clasificación elaborada pola Organización Internacional do Traballo. Véxase a “Estructura da Clasificación Internacional Uniforme de Ocupacións, 2008 (CIUO-08), que pode ser consultada no seguinte sitio da internet: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/isco/docs/resol08.pdf>. A Dirección Xeral de Inmigración deberá informar anualmente á Comisión Laboral Tripartita de Inmigración ao respecto da evolución das profesións ás que lles resulte de aplicación a citada excepción (véxase o parágrafo terceiro da letra b) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría).

¹⁰⁷ Véxase a letra f) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría. A taxa no ano 2011 representaba un importe de 380,27 euros. Véxase a taxa número 5.1.A.2 no anexo da Orde PRE/1803/2011. Nótese que debido ao requisito relativo a importe mínimo do salario bruto anual en ningún caso resultará de aplicación a taxa número 5.1.A.1 para esta categoría de traballadores.

¹⁰⁸ Véxase a letra g) do apartado 2 do artigo 87 do Regulamento de estranxeiría.

II. O emprego

A) Igualdade de trato

39. As diferenzas de trato no acceso ao emprego dos traballadores transfronteirizos ao respecto dos traballadores españois, aos traballadores fronteirizos e mesmo a outros traballadores migrantes non implica o establecemento dun tratamento diferenciado nas condicións de emprego que asisten a esta categoría de traballadores, porque se parte do principio de igualdade de trato como regra xeral. Así, tal e como se veu no apartado anterior, referido ao acceso ao emprego, un dos requisitos que se esixen para a concesión da autorización de traballo por conta allea nos supostos de traballo transfronteirizo é precisamente que o contrato de traballo estableza unhas condicións de traballo que “se axusten ás establecidas pola normativa vixente e o convenio colectivo aplicábel para a mesma actividade, categoría profesional e localidade”¹⁰⁹. Do mesmo xeito, un dos requisitos esixidos para a concesión da autorización de traballo por conta propia é a de “cumprir os requisitos que a lexislación vixente lles esixe aos nacionais para a apertura e funcionamento da actividade proxectada”¹¹⁰. Esta igualdade de trato en materia de emprego e de actividade é consecuencia da aplicación dos principios de política inmigratoria establecidos nas letras e) e i) do apartado 2 do artigo 2 *bis* da Lei de estranxeiría, referidos, respectivamente “á efectividade do principio de non discriminación e, consecuentemente, o recoñecemento de iguais dereitos e obrigas para todos aqueles que vivan ou traballen legalmente en España, nos termos previstos na lei” e, máis en concreto, á “igualdade de trato nas condicións laborais e de Seguridade Social”¹¹¹. En consecuencia, os traballadores transfronteirizos unha vez autorizados para traballar en España estarán sometidos ás mesmas condicións de emprego e de actividade ás que están sometidos os traballadores nacionais e os demais estranxeiros autorizados ou con dereito a traballar en España.

40. Malia as indicacións normativas referidas á igualdade de trato nas condicións de emprego que abeiran aos traballadores transfronteirizos, ás que se acaba de facer referencia, cabe preguntarse se a circunstancia de teren unha residencia en Estado distinto a España, á que regresan cada día —que define a esta categoría de traballadores—, pode implicar, de *iure* ou

¹⁰⁹ Véxase o requisito 7º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

¹¹⁰ Véxase o requisito 4º da letra b) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

¹¹¹ Véxase tamén o apartado 1, *in fine*, do artigo 3 da Lei de estranxeiría que indica que “como criterio interpretativo xeral, entenderase que os estranxeiros exercitan os dereitos que lles recoñece esta Lei en condicións de igualdade cos españois”. Este criterio de interpretación resulta tamén de aplicación aos traballadores transfronteirizos.

de facto, unha diferenza de trato ao respecto dos traballadores que traballan e residen en España no que atinxe tanto ás condicións de emprego propiamente ditas como ao goce doutros dereitos asociados á condición de traballador ou exercidos como consecuencia de tal condición. Débese, por tanto analizar, por unha banda, os dereitos recoñecidos aos estranxeiros na propia Lei de estranxeiría e, por outra, a regulación dos dereitos e das condicións de traballo establecidas na normativa laboral nas que o citado feito de que o traballador teña a súa residencia fóra do territorio español poida ter incidencia.

B) No goce dos dereitos e liberdades recoñecidos na normativa de estranxeiría

41. A Lei de estranxeiría recolle no seu título I a regulación dos dereitos e liberdades dos estranxeiros en España¹¹². O título divídese en catro capítulos que levan por rótulo: “dereitos e liberdades dos estranxeiros” (capítulo I), “reagrupamento familiar” (capítulo II), “garantías xurídicas” (capítulo III) e “das medidas antidiscriminatorias” (capítulo IV). Dentro do capítulo I, recóllense unha serie de dereitos con repercusión laboral que presentan particularidades no seu goce por parte dos traballadores transfronteirizos. Serán estes os que se pasen a examinar de seguido¹¹³. Con carácter previo, cómpre salientar o disposto no apartado 1, *in fine*, do artigo 3, que establece que, “como criterio interpretativo xeral, se entenderá que os estranxeiros exercitan os dereitos que lles recoñece esta Lei en condicións de igualdade cos españois”¹¹⁴.

¹¹² O título leva, precisamente o nome de “dereitos e liberdades dos estranxeiros”.

¹¹³ Non se tratará dentro deste apartado o dereito á Seguridade Social, ao que se fai referencia tanto no artigo 10 como no 15 da Lei de estranxeiría, dado que será obxecto dun apartado específico. Véxase *infra*, núm. 58 e ss.

¹¹⁴ Este criterio interpretativo fai referencia ao goce en España, por parte dos traballadores estranxeiros, dos dereitos e liberdades recoñecidos no título I da Constitución. Alcanza, polo tanto a un amplo catálogo de dereitos de contido laboral como o propio dereito ao traballo (artigo 35 da Constitución), ou os dereitos á sindicación e á folga (artigo 28), á negociación colectiva e á adopción de medidas de con conflito colectivo (artigo 37), ou á formación profesional e á seguridade e hixiene no traballo (artigo 40). Téñase en conta, tamén o establecido na letra c) do apartado 2 do artigo 23 da Lei de estranxeiría relativo ás medidas antidiscriminatorias, que tamén protexe aos traballadores transfronteirizos; nomeadamente a prohibición, por discriminatorios de “todos os actos que impoñan ilexítimamente condicións máis gravosas que aos españois ou restrinxan ou limiten o acceso ao traballo [...], á formación profesional e aos servizos sociais e socioasistenciais, así como a calquera outro dereito recoñecido na presente Lei orgánica, ao estranxeiro que se atope regularmente en España, só pola súa condición de tal ou por pertencen a unha determinada raza, relixión, etnia ou nacionalidade”. Para unha análise dos dereitos sindicais dos estranxeiros en España, véxase, entre outros, ASENJO PINILLA, L., “Trabajadores extranjeros no comunitarios: Derechos Laborales y sindicales”, cit., páxs. 207 a 282, (en especial, páxs. 254 a 282).

42. Entrando xa na análise dos dereitos recoñecidos no citado capítulo I do título I da Lei de estranxeiría que teñen repercusión laboral para os traballadores transfronteirizos, débese facer referencia en primeiro lugar ao dereito á documentación, que tamén se configura como un deber. Determínase, con carácter xenérico, que “os estranxeiros que se atopen en territorio español teñen o dereito e o deber de conservar a documentación que acredite a súa identidade, expedida polas autoridades competentes do país de orixe ou de procedencia, así como a que acredite a súa situación en España”¹¹⁵. En consecuencia, os traballadores transfronteirizos sempre que se atopen en España por razóns de traballo deberán portar consigo tanto un documento oficial de identidade, expedido polas autoridades do seu Estado de residencia, como a súa tarxeta de “traballador fronteirizo”, que lles deberá ser expedida polas autoridades españolas¹¹⁶.

43. Dentro do citado capítulo tamén se recoñecen, aos estranxeiros que se atopen en España de acordo co establecido no título II da Lei, os dereitos de libre circulación polo territorio español e de libre elección de residencia. Malia que os traballadores transfronteirizos se inclúen dentro do grupo de traballadores que se atopan en España ao abeiro do citado título II —dada a posición sistemática do artigo 43, que os regula¹¹⁷—, non gozan en absoluto dun dereito á libre elección de residencia en territorio español, dado que precisamente unha das circunstancias que define a esta categoría de traballadores é a de teren a súa residencia noutro Estado, ao que están obrigados a regresar diariamente. Por tanto, o establecemento dunha eventual residencia en territorio español privaríaos da condición de traballadores transfronteirizos, o que, segundo determina o apartado 3 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría, implicaría a extinción da autorización de traballo transfronteirizo da que estivesen gozando. Téñase en conta, ademais, que segundo o citado Regulamento “o feito de ter sido titular dunha autorización de traballo por conta propia ou allea para traballadores transfronteirizos non xerará dereito para a obtención dunha autorización de residencia e traballo por conta propia ou allea, sen prexuízo de que sexa tida en conta para a valoración das solicitudes que o titular puiden presentar”¹¹⁸. No que atinxe á libre circulación, cómpre precisar que para o caso dos traballadores transfronteirizos este dereito verase limitado

¹¹⁵ Véxase o apartado 1 do artigo 4 da Lei de estranxeiría.

¹¹⁶ Véxase a Orde do Ministerio do Interior, do 7 de febreiro de 1997, á que se fixo referencia *supra*, núm. 17 e ss. Véxase tamén o artigo 25 e 28 da Lei de estranxeiría no que atinxe aos requisitos de entrada en territorio español e saída do mesmo, así como o disposto no título I do Regulamento de estranxeiría.

¹¹⁷ O artigo está incluído dentro do capítulo III, titulado “das autorizacións para a realización de actividades lucrativas”, do citado título II.

¹¹⁸ Véxase o apartado 5 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

polo disposto no apartado 2 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría, que fixa o límite territorial da autorización de traballo transfronteirizo “ao ámbito territorial da Comunidade ou Cidade Autónoma en cuxa zona limítrofe resida o traballador”. Será, por tanto, nestas zonas nas que se deberá entender circunscrito o exercicio do dereito á libre circulación para este tipo de traballadores, e sempre coa limitación que implica a obriga de regreso diario ao seu Estado de orixe.

44. Finalmente, tamén se contemplan dentro do capítulo I do título I unha serie de dereitos que caen dentro da órbita do Dereito colectivo do traballo, que son: a liberdade de reunión e manifestación¹¹⁹, a liberdade de asociación¹²⁰, a liberdade de sindicación e o dereito á folga¹²¹. En todos estes casos a Lei de estranxeiría reconece aos estranxeiros o goce destes dereitos e liberdades “nas mesmas condicións que os españois”¹²² ou “nas mesmas condicións que os traballadores españois”¹²³. Non se contempla en ningún caso requisito algún relacionado co lugar de residencia do traballador, de modo que os traballadores transfronteirizos poderán gozar en España destes dereitos nas mesmas condicións que os restantes estranxeiros que se atopen nela, sen que o feito da súa residencia noutro Estado poida implicar limitación algunha que restrinxa ou impida o goce de tales dereitos e liberdades por parte deles¹²⁴.

C) Nas condicións de traballo establecidas na normativa laboral

45. Tal e como se indicou no apartado relativo á igualdade de trato en materia de emprego, a normativa de estranxeiría garántelles aos traballadores transfronteirizos o goce das mesmas condicións de traballo que as establecidas para os restantes traballadores, dado que un dos

¹¹⁹ Véxase o artigo 7 da Lei de estranxeiría.

¹²⁰ Véxase o artigo 8 da Lei de estranxeiría.

¹²¹ Véxase o artigo 11 da Lei de estranxeiría, que tamén inclúe o dereito a afiliarse a unha organización profesional. Para unha argumentación que cuestiona o dereito dos estranxeiros a fundaren sindicatos véxase ASENJO PINILLA, L., “Trabajadores extranjeros no comunitarios: Derechos Laborales y sindicales”, cit., páxs. 257 a 264. Para unha argumentación máis matizada sobre este dereito, véxase SALINAS MOLINA, F., “El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica”, cit., páxs. 117 a 119.

¹²² Así figura no artigo 7 (liberdades de reunión e manifestación), 8 (liberdade de asociación) e apartado 2 do artigo 11 (dereito á folga).

¹²³ Así figura no apartado 1 do artigo 11 (dereito a sindicarse libremente ou a afiliarse a unha organización profesional).

¹²⁴ Para unha análise en profundidade do goce dos dereitos fundamentais de contido social por parte dos traballadores estranxeiros en España, véxase MONEREO PÉREZ, J.L., (Director) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coordinador), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, cit., páx. 185 a 338.

requisitos que se esixen para a concesión da autorización de traballo transfronteirizo é, precisamente, que as condicións pactadas no contrato de traballo “se axusten ás establecidas pola normativa vixente e o convenio colectivo aplicábel para a mesma actividade, categoría profesional e localidade”¹²⁵. En consecuencia os traballadores transfronteirizos desenvolverán a súa actividade laboral do mesmo xeito que os restantes traballadores, sen que o feito da súa residencia en Estado distinto ao de emprego poida xustificar unha diferenza de trato ao respecto dos traballadores que traballan e residen no mesmo Estado. Esta garantía de igualdade nas condicións de traballo non evita que a circunstancia de que o traballador transfronteirizo resida nun Estado distinto ao do lugar de emprego poida ter incidencia no exercicio dos dereitos e cumprimento das obrigas derivadas da relación laboral.

46. O primeiro dereito ao que cómpre facer referencia é o dereito á formación profesional, recollido na letra b) do apartado 2 do artigo 4 do Estatuto dos Traballadores que, tras a reforma operada no mesmo por medio do Real decreto lei 3/2012, do 10 de febreiro¹²⁶ —confirmada posteriormente pola Lei 3/2012, do 6 de xullo¹²⁷—, indica que os traballadores teñen dereito “á promoción e formación profesional no traballo, incluída a dirixida á súa adaptación ás modificacións operadas no posto de traballo, así como ao desenvolvemento de plans e accións formativas tendentes a favorecer a súa maior empregabilidade”.

47. En canto ao dereito á formación profesional no traballo, xenericamente formulado no Estatuto dos Traballadores, é preciso indicar que fai referencia ás accións de formación englobadas dentro do actual subsistema de formación profesional para o emprego, creado por medio do Real decreto 395/2007, do 23 de marzo¹²⁸, que fusionou os anteriores subsistemas de formación profesional continua¹²⁹ e de formación profesional ocupacional¹³⁰. Esta formación está vinculada co Sistema

¹²⁵ Véxase o requisito 7º da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

¹²⁶ De medidas urxentes para a reforma do mercado laboral (BOE número 36, do 11 de febreiro, corrección de erros en BOE número 42, do 18 de febreiro de 2012), validado polo Congreso dos Deputados por medio de Acordo de validación de data 8 de marzo de 2012, publicado por medio de Resolución da mesma data (BOE número 62, do 13 de marzo de 2012).

¹²⁷ De medidas urxentes para a reforma do mercado laboral (BOE número 162 do 7 de xullo de 2012).

¹²⁸ BOE número 87, do 11 de abril.

¹²⁹ Que estaba regulado polo Real decreto 1046/2003, do 1 de agosto (BOE número 219, do 12 de setembro).

¹³⁰ Que estaba regulado polo Real decreto 631/1993, do 3 de maio (BOE número 106 do 4 de maio).

Nacional das Cualificacións e Formación Profesional (SNCFP)¹³¹ e ten como obxecto “ofrecer aos traballadores, tanto ocupados como desempregados, unha formación axustada ás necesidades do mercado de traballo e que atenda aos requirimentos de produtividade e competitividade das empresas e ás aspiracións de promoción profesional e desenvolvemento persoal dos traballadores, de forma que os capacite para o desempeño cualificado das distintas profesións e para o acceso ao emprego”¹³². Unha das principais finalidades desta formación é a obtención, por parte dos traballadores usuarios desta vía formativa, dun certificado de profesionalidade ou, cando menos, dalgunha das unidades de competencia que os integran¹³³. Os traballadores transfronteirizos en tanto que traballadores ocupados, terán acceso tanto ás accións formativas de demanda¹³⁴, coma de oferta¹³⁵, ou en alternancia co emprego¹³⁶, sen que poidan ser discriminados polo feito de non residiren no Estado de emprego.

48. Intimamente relacionado coas accións de formación profesional para o emprego, está o denominado recoñecemento das competencias profesionais adquiridas por experiencia laboral, regulado por medio do Real decreto 1224/2009, do 17 de xullo¹³⁷. Consiste nun procedemento destinado a avaliar e acreditar as competencias profesionais adquiridas polas persoas por medio da experiencia laboral ou por vías non formais de formación¹³⁸. Ten como referente “as unidades de competencia do Catálogo Nacional de Cualificacións Profesionais (CNCP) que estean incluídas en títulos de formación profesional e/ou en certificados de profesionalidade”¹³⁹. Permite o recoñecemento de unidades de competencia que poderán ser utilizadas polo traballador participante no procedemento para que lle sexan recoñecidos módulos formativos ou profesionais dos certificados de profesionalidade ou dos títulos de formación profesional respectivamente¹⁴⁰. Malia que un dos requisitos esixidos aos candidatos para participar no citado procedemento sexa o de “posuír a nacionalidade española, ter obtido o certificado de rexistro de cidadanía comunitaria ou a tarxeta de familiar de cidadán ou cidadá da Unión, ou ser titular dunha autorización de residencia ou de residencia e traballo en España en vigor,

¹³¹ Véxase a letra g) do artigo 3 do Real decreto 395/2007.

¹³² Véxase o apartado 1 do artigo 20 do Real decreto 395/2007.

¹³³ Véxase o artigo 10 do Real decreto 395/2007.

¹³⁴ Véxanse os artigos 12 a 19 do Real decreto 395/2007.

¹³⁵ Véxanse os artigos 20 a 25 do Real decreto 395/2007.

¹³⁶ Véxanse os artigos 26 a 28 do Real decreto 395/2007.

¹³⁷ BOE número 205, do 25 de agosto.

¹³⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 1 do Real decreto 1224/2009.

¹³⁹ Véxase o apartado 1 do artigo 7 do Real decreto 1224/2009.

¹⁴⁰ Véxanse os artigos 17 e 19 do Real decreto 1224/2009.

nos termos establecidos na normativa española de estranxeiría e inmigración”¹⁴¹, o certo é que debe entenderse que os traballadores transfronteirizos tamén poderán participar no mesmo, aínda que non cumpran o citado requisito de residencia. O contrario implicaría someter a esta categoría de traballadores a unha situación de discriminación ao respecto dos restantes traballadores (españóis ou estranxeiros con autorización de traballo en España) no seu acceso á formación profesional, que resultaría incompatíbel co principio de igualdade de dereitos e obrigas establecido na letra e) do apartado 2 do artigo 2 *bis* da Lei de estranxeiría¹⁴² e, máis concretamente, no que atinxe ás condicións laborais, na letra i) do citado apartado.

49. Polo que se refire ao dereito á promoción profesional no traballo, é preciso ter en conta que a autorización de traballo transfronteirizo ven circunscrita a unha determinada ocupación¹⁴³. En consecuencia, a promoción profesional do traballador transfronteirizo verase limitada pola propia ocupación para a que lle foi concedida autorización de traballo en España. No suposto de que, como consecuencia da promoción profesional, o traballador transfronteirizo sexa ascendido a un posto de traballo que exceda dos límites da ocupación para a que lle foi concedida a autorización, deberá obter unha nova autorización de traballo para unha ocupación que o abraza; do contrario non poderá facerse efectivo o ascenso.

50. Outra cuestión relacionada coas condicións de traballo reguladas na normativa laboral que se debe tratar aquí son as percepcións salariais ás que teñen dereito os traballadores transfronteirizos. Se ben é certo que a igualdade en materia de remuneración está implícita dentro dos requisitos esixidos na normativa de estranxeiría¹⁴⁴ —polo que, en principio, esta cuestión podería ser alí tratada—, a problemática sobre a mesma ao respecto desta categoría de traballadores non xurdiu no que atinxe á igualdade xenérica en materia de remuneración, que non se discute, senón no que se refire ao dereito á percepción dun concreto complemento salarial. O complemento en cuestión foi establecido, en orixe, nunha Orde ministerial do ano 1975¹⁴⁵, que creou un “complemento de residencia a

¹⁴¹ Véxase a letra a) do apartado 1 do artigo 11 do Real decreto 1224/2009.

¹⁴² Que establece coma un dos principio da política inmigratoria “a efectividade do principio de non discriminación e, consecuentemente, o recoñecemento de iguais dereitos e obrigas para todos aqueles que vivan ou traballen legalmente en España, nos termos previstos na Lei”.

¹⁴³ Véxase o apartado 2 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁴⁴ Véxase a alínea 6ª da letra a) do apartado 2 do artigo 183 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁴⁵ Orde do Ministerio de Traballo do 20 de marzo de 1975 (BOE número 77, do 31 de marzo).

favor dos traballadores que radiquen en Ceuta e Melilla”¹⁴⁶, cun importe do 25% do salario base do traballador¹⁴⁷. O citado complemento ven sendo recollido na actualidade en determinados convenios colectivos¹⁴⁸, ao abeiro da liberdade que outorga o apartado 3 do artigo 26 do Estatuto dos Traballadores para fixeren nos mesmos a estrutura do salario.

51. O dereito dos traballadores transfronteirizos empregados en Ceuta e Melilla a percibiren o citado complemento resulta controvertido, o que motivou varios pronunciamentos xurisprudenciais. Todos eles proceden do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, pero non todos chegan á mesma conclusión. O máis recente é a Sentenza do 26 de xaneiro de 2012, da Sección Primeira da Sala do Social da sede de Sevilla¹⁴⁹, que lle nega a un traballador transfronteirizo do sector da construción residente en Marrocos e con emprego na Cidade Autónoma de Ceuta o dereito a percibir o complemento discutido. Segundo consta en autos, o traballador demandante reclamaba por diferenzas salariais contra a empresa que o contratara, como consecuencia da liquidación de haberes efectuada tras a extinción do contrato, figurando entre elas o citado plus de residencia. A sentenza do Alto Tribunal andaluz indica que “historicamente o debatido plus ligouse indisolubelmente a servizos laborais que se presten en determinadas zonas, onde deberá residirse; nun principio como incentivo ou compensación diante de posíbeis dificultades ou inconvenientes, posteriormente, no tempo, con finalidade de arraigo e permanencia”¹⁵⁰. Salienta que “o actor pernocta fóra do territorio de Ceuta ao outro lado da fronteira” e que no caso analizado “a vinculación social —domicilio, familia, convivencia— co lugar de traballo é inexistente ...[dado que]... a súa estadia na Cidade obedece só á execución do seu traballo habitual, respondendo esta situación á figura do `traballador transfronteirizo’”¹⁵¹. Salienta o Tribunal que o factor determinante para a percepción do complemento é precisamente o da residencia, neste caso en Ceuta que é

¹⁴⁶ Véxase o parágrafo primeiro, do artigo 1 da Orde do Ministerio de Traballo do 20 de marzo de 1975. Complementa o “plus de residencia” establecido na Orde do Ministerio de Traballo do 11 de novembro de 1958, á que se fai referencia na xustificación da propia orde.

¹⁴⁷ Véxase o parágrafo terceiro do artigo 1 da Orde do Ministerio de Traballo do 20 de marzo de 1975.

¹⁴⁸ Véxase, a modo de exemplo, o artigo 34 do Convenio Colectivo do Sector da Construción en Ceuta (Boletín Oficial da Cidade de Ceuta, número 4698, do 25 de decembro de 2007), ou o anexo I do Convenio Colectivo de Traballadores da Empresa Clece S.A. destinados no Centro de Traballo “Limpieza del Hospital Comarcal de Melilla” (Boletín Oficial de Melilla número 3.718, do 3 de novembro de 2000).

¹⁴⁹ Referencia Aranzadi JUR 2012 79204 (sentenza número 298/2012, en recurso de suplicación número 1455/2010).

¹⁵⁰ Véxase o fundamento de dereito terceiro da sentenza.

¹⁵¹ *Ibidem*.

unha circunstancia que, precisamente pola súa condición de traballador transfronteirizo, non se cumpre no caso debatido. Entende, para concluír, que o único xeito de que os traballadores transfronteirizos perciban o citado complemento será pola vía do contrato individual ou por medio da modificación do convenio colectivo¹⁵².

52. A conclusión á que chega o Alto Tribunal andaluz na sentenza que se acaba de analizar é diametralmente oposta á mantida por ese mesmo Tribunal até ese momento en sentenzas de datas tan próximas a ela como son a de 12 de xaneiro de 2012¹⁵³ e a de 20 de decembro de 2011¹⁵⁴ (ditadas ambas pola mesma Sección Primeira da Sala do Social con Sede en Sevilla), ou a mantida por esa mesma Sala de data 26 de xaneiro de 2010¹⁵⁵, que é citada polas dúas anteriores, ou mesmo a ditada nese Tribunal pola Sala do Social con Sede en Málaga de data 1 de decembro de 2005¹⁵⁶. En concreto nas citadas Sentenzas de 12 de xaneiro de 2012 e de 20 de decembro de 2011, o Tribunal analizou o suposto de dous traballadores transfronteirizos residentes en Marrocos que traballaban en Ceuta. Ambos reclamaban xudicialmente a percepción do citado complemento dentro da impugnación do finiquito proposto pola empresa. En ambos casos as sentenzas do Alto Tribunal andaluz confirman as de instancia, estimatorias da pretensión dos traballadores. Na súa argumentación, idéntica nas dúas sentenzas, o Tribunal parte de considerar probado, tal e como fixeron as sentenzas de instancia, que os traballadores transfronteirizos reclamantes “polo menos durante a súa xornada laboral reside[n] nesta localidade [Ceuta]”¹⁵⁷. Esta argumentación do Xulgado do

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ Referencia Aranzadi JUR 2012 80579 (sentenza número 60/2012, en recurso de suplicación número 1103/2010).

¹⁵⁴ Referencia Aranzadi JUR 2012 55676 (sentenza número 3550/2011, en recurso de suplicación número 1033/2010).

¹⁵⁵ Sentenza número 241/2010, en recurso de suplicación número 2917/2008 (agás erro ou omisión, non figura na colección de xurisprudencia Aranzadi nin no CENDOJ). Esta sentenza límitase a recoñecer o dereito dun traballador fronteirizo a percibir o plus de residencia polo feito de non se ter probado que o actor non resida na cidade de Ceuta (malia o permiso de traballo fronteirizo de que dispón) “polo que, en caso de dúbida, hai que aceptar que reside na cidade autónoma xa que [...] é notoria a tolerancia administrativa na aplicación da norma en canto son os fins de semana cando tales traballadores fronteirizos regresan ao seu país” (véxase o fundamento xurídico segundo).

¹⁵⁶ Referencia Aranzadi JUR 2006 265492 (sentenza número 2729/2005, en recurso de suplicación número 1932/2005). Nesta sentenza afirmase “a efectos meramente dialécticos” ao respecto duns traballadores transfronteirizos que “o feito de que os demandantes sexan de nacionalidade marroquí, por si só non evidencia que non poidan cobrar [o plus de residencia], cuxa percepción non ven condicionada [...] á concorrencia de ningunha específica circunstancia no traballador en cuestión” (véxase o parágrafo terceiro, do fundamento xurídico terceiro).

¹⁵⁷ Véxase o fundamento xurídico único da sentenza do 20 de decembro de 2011 e o segundo da do 12 de xaneiro de 2012.

Social corroborada polo Tribunal Superior non se comparte, pois, se ben é certo que segundo o dicionario da *Real Academia Española de la Lengua* unha das posibles acepcións do verbo residir (ao respecto dunha persoa) é *asistir personalmente en determinado lugar por razón de su empleo, dignidad o beneficio, ejerciéndolo*, o certo é que o concepto xurídico de residencia non se corresponde con esta acepción, senón co feito, máis restritivo de estar establecido, ter un domicilio, aínda que sexa temporal, nun determinado lugar¹⁵⁸. Así, a propia Lei de estranxeiría en todos os casos nos que fai referencia á residencia refírese a supostos nos que o estranxeiro en cuestión ten dereito a permanecer en España, con carácter continuado, durante un período significativo de tempo¹⁵⁹. A citada Lei mesmo renuncia a o uso deste termo, para utilizar o de *estadía*, cando se refire a situacións de permanencia en España durante períodos curtos de tempo¹⁶⁰. Non pode, por tanto, predicarse (ao respecto de España) que reside nela un traballador que ten precisamente o seu domicilio na zona fronteiriza limítrofe doutro Estado e que acude a territorio español diariamente exclusivamente para traballar, regresando ao seu domicilio todos os días tras finalizar a súa xornada laboral. Ademais, esa acepción laxa de residencia en España entra en frontal contradición co propio concepto de traballador transfronteirizo pois, recórdese, ven definido como aquel traballador estranxeiro que, residindo en zona limítrofe, desenvolva a súa actividade en España regresando diariamente ao seu lugar de residencia¹⁶¹. Por tanto, semella forzado afirmar, tal e como fan as

¹⁵⁸ Ao respecto da concreción xurisprudencial do “concepto legal indeterminado de residencia”, véxase o fundamento xurídico segundo da Sentenza do Tribunal Constitucional do 21 de novembro de 1994 (BOE número 310, do 28 de decembro), no que se vincula a residencia cun “arraigo estábel, real e verdadeiro na localidade” e coa “vontade de permanencia estábel e arraigo”. Véxase tamén a Sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo (sección 6) do Tribunal Supremo do 9 de xuño de 2010 (Id. CENDOJ 28079130062010100272) na que se resolve un recurso de casación contra a sentenza da Sala do Contencioso-Administrativo (sección terceira) da Audiencia Nacional do 20 de abril de 2006. Nesta sentenza, o Tribunal Supremo sinala, seguindo o indicado na sentenza recorrida que “non se pode confundir o concepto de residencia, entendido no sentido técnico xurídico de residencia determinante do domicilio que ha ser entendida como residencia habitual, co de presenza física” (parágrafo segundo do fundamento xurídico primeiro). Nótese que esta sentenza reconece a residencia en España (para os efectos da concesión da nacionalidade española) a un cidadán marroquí con domicilio en Ceuta que rexenta un negocio na cidade marroquí de Tetuán. É, por tanto, un suposto de traballador transfronteirizo domiciliado en España con emprego en Marrocos (véxanse os fundamentos xurídicos primeiro e segundo).

¹⁵⁹ Véxanse o artigo 31 e 32 da Lei de estranxeiría ao respecto da residencia temporal e de longa duración respectivamente.

¹⁶⁰ Véxase o artigo 30 da Lei de estranxeiría.

¹⁶¹ Véxase o artigo 43 da Lei de estranxeiría.

sentenzas analizadas, que o traballador transfronteirizo reside en España “polo menos durante toda a súa xornada laboral”¹⁶².

53. O Tribunal tamén afirma, nas sentenzas que se están a analizar, que o complemento controvertido ten natureza salarial e non indemnizatoria malia a súa denominación como “indemnización por residencia” dentro do Convenio colectivo do sector da construción para a cidade de Ceuta¹⁶³, polo que “debe ser percibido por todos os traballadores do sector da construción de Ceuta ao non excluír o convenio do seu ámbito de aplicación persoal a ningún traballador por ter nacionalidade marroquí ou ser traballador transfronteirizo”¹⁶⁴. Entende que o contrario constituiría “unha conduta discriminatoria prohibida polo artigo 14 da Constitución Española e os artigos 10 e 23 da Lei orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social”¹⁶⁵.

54. A evidente contradición entre os pronunciamentos das Sentenzas 20 de decembro de 2011 e do 12 de xaneiro de 2012, por unha banda, e o da Sentenza do 26 de xaneiro de 2012 —que foi analizada máis arriba—, por outra, abre o camiño para que, por medio da interposición dun recurso de casación para a unificación de doutrina, o Tribunal Supremo fixe cal das sentenzas analizadas contén a doutrina correcta ao respecto do dereito dos traballadores transfronteirizos empregados en Ceuta e Melilla a percibiren o plus ou complemento de residencia controvertido.

55. Outra cuestión na que a circunstancia de ser traballador transfronteirizo pode ter incidencia no que atinxe ás condicións de traballo é a referida á mobilidade funcional e xeográfica, reguladas nos artigos 39 e 40, respectivamente, do Estatuto dos Traballadores. As facultades do empresario ao respecto da mobilidade funcional foron ampliadas tras a reforma operada no Estatuto dos Traballadores por medio do Real decreto lei 3/2012 —confirmada posteriormente pola Lei 3/2012—, pois permite efectuala mesmo fóra do grupo profesional ao que pertenza o traballador cando existan “razóns técnicas ou organizativas que o xustifique e polo tempo imprescindible para a súa atención”¹⁶⁶. Pois ben, no caso de que a

¹⁶² Véxase o fundamento xurídico segundo da Sentenza do 12 de xaneiro de 2012 e o fundamento xurídico único da do 20 de decembro de 2011.

¹⁶³ O artigo 34, titulado “plus de residencia” indica que “de acordo coa normativa vixente, o salario base será incrementado nun 25% en concepto de indemnización por residencia”.

¹⁶⁴ Véxase o fundamento xurídico segundo da Sentenza do 12 de xaneiro de 2012 e o fundamento xurídico único da do 20 de decembro de 2011.

¹⁶⁵ Véxase o fundamento xurídico segundo da Sentenza do 12 de xaneiro de 2012 e o fundamento xurídico único da do 20 de decembro de 2011.

¹⁶⁶ Véxase o apartado 2 do artigo 39 do Estatuto dos Traballadores.

mobilitade funcional afecte a un traballador transfronteirizo, a facultade modificativa do empresario verase constreñida polo contido da autorización de traballo do traballador en cuestión, xa que esta ven limitada a unha concreta ocupación, non resultando posíbel baixo o seu abeiro desempeñar ocupacións distintas ás autorizadas. De ser preciso realizalas, debería solicitarse a modificación do contido da autorización de traballo transfronteirizo para que inclúa, dentro da ocupación autorizada, o novo posto de traballo a realizar. No caso de que o traballador transfronteirizo realice mobilidade funcional ascendente, ben porque o novo posto de traballo xa estivera incluído dentro da ocupación autorizada, ben por modificación da autorización inicial, terá dereito, cumpridos os prazos previstos no Estatuto dos Traballadores ou no convenio colectivo de aplicación, a solicitar o ascenso ou á cobertura da vacante, do mesmo xeito que os restantes traballadores.

56. No que atinxe á mobilidade xeográfica, regulada no artigo 40 do Estatuto dos Traballadores, hai que distinguir entre o suposto de traslado e o de desprazamento temporal. En canto ao primeiro, no caso de que se produza unha decisión empresarial de traslado, individual ou colectivo, que afecte a un traballador transfronteirizo, cómpre indicar que a autorización de traballo do traballador afectado non permite que baixo a súa cobertura se produza un traslado de residencia do traballador que teña como resultado que este deixe de residir na zona fronteiriza do Estado limítrofe no que residía. En consecuencia, se un traballador é afectado por unha decisión empresarial de traslado no sentido indicado, non poderá optar por aceptar o mesmo e virá obrigado a acollerse á indemnización correspondente por extinción de contrato¹⁶⁷. Téñase en conta que —segundo determina o apartado 4 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría— a perda da condición de traballador transfronteirizo será causa da extinción da autorización concedida. O traballador poderá, non obstante, solicitar unha autorización de residencia e traballo sobre a base da decisión empresarial de traslado, baseándose para elo no previsto no apartado 5 do citado artigo 184, que, se ben indica que “o feito de ter sido titular dunha autorización de traballo por conta propia ou allea para traballadores transfronteirizos non

¹⁶⁷ Porén, cando a decisión empresarial de traslado non implique a necesidade de que o traballador transfronteirizo afectado traslade a súa residencia fóra da zona fronteiriza do Estado limítrofe no que residía, deberá entenderse que si poderá aceptar o traslado; previa modificación da autorización de traballo transfronteirizo, no caso de que o novo lugar de traballo sexa nun lugar distinto do territorio español para a que fose concedida a citada autorización. Sería o suposto, por exemplo, dun traballador transfronteirizo marroquí residente en Nador, titular dunha autorización de traballo para a cidade autónoma de Melilla, que sexa trasladado á cidade autónoma de Ceuta, o que implicaría a necesidade de trasladar a súa residencia, dentro do territorio marroquí, á zona de Tanger ou Tetuán.

xerará dereito para a obtención dunha autorización de residencia e traballo por conta propia ou allea”, tamén engade que esta circunstancia poderá ser “tida en conta para a valoración das solicitudes que o titular puider presentar”¹⁶⁸. En caso de ser concedida a nova autorización, podería aceptar o traslado e perdería, en consecuencia, a súa condición de traballador transfronteirizo. Xa para finalizar o traslado de traballadores transfronteirizos, débese facer referencia á previsión introducida no apartado 5 do artigo 40 do Estatuto dos Traballadores por medio do Real decreto lei 3/2012 —confirmada posteriormente pola Lei 3/2012—, que permite establecer, por medio de convenio colectivo ou por acordo durante o período de consultas, a prioridade de permanencia no posto de traballo en favor de determinados colectivos de traballadores, ademais da tradicional prioridade dos representantes legais dos traballadores. Aínda que o artigo faga referencia a colectivos tales como “traballadores con cargas familiares, maiores de determinada idade ou persoas con discapacidade”, naquelas empresas na que exista presenza de traballadores transfronteirizos podería optarse por incluír, ben nos convenios colectivos que lles resulten de aplicación, ben nos acordos acadados durante o período de consultas, un criterio de prioridade na permanencia en beneficio desta categoría de traballadores, sobre a base da especial repercusión negativa que para eles teñen as decisións empresariais de traslado.

57. En canto á facultade empresarial de ordenar o desprazamento temporal de traballadores, prevista no apartado 4 do artigo 40 do Estatuto dos Traballadores, debe entenderse que non poderá ser utilizada polo empresario no caso dos traballadores transfronteirizos. Téñase en conta que os desprazamentos temporais de traballadores implican que estes, durante o tempo que dure o desprazamento, “residan en poboación distinta da do seu domicilio habitual” —enténdese que por razón da distancia que media entre o lugar de traballo temporal ao que se realiza o desprazamento e o lugar de traballo de orixe—, o que impide o regreso diario de aquel a este. En consecuencia, nos supostos de traballo transfronteirizo, o traballador afectado veríase obrigado a deixar de residir, aínda que fose con carácter temporal, no seu domicilio no Estado limítrofe de residencia, co que perdería a súa condición de traballador transfronteirizo e, en consecuencia,

¹⁶⁸ Neste caso presentaríase un problema, de índole práctica, relativo aos prazos. Por unha banda, o prazo da comunicación empresarial previa ao traslado pode ser de só trinta días, mentres que por outra, o prazo de resolución da solicitude de autorización de residencia e traballo adoita ser sensibelmente superior. Por tanto, ou ben o empresario opta por establecer un prazo de maior duración —mesmo podería indicar na comunicación ao traballador que o traslado se producirá unha vez resolta a autorización administrativa—, ou ben o traballador deberá acollerse á extinción indemnizada do contrato no caso de non ser resolta a solicitude de autorización de residencia e traballo dentro do prazo de preaviso concedido polo empresario.

produciríase a extinción da autorización de traballo da que gozaba, segundo determina o apartado 4 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría. Como única excepción a esta prohibición estaría o suposto de que o lugar ao que se efectúe o desprazamento temporal permita que o traballador transfronteirizo continúe regresando diariamente ao seu Estado de residencia. Sería o caso do desprazamento temporal dun traballador transfronteirizo entre as cidades autónomas de Ceuta e Melilla. Neste suposto, se ben é certo que a distancia entre as dúas cidades impediría o regreso diario do traballador ao seu lugar de residencia¹⁶⁹, tamén o é que o citado traballador podería regresar diariamente a Marrocos, aínda que sexa a unha residencia temporal nese país mentres dure o desprazamento. De todos modos, para poder obrar deste xeito sería preciso que se solicitase e se obtivese unha modificación temporal da autorización de traballo transfronteirizo pois, recórdese, segundo determina o apartado 2 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría, esta circunscríbese, para o caso que nos ocupa, ao ámbito territorial da cidade autónoma “en cuxa zona limítrofe resida o traballador”.

III. A Seguridade Social

A) Precisións en torno á aplicación da normativa interna de estranxeiría

58. Tal e como se indicou no capítulo primeiro, as principais normas que establecen a regulación do traballo transfronteirizo en España son a Lei orgánica 4/2000 e o Regulamento de estranxeiría, que a desenvolve. É, por tanto, dentro da normativa de estranxeiría, como se verá no apartado seguinte, onde se establece o dereito á Seguridade Social dos traballadores transfronteirizos que residen noutros Estados e desenvolven a súa actividade laboral, por conta allea ou propia, en territorio español. Porén, cómpre facer unha importante precisión a esta afirmación. Téñase en conta que o Regulamento (UE) número 1231/2010 do Parlamento Europeo e do Consello, do 24 de novembro de 2010¹⁷⁰, estendeu o ámbito de aplicación da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social “aos nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean cubertos polos mesmos, así como aos membros das súas familias e superviventes, sempre que estean residindo legalmente no

¹⁶⁹ A distancia, por estrada, entre as dúas cidades é de aproximadamente catrocentos quilómetros.

¹⁷⁰ Polo que se amplía a aplicación do Regulamento número 883/2004 e do Regulamento (CE) número 987/2009 a nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean cubertos polos mesmos (DO L número 344, do 29 de decembro).

territorio dun Estado membro e sempre que a súa situación non estea circunscrita, en todos os seus aspectos, ao interior dun so Estado membro”¹⁷¹, o que supuxo a inclusión dentro do campo de aplicación da normativa comunitaria de coordinación en materia de Seguridade Social aos aproximadamente quince millóns de cidadáns de terceiros Estados que habitan na Unión Europea¹⁷².

59. Como consecuencia da ampliación do campo de aplicación material da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social levada a cabo polo citado Regulamento da Unión Europea, na regulación dos dereitos á Seguridade Social daqueles traballadores estranxeiros aos que non lles resulte de aplicación o réxime comunitario, que residan noutros Estados membros e que traballen en España como traballadores transfronteirizos, deberase ter en consideración a citada normativa da Unión Europea no que atinxe á coordinación dos sistemas de Seguridade Social do Estado membro de emprego e o Estado membro de residencia, sen prexuízo de que o dereito destes traballadores a accederen ao sistema de Seguridade Social en España traia causa do establecido na normativa interna española de estranxeiría, da que se tratará de seguido.

B) A igualdade de trato no acceso á Seguridade Social

60. O apartado 1 do artigo 43 da Lei orgánica 4/2000, tras a redacción dada ao mesmo por medio da Lei orgánica 2/2009, indica expresamente que aos traballadores transfronteirizos resúltalles de aplicación o establecido no apartado 1 do artigo 14 da mesma no que atinxe aos dereitos de Seguridade Social. Foi precisamente a inclusión da referencia ao goce dos dereitos de Seguridade Social o obxecto da modificación que experimentou este artigo por medio da última das leis orgánicas citadas. Con anterioridade á mesma, nin na redacción orixinal, nin na dada polas dúas reformas posteriores que experimentou o artigo¹⁷³, aparecía referencia algunha ao dereito á Seguridade Social para esta categoría de traballadores. A ausencia de

¹⁷¹ Véxase o artigo 1 do citado Regulamento. Para unha análise sobre esta cuestión á luz do anterior Regulamento, véxase GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1 (2004), páxs. 1115 a 1136.

¹⁷² Véxase GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, C., “Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados. El Reglamento UE 1231/10”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social internacional y comunitario*, número 97 (2012), páx. 18.

¹⁷³ Por medio da Lei orgánica 8/2000 e da Lei orgánica 14/2003 (esta última nin sequera afectou ao contido do artigo referido aos traballadores transfronteirizos).

referencia expresa ao goce dos dereitos á Seguridade Social por parte dos traballadores transfronteirizos constituía até ese momento unha importante eiva na regulación desta figura na normativa española de estranxeiría, aínda que non impediu o acceso aos mesmos por parte destes traballadores¹⁷⁴.

61. O citado apartado 1 do artigo 14 da Lei de estranxeiría indica, para os estranxeiros residentes, que “teñen dereito a acceder ás prestacións e servizos da Seguridade Social nas mesmas condicións que os españois”. Por tanto, debe entenderse que os traballadores transfronteirizos teñen os mesmos dereitos á Seguridade Social que terían no caso de que fosen traballadores estranxeiros con residencia en España e que, por tanto, o feito de que residan noutro Estado non pode implicar unha limitación no seu acceso aos beneficios que poidan corresponder en materia de Seguridade Social en España.

62. O establecemento do dereito ao acceso ás prestacións e servizos da Seguridade Social en favor dos traballadores transfronteirizos por parte da Lei de estranxeiría obriga a interpretar o apartado 1 do artigo 7 da Lei Xeral da Seguridade Social de acordo con esta previsión¹⁷⁵. Este artigo, recórdese, determina a inclusión dentro do Sistema da Seguridade Social para os efectos das prestacións contributivas dos españois residentes en España e dos estranxeiros que residan ou se atopen legalmente nela, cando estean nalgunha das situacións que o propio artigo prevé¹⁷⁶. Como

¹⁷⁴ En realidade, aos traballadores transfronteirizos vénselles recoñecendo o acceso ás prestacións de Seguridade Social desde moito tempo atrás. Así, a Orde de Presidencia do Goberno do 4 de outubro de 1979 (BOE número 241, do 8 de outubro), relativa aos permisos de validez restrinxida —que se referían aos traballadores de temporada e aos traballadores transfronteirizos—, recoñecía este dereito de xeito implícito ao indicar no seu apartado quinto que “naqueles supostos en que o tempo de duración deste permisos sexa inferior ao período de carencia necesario para causar dereito ás prestacións por desemprego, as Empresas e os traballadores non cotizarán por esta continxencia”. Anteriormente, no ano 1959, España e Francia asinaron un acordo sobre traballadores fronteirizos que contemplaba expresamente o goce dos dereitos de Seguridade Social [véxase o Acordo administrativo número 5 en aplicación do artigo 28 do Convenio Xeral de Seguridade Social Hispano-Francés do 27 de xuño de 1957, de data 20 de outubro de 1959 (Boletín número 74, do 26 de marzo de 1960)]. Véxase tamén o artigo 9 do Acordo complementario con Francia relativo aos traballadores fronteirizos (Boletín-Gaceta número 69, do 21 de marzo de 1962).

¹⁷⁵ Aprobada por Real decreto lexislativo 1/1994, do 20 de xuño (BOE número 154, do 29 de xuño de 1994). A este respecto véxase RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Trabajadores transfronterizos”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Directora), *El novísimo reglamento de extranjería. Real Decreto 557/2011 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*, Ediciones Laborum (Murcia, 2011), pág. 320.

¹⁷⁶ Fai referencia a cinco supostos: “a) Traballadores por conta allea que presten os seus servizos nas condicións establecidas polo artigo 1.1 do Estatuto dos Traballadores nas distintas ramas da actividade económica ou asimilados a eles, ben sexan eventuais, de temporada ou fixos,

consecuencia do establecido na Lei de estranxeiría, deberá entenderse que os traballadores transfronteirizos, quen por definición non residen en España, estarán incluídos dentro do Sistema da Seguridade Social en tanto que estranxeiros que se atopan legalmente en España, pero, deberá considerarse que o seu dereito ás prestacións de Seguridade Social existirá tanto durante os períodos de tempo diario en que se atopan fisicamente en España (o seu Estado de traballo) coma naqueles outros momentos en que se atopan no seu Estado de residencia, pois deben ser tratados, para os efectos do dereito ás prestacións da Seguridade Social, como se fosen residentes en territorio español.

63. No que atinxe ao principio de igualdade de trato no acceso á Seguridade Social por parte dos traballadores transfronteirizos, débese facer unha precisión ao respecto da prestación de desemprego, que ten en España “*un carácter especialmente compulsivo*”¹⁷⁷. A precisión está relacionada coa disposición adicional decimo sexta do Regulamento de estranxeiría, que leva por título “cotización pola continxencia de desemprego”. Determina que “nas contratacións dos estranxeiros titulares das autorizacións de traballo para actividades de duración determinada e para estudantes non se cotizará pola continxencia de desemprego”. En consecuencia, naqueles casos en que o contrato de traballo que se presente coa solicitude de autorización de traballo transfronteirizo sexa algún dos previstos nas letras a), b) e c) do apartado 1 do artigo 15 do Estatuto dos Traballadores (un contrato de obra ou servizo determinado, un contrato eventual ou un contrato de interinidade) non se poderá cotizar para a continxencia de desemprego. Sen embargo, cando o contrato de traballo que se presente coa solicitude de autorización de traballo transfronteirizo non sexa de duración determinada non resultará de aplicación o establecido nesta disposición adicional e, por tanto, deberá entenderse que —en virtude do principio de igualdade de trato e do carácter compulsivo desta concreta prestación á que se fixo referencia— si se cotizará por tal

mesmo de traballo discontinuo, e incluídos os traballadores a domicilio, e con independencia, en todos os casos, da categoría profesional do traballador, da forma e da contía da remuneración que perciba e da natureza común ou especial da súa relación laboral”; “b) Traballadores por conta propia ou autónomos, sexan ou non titulares de empresas individuais ou familiares, maiores de dezaioito anos, que reúnan os requisitos que de modo expreso se determine regulamentariamente”; “c) Socios traballadores de Cooperativas de Traballo Asociado”; “d) Estudantes” e; ”f) Funcionarios públicos, civís e militares”.

¹⁷⁷ Véxase MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, Netbiblo, (A Coruña, 2013), pág 169, onde se indica, ademais, que o citado carácter deriva de “*aparecer específicamente exigida por la CE [Constitución Española], cuyo artículo 41 afirma que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo»*”.

continxencia, sen que sexa óbice para elo o feito de que necesariamente todas as autorizacións de traballo transfronteirizo teñan una duración máxima dun ano¹⁷⁸, pois, recórdese, a citada disposición adicional fai referencia á duración determinada do contrato de traballo, non á autorización que se conceda para os efectos de impedir a cotización para a continxencia de desemprego¹⁷⁹. A posición dos traballadores transfronteirizos ao respecto da cotización por desemprego constitúe, no que atinxe a estes traballadores, unha das máis importantes novidades do actual Regulamento de estranxeiría en relación co anterior¹⁸⁰. O Regulamento derogado establecía, na súa disposición adicional decimo cuarta, que “nas contratacións dos estranxeiros titulares de autorizacións de traballo para traballadores transfronteirizos [...] non se cotizará pola continxencia de desemprego”. En consecuencia, até a entrada en vigor do actual Regulamento de estranxeiría, os traballadores transfronteirizos non cotizaban pola continxencia de desemprego, con independencia da modalidade contractual que os vinculara co empresario en España, polo que non podían lucrarse da prestación correspondente no suposto de quedaren en situación legal de desemprego.

64. A afirmación, en termos de principio, da igualdade dos traballadores transfronteirizos no que atinxe ao acceso ás prestacións e servizos da Seguridade Social ao respecto dos estranxeiros residentes non resolve a problemática de índole práctica do goce efectivo de tales dereitos para esta categoría de traballadores, derivada precisamente da súa condición de residentes nun Estado estranxeiro, ao que regresan cada día. É necesario precisar que esta problemática está resolta, ao respecto dos traballadores transfronteirizos residentes noutro Estado membro da Unión Europea¹⁸¹, pola aplicación das disposicións contidas no Regulamento (CE) número 883/2004 que, tal e como se indicou máis arriba, lles resultará de aplicación en virtude do disposto no Regulamento (UE) número 1231/2010. Cómpre, por tanto, remitirse para estes casos ao indicado no capítulo segundo sobre o dereito á Seguridade Social dos traballadores fronteirizos ao respecto daquelas prestacións ás que teñan dereito pola súa condición de

¹⁷⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 184 do Regulamento de estranxeiría.

¹⁷⁹ Véxase RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Trabajadores transfronterizos”, cit., páx. 325.

¹⁸⁰ Aprobado por Real Decreto 2393/2004, do 30 de decembro (BOE número 6, do 7 de xaneiro de 2005). Para unha análise da Disposición adicional decimo terceira deste regulamento véxase OLARTE ENCABO, S., “Disposición adicional decimotercera. Cotización por la contingencia de desempleo” en RAMOS QUINTANA, M.I. (Director) e ROJAS RIVERO, G.P. (Coordinador), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Lex Nova (Valladolid, 2007), páx. 985 e ss, onde cuestionou a constitucionalidade da disposición.

¹⁸¹ Serán aqueles estranxeiros residentes noutro Estado membro da Unión Europea aos que non lles resulte de aplicación o réxime comunitario.

traballadores transfronteirizos. A problemática circunscríbese, por tanto, aos traballadores transfronteirizos residentes en Marrocos e en Andorra, que constitúen a práctica totalidade deste tipo de traballadores en España¹⁸².

C) O acceso ás prestacións nos convenios bilaterais de Seguridade Social

1. Introducción

65. España ten subscritos na actualidade máis de vinte convenios bilaterais en materia de Seguridade Social, a maior parte deles con países iberoamericanos. Sen embargo, dada a natureza do traballo transfronteirizo, aquí interesan unicamente dous, que son os subscritos con Marrocos e con Andorra. Son estes os únicos dous países fronteirizos con España que non pertencen á Unión Europea e para os que, por tanto, non resulta de aplicación a normativa da Unión Europea de coordinación en materia de Seguridade Social nos supostos de traballo transfronteirizo.

66. Ao respecto de Andorra, España subscribiu o seu primeiro Convenio de Seguridade Social o 14 de abril de 1978¹⁸³, que foi substituído polo actual do 9 de novembro de 2001¹⁸⁴. No que atinxe a Marrocos asinouse un Convenio o 8 de novembro de 1979, modificado por un protocolo do 27 de xaneiro de 1998¹⁸⁵.

67. Nin o Convenio de Seguridade Social subscrito con Andorra, nin o subscrito con Marrocos contemplan expresamente a figura do traballo transfronteirizo. Elo non evita que ambos convenios deban ser analizados á luz desta figura, dado que as súas disposicións, non pensadas particularmente para este tipo de traballo, terán que ser interpretadas tendo en consideración as particularidades que definen este tipo de traballo cando se apliquen a esta categoría de traballadores.

68. A falta de referencias expresas ao fenómeno do traballo transfronteirizo por parte dos vixentes Convenios de Seguridade Social con Andorra e Marrocos contrasta coa situación existente no caso do anterior Convenio con Andorra, de 1978, no que si se contemplaba esta figura. En efecto, o

¹⁸² Véxase *supra*, Introducción, núms. 5 a 11.

¹⁸³ BOE número 172, do 20 de xullo de 1978. Corrección de erros en BOE número 255, do 25 de outubro de 1978. Este Convenio derogou as Acordos Administrativos números 1 e 2, do 4 de marzo de 1968, e o Acordo complementario do 14 de xuño de 1971. Véxase o artigo 44 do Convenio.

¹⁸⁴ Véxase *supra*, Capítulo I, núms. 5 e 67.

¹⁸⁵ Véxase *supra*, Capítulo I, núm. 68.

citado convenio non só facía referencia ao fenómeno do traballo transfronteirizo, senón que mesmo lle dedicaba un dos cinco títulos en que se dividía, concretamente o IV, titulado “disposicións especiais para traballadores fronteirizos”. Este título estaba composto por cinco artigos (do 25 ao 29), que definían a figura do traballador fronteirizo, determinaban as zonas consideradas fronteirizas para os efectos do convenio, determinaban o Estado de afiliación, e establecían disposicións relativas ás prestacións, en metálico e en especie, para as continxencias de enfermidade e maternidade, e de accidente de traballo.

2. No caso de Andorra

69. Polo que se refire ao goce dos dereitos de Seguridade Social por parte dos traballadores transfronteirizos residentes en Andorra que traballen por conta allea ou propia en España, hai que se remitir ao Convenio de Seguridade Social entre o Reino de España e o Principado de Andorra, do 9 de novembro de 2001 e ao Acordo Administrativo para a aplicación do anterior, da mesma data¹⁸⁶.

70. O Convenio establece como norma de principio a igualdade de trato en materia de acceso ás prestacións de Seguridade Social tanto por razón da nacionalidade do traballador (andorrana ou española) coma por razón do lugar de residencia (Andorra ou España). Así, o artigo 4 do mesmo, titulado precisamente “principio de igualdade de trato”, establece que “os traballadores nacionais dunha das Partes Contratantes que exerzan legalmente unha actividade asalariada ou por conta propia no territorio da outra Parte estarán sometidos e se beneficiarán da Seguridade Social, nas mesmas condicións que os traballadores por conta allea ou por conta propia nacionais desta última parte, sen prexuízo das disposicións particulares contidas neste Convenio”. Pola súa banda, o artigo 5 do Convenio indica que, a salvo de que no Convenio se especifique outra cousa, “as prestacións recoñecidas polas Partes [...] non estarán suxeitas a redución, modificación, suspensión, supresión ou retención polo feito de que o interesado se atope ou resida no territorio da outra Parte, e se lle farán efectivas no mesmo”¹⁸⁷. En consecuencia, pódese afirmar, en termos de principio, que os traballadores transfronteirizos andorranos gozarán en España do acceso ás prestacións de Seguridade Social en situación de igualdade ao respecto dos

¹⁸⁶ BOE número 290, do 4 de decembro de 2002.

¹⁸⁷ No que atinxe, en concreto, ás prestacións en metálico cómpre ter en conta o establecido no artigo 24 do Acordo Administrativo, que establece que “as prestacións que, conforme á lexislación dunha Parte contratante, se paguen aos titulares que residan no territorio da outra Parte contratante serán pagadas directamente e baixo o procedemento establecido para cada unha delas”.

cidadáns españois residentes en España que desenvolvan neste Estado a súa actividade laboral por conta propia ou allea.

71. O Convenio tamén establece, no que atinxe á determinación da lexislación aplicábel, o principio de *lex loci laboris*, pois indica que “os traballadores a quen sexa aplicábel o presente Convenio, estarán suxeitos na súa totalidade á lexislación da Seguridade Social en cuxo territorio exerzan a actividade laboral”¹⁸⁸. Por tanto, os traballadores transfronteirizos que residan en Andorra e desenvolvan en España a súa actividade laboral estarán sometidos á lexislación de Seguridade Social española, sen que resulte relevante para estes efectos a súa residencia fóra do territorio español.

a) Asistencia sanitaria por maternidade, enfermidade e accidente

72. Entrando xa nas disposicións do Convenio relativas ás distintas categorías de prestacións, cómpre comezar polas prestacións de asistencia sanitaria por maternidade, enfermidade e accidente, reguladas no capítulo 1 do Título III. Dentro deste capítulo, a regulación destas prestacións nos casos de traballo transfronteirizo está recollida no artigo 14, titulado “asistencia sanitaria a traballadores que residan nun Estado e traballen noutro e aos seus familiares”¹⁸⁹. Estabelece unha regulación diferenciada para os propios traballadores, por unha banda, e para os membros da súa familia, por outra. Así, os traballadores transfronteirizos andorranos gozarán en Andorra, en tanto que Estado de residencia, das prestacións de asistencia sanitaria, que serán servidas polas institucións correspondentes deste Estado “coas modalidades e contidos da súa lexislación”, pero con cargo á institución de Seguridade Social española e durante o prazo establecido pola lexislación desta última¹⁹⁰. Ademais, estes traballadores tamén poderán gozar das prestacións de asistencia sanitaria en España, nas mesmas condicións coas que poderían acceder de residiren nela. Tales prestacións correrán a cargo, loxicamente, da institución competente de

¹⁸⁸ Véxase o artigo 6 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social. Véxase tamén o artigo 7 do mesmo, no que se indican normas particulares e excepcións a este principio, ningún deles relevantes para os efectos do traballo transfronteirizo.

¹⁸⁹ Tal e como se desprende do título do artigo, non resulta de aplicación exclusiva para os casos de traballo transfronteirizo pois, como se veu no seu momento, existen outros supostos de residencia en Estado distinto do de emprego que non constitúen traballo transfronteirizo (véxase *supra*, Capítulo I, núm. 36 e ss).

¹⁹⁰ Véxase o apartado 1 do artigo 14 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social. Véxase tamén o artigo 11 do Acordo Administrativo referido ao reembolso dos gastos de asistencia sanitaria prestados pola institución dunha Parte a cargo da institución competente da outra Parte. Indícase que o reeembolso “realízase polo seu importe efectivo, tal e como resulte da contabilidade da institución que servira as prestacións”.

Seguridade Social en España, pois é este o Estado ao que está sometido o traballador en materia de Seguridade Social¹⁹¹. No caso de que un traballador transfronteirizo andorrano estea a recibir en España as prestacións de asistencia sanitaria, “poderá ser autorizado [...] a trasladarse ao territorio da outra Parte para continuar o tratamento axeitado ao seu estado de saúde”¹⁹².

73. Pola contra, os familiares dos traballadores transfronteirizos residentes en Andorra beneficiaranse unicamente das prestacións de asistencia sanitaria neste Estado, tamén “coas modalidades e contidos da súa lexislación”, pero con cargo á institución de Seguridade Social española e durante o prazo establecido pola lexislación aplicábel a esta última¹⁹³. Para tales efectos, estas persoas deberán presentar diante da institución de Seguridade Social de Andorra “unha certificación acreditativa do seu dereito ás prestacións sanitarias nos formularios establecidos para o efecto”¹⁹⁴. Unicamente poderán recibir prestacións sanitarias en España cando se encontren temporalmente dentro do seu territorio e requiran as mesmas con carácter inmediato (enténdese por razóns de urxencia). Neste caso, as “prestacións lles serán servidas pola institución do lugar no que se atopen, segundo as disposicións da súa lexislación e ao seu cargo”¹⁹⁵.

74. Naqueles casos en que o cónxuxe do traballador transfronteirizo residente en Andorra realice neste Estado unha actividade que lle dea dereito á asistencia sanitaria para el mesmo e para os seus familiares, estes gozarán das prestacións sanitarias en Andorra con cargo ás institucións de Seguridade Social deste Estado, e non con cargo ás institucións españolas de Seguridade Social¹⁹⁶.

¹⁹¹ Véxase o apartado 2 do artigo 14 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social, que indica que “ditos traballadores poderán beneficiarse igualmente das prestacións de asistencia sanitaria no territorio da Parte Contratante na que prestan os seus servizos. Estas prestacións serán servidas pola institución competente segundo a súa lexislación e ao seu cargo, como se o interesado residira nesa Parte”.

¹⁹² Véxase o artigo 15 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social, titulado “doente autorizado a continuar tratamento na outra Parte”. Véxase tamén o apartado 2 do artigo 6 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social, no que se indica que para tal efecto “deberá solicitar a correspondente autorización da institución competente antes de iniciar o seu traslado para continuar o tratamento”.

¹⁹³ Véxase o apartado 3 do artigo 14 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social, *initio*.

¹⁹⁴ Véxase o apartado 1 do artigo 6 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

¹⁹⁵ Véxase o apartado 3 do artigo 14 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social, *in fine*.

¹⁹⁶ Véxase o apartado 4 do artigo 14 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

b) Prestacións económicas por maternidade e incapacidade temporal derivada de enfermidade común e accidente non laboral

75. As prestacións económicas por maternidade e por incapacidade temporal derivada de enfermidade común e accidente non laboral nos casos de traballadores transfronteirizos residentes en Andorra son recoñecidas pola institución de Seguridade Social española conforme á súa propia lexislación. Será esta institución quen faga efectivo o pagamento directamente ao traballador, conforme determine a súa lexislación e na forma e prazos que aplique¹⁹⁷. Nos casos en que o traballador estea a recibir a asistencia sanitaria derivada da continxencia que motiva a prestación no seu Estado de residencia deberá dirixirse dentro do prazo de tres días á institución de Seguridade Social de Andorra para que esta proceda ao seu control médico. Esta institución deberá transmitir sen demora á institución española de Seguridade Social o informe médico correspondente, que conterá información relativa á “situación de incapacidade para o traballo do interesado e a súa duración probábel”¹⁹⁸.

76. A institución de Seguridade Social de Andorra será a encargada do control da incapacidade para o traballo do interesado, a través da súa inspección médica, quen tratará ao traballador como se fose un asegurado propio. Esta institución deberá notificar á institución de Seguridade Social española, chegado o momento, o fin da incapacidade laboral do traballador en cuestión¹⁹⁹. Pola súa banda, a institución de Seguridade Social española deberá notificar á súa homóloga andorrana “a extinción das prestacións económicas, por calquera das causas previstas na súa lexislación”²⁰⁰.

c) Prestacións de incapacidade permanente, xubilación, e morte e supervivencia

77. Os traballadores transfronteirizos residentes en Andorra deberán presentar diante da institución competente dese Estado as solicitudes para a

¹⁹⁷ Véxase o apartado 2 do artigo 16 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social. Cómpre indicar que o propio Convenio non establece disposición algunha que resulte especificamente aplicábel aos supostos de traballo transfronteirizo, limitándose a determinar a totalización de períodos de seguro para os efectos do cumprimento dos períodos de carencia que a lexislación aplicábel puidera establecer (véxase o artigo 18 do mesmo).

¹⁹⁸ Véxase o apartado 1 do artigo 16 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

¹⁹⁹ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 3 do artigo 16 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

²⁰⁰ Véxase o parágrafo segundo do apartado 3 do artigo 16 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

concesión das prestacións por incapacidade permanente, xubilación, e morte e supervivencia conforme aos requisitos que esixa a lexislación andorrana. A data de presentación da solicitude diante desta institución será considerada tamén como data de presentación da solicitude diante da institución de Seguridade Social española²⁰¹. No caso de que a institución andorrana non sexa competente para instruír o expediente ou cando unicamente se declaren actividades que dean lugar a prestacións en España, as autoridades andorranas deberán remitir a solicitude así como a documentación achegada con ela, á institución de Seguridade Social española, por medio dos organismos de enlace, debendo indicar a data de presentación da solicitude²⁰².

78. Para realizaren o cálculo da prestación que corresponda, cando o traballador transfronteirizo acredite períodos de seguro nos dous Estados, as institucións competentes farán os cálculos do mesmo xeito que se efectúan nos restantes supostos de traballadores afectados polo Convenio, sen que a condición de traballo transfronteirizo implique especificidade algunha. En consecuencia, cada unha das institucións realizará un dobre cálculo da prestación. Por unha banda, calculará a prestación tendo en conta unicamente os períodos de seguro acreditados no Estado da propia institución²⁰³. Por outra banda, calculará unha pensión teórica, resultado da ficción de considerar que os períodos de seguro realizados nos dous Estados se realizaron no Estado que efectúa o cálculo para, posteriormente calcular a pensión *pro rata*, resultado de aplicar á pensión teórica a proporción do tempo de seguro realizado no Estado que efectúa o cálculo sobre o período total de seguro acreditado en ambos Estados²⁰⁴. A institución de cada parte aboará ao traballador a prestación que lle resulte máis favorábel²⁰⁵.

²⁰¹ Véxase o apartado 1 do artigo 17 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

²⁰² Véxanse os apartados 3 e 4 do artigo 17 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social

²⁰³ Véxase o apartado 1 do artigo 20 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

²⁰⁴ Véxase o apartado 2 do artigo 20 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social. Téñase en conta que, segundo se determina na letra c) deste apartado, cando a lexislación dunha parte establece un período máximo de seguro para ter dereito a unha prestación completa, tomará en consideración, para os efectos da totalización, unicamente os períodos de seguro correspondentes á outra parte precisos para acadar o dereito á pensión completa e sobre esta base calculará a prestación a *pro rata*.

²⁰⁵ Véxase o apartado 3 do artigo 20 do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

d) Prestacións de accidente de traballo e enfermidade profesional

79. O Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social establece que o dereito ás prestacións que traian como causa unha continxencia profesional será determinado conforme á lexislación do Estado ao que estea suxeito o traballador na data en que se produza o accidente ou se contraia a enfermidade, pois así o determina o seu artigo 30²⁰⁶. No que atinxe ás prestacións derivadas desta última continxencia profesional, o artigo 32 do citado Convenio precisa que “se regularán de acordo coa lexislación da Parte Contratante que fora aplicábel ao traballador durante o tempo que estivo exercendo a actividade suxeita ao risco de enfermidade profesional, mesmo cando a doenza se diagnosticara por primeira vez estando o traballador suxeito á lexislación da outra Parte”. En consecuencia, o lugar de residencia do traballador resulta irrelevante para os efectos de determinar a lexislación aplicábel ás prestacións derivadas das citadas continxencias e, por tanto, os traballadores transfronteirizos estarán sometidos á mesma lexislación que os traballadores que residen no Estado de emprego.

80. Tampouco resultará relevante, para os efectos de determinación da lexislación aplicábel, o lugar en que se produza o accidente de traballo ou se diagnostique a enfermidade profesional. Este feito, que resulta de aplicación a todos os traballadores afectados polo Convenio ten, sen embargo, unha especial relevancia nos casos de traballo transfronteirizo, por mor dos continuos desprazamentos que efectúan estes traballadores entre o Estado de emprego e o Estado de residencia, que é o caso, por exemplo, dos supostos de accidente *in itinere*.

81. Os traballadores transfronteirizos afectados por unha continxencia profesional deberán solicitar a prestación que corresponda diante da institución competente. Porén, se no momento de se producir o accidente ou de se agravar a súa situación se atopan no Estado de residencia, poderán presentar a solicitude diante da institución do lugar de residencia²⁰⁷.

²⁰⁶ Indica que “o dereito ás prestacións derivadas de accidente de traballo ou enfermidade profesional será determinado de acordo coa lexislación da Parte Contratante á que o traballador se atopase suxeito na data de se producir o accidente ou de se contraer a enfermidade”.

²⁰⁷ Determíno así o parágrafo primeiro do apartado 2 do artigo 19 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social, que indica que “os traballadores que, no momento de ocorrerlles o accidente de traballo ou a agravación da súa situación, se atopan na Parte distinta á da institución que é competente, poderán presentar a súa solicitude diante da institución ou organismo de enlace da Parte en que se atopen ou residan”. Esta disposición deberá entenderse aplicábel á situación de que sexa no Estado de residencia onde se diagnostique por primeira vez a enfermidade profesional.

82. En canto aos controis sanitarios e administrativos que sexa preciso efectuar aos traballadores transfronteirizos perceptores de prestacións por accidente de traballo ou enfermidade profesional, o Acordo Administrativo determina que serán levados a cabo por parte da institución do lugar de residencia, segundo lles sexan requiridos pola institución competente, e conforme se establece na súa propia lexislación²⁰⁸.

3. No caso de Marrocos

83. No que atinxe aos traballadores transfronteirizos marroquís, que desempeñan a súa actividade laboral por conta propia ou allea nas cidades autónomas de Ceuta e Melilla, cómpre remitirse ao Convenio sobre Seguridade Social entre España e o Reino de Marrocos do 8 de novembro de 1979²⁰⁹, modificado polo Protocolo Adicional ao Convenio do 27 de xaneiro de 1998²¹⁰. Débese ter tamén en consideración o Acordo Administrativo do 8 de febreiro de 1984 para a aplicación do Convenio sobre Seguridade Social entre España e o Reino de Marrocos²¹¹. Malia a importancia que ten o fenómeno do traballo transfronteirizo entre Marrocos e España, focalizado nas citadas cidades autónomas de Ceuta e Melilla, non existe no Convenio nin no Acordo Administrativo referencia algunha a este fenómeno, o que constitúe un feito criticábel que obriga a interpretar as disposicións dos mesmos, pensadas para os supostos de migración convencional, en clave de traballo transfronteirizo.²¹²

84. Están incluídos dentro do ámbito de aplicación persoal do citado Convenio tanto os traballadores transfronteirizos por conta allea coma por conta propia. En canto ao ámbito de aplicación material, no que atinxe a España, contempla as seguintes prestacións: “a) Maternidade, enfermidade común ou profesional, incapacidade laboral transitoria e accidentes, sexan ou non de traballo”, “b) Invalidez provisional ou permanente”, “c) Vellez”,

²⁰⁸ Véxase o apartado 3 do artigo 20 do Acordo Administrativo para a aplicación do Convenio Hispano-Andorrano de Seguridade Social.

²⁰⁹ BOE número 245, do 13 de outubro de 1982.

²¹⁰ BOE número 282, do 24 de novembro de 2001.

²¹¹ BOE número 138, do 10 de xuño de 1985. Toda esta normativa debe aplicarse respectando o disposto no Regulamento (CEE) número 2211/1978 do Consello, do 26 de setembro de 1978, polo que se celebra o Acordo de Cooperación entre a Comunidade Económica Europea e o Reino de Marrocos (DO L número 264, do 27 de setembro de 1978), que establece, como principio xeral, a equiparación entre os traballadores marroquís e os nacionais de Estados membros da Unión Europea, admitindo excepcións ao mesmo (véxase o artigo 41).

²¹² A non inclusión dentro do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social da regulación do traballo transfronteirizo entre os dous Estados, que afecta en exclusiva ás cidades autónomas de Ceuta e Melilla e o territorio marroquí limítrofe, podería estar motivada pola negativa do Reino de Marrocos a recoñecer a soberanía española sobre as citadas cidades autónomas.

“d) Morte ou supervivencia”, “e) Protección á familia”, “f) Reeducación e rehabilitación de inválidos” e “g) Asistencia social e servizos sociais”²¹³.

85. O Convenio establece o principio de igualdade no acceso á Seguridade Social dos traballadores afectados polo mesmo con respecto aos traballadores nacionais de cada un dos Estados. Así, indica que as persoas ás que lles resulten de aplicación as disposicións do Convenio estarán sometidas á normativa de Seguridade Social do Estado que corresponda “nas mesmas condicións que os nacionais de cada unha das Partes Contratantes”²¹⁴. De especial interese para os traballadores transfronteirizos é a previsión de que “as pensións, subsidios, rendas e indemnizacións adquiridas en virtude da lexislación dunha Parte Contratante non estarán suxeitas a redución, modificación, suspensión, retención ou gravame polo feito de que o beneficiario resida no territorio da outra Parte”²¹⁵.

86. O Convenio tamén opta, con carácter xeral, polos principios de *lex loci laboris*²¹⁶ e de totalización dos períodos de seguro²¹⁷. Como consecuencia do primeiro, os traballadores transfronteirizos marroquí estarán sometidos á lexislación de Seguridade Social española e será en España, en tanto que Estado de emprego, onde deberán cotizar. A aplicación do segundo dos principios indicados permítelles que se teña en conta en España os períodos de seguro cumpridos baixo a lexislación marroquí, sempre que non coincidan con períodos acreditados en España.

a) Prestacións de enfermidade e maternidade

87. Entrando nas disposicións particulares referidas ás distintas categorías de prestacións, o Convenio fai referencia no seu título II ás prestacións de enfermidade e maternidade dentro do seu capítulo 1. Tamén son reguladas dentro do capítulo I do título II do Acordo Administrativo para a aplicación do anterior. A regulación destas prestacións constitúe un exemplo do afirmado máis arriba ao respecto da necesidade de interpretar as

²¹³ Véxase a letra A) do apartado 1 do artigo 2 e o artigo 3 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social. Ao respecto da inclusión das prestacións non contributivas dentro do citado convenio véxase RON LATAS, R., “La condición de "extranjero" y las pensiones no contributivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 5 (2001), páx. 773 e ss.

²¹⁴ Véxase o artigo 4 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

²¹⁵ Véxase o apartado 1 do artigo 7 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

²¹⁶ Véxase o artigo 5 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social. O artigo 6 do mesmo establece excepcións a este principio, pero ningunha delas resulta de aplicación aos traballadores transfronteirizos.

²¹⁷ Véxase o artigo 8 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

disposicións do Convenio en clave de traballo transfronteirizo, dado o descoñecemento por parte do mesmo deste fenómeno migratorio.

88. Así, o artigo 9 indica que “os traballadores que se trasladen dunha á outra Parte Contratante para exercer unha actividade asalariada ou asimilada se beneficiarán, así como os membros da súa familia que os acompañen, das prestacións do seguro de enfermidade e maternidade, sempre que cumpran as condicións requiridas pola lexislación da segunda Parte, tendo en conta, no seu caso, os períodos de seguro ou equivalentes cumpridos segundo a lexislación da outra Parte”²¹⁸. En virtude do disposto neste artigo, os traballadores transfronteirizos marroquís teñen dereito a lucrarse en España das prestacións correspondentes ás citadas continxencias, dado que cumpren o requisito de trasladárense de Marrocos a España por razóns laborais. O feito de que o traslado se efectúe con periodicidade diaria e que a residencia do traballador continúe no primeiro Estado non desvirtúa a aplicación do previsto no citado artigo a esta categoría de traballadores. Porén non parece que resulte de aplicación aos membros da familia dun traballador transfronteirizo, dado que estes non efectúan traslado algún de Marrocos a España, cando menos por razóns do traballo deste. Para os familiares do traballador resultará, pola contra, de aplicación o previsto no artigo 15 do Convenio, en virtude do cal estas persoas terán dereito a percibiren as prestacións correspondentes en Marrocos, que serán servidas por parte da institución deste Estado e conforme coa súa lexislación no que atinxe á extensión e modalidades das mesmas, aínda que o seu custe correrá a cargo da institución de Seguridade Social española²¹⁹.

89. Por outra banda, os traballadores transfronteirizos marroquís non poderán ver limitado o seu acceso ao goce das prestacións de enfermidade e maternidade ás que teñan dereito polo feito de permaneceren en Marrocos durante o período de goce das mesmas. Téñase en conta que o artigo 13 do Convenio establece a conservación do dereito ás prestacións de enfermidade e maternidade no caso de que o beneficiario das mesmas se traslade do Estado de emprego ao seu Estado de orixe. Esixe, iso si, que o traslado sexa previamente autorizado. Esta esixencia de autorización previa non resultará, sen embargo, de aplicación aos traballadores

²¹⁸ Como mostra da aplicación do principio de totalización de períodos de seguro, indica que para tal efecto se terán en conta “os períodos de seguro ou equivalentes cumpridos segundo a lexislación da outra Parte”.

²¹⁹ Véxase o artigo 8 do Acordo Administrativo, que establece o procedemento para o goce das prestacións de enfermidade e maternidade por parte dos familiares do traballador que residan no territorio do Estado no que non está empregado o traballador.

transfronteirizos, dado que eles están, precisamente, obrigados a regresar diariamente ao seu Estado de residencia²²⁰.

90. No caso de que o traballador transfronteirizo requira coidados médicos inmediatos mentres se atope en Marrocos, terá dereito aos mesmos nese Estado, incluída a hospitalización, de ser o caso, pero o custe das prestacións deberá ser soportado, como no caso das prestacións recibidas polos seus familiares a cargo, pola institución de Seguridade Social española. Determínanos así o artigo 12 do Convenio, previsto para as situacións nas que o traballador se despraza ao seu Estado de orixe ben por razón de vacacións retribuídas, ben nunha ausencia xustificada²²¹. Para estes efectos, deberá entenderse que os traballadores transfronteirizos cando regresan diariamente a Marrocos están en situación de ausencia autorizada ao respecto de España en tanto que Estado de emprego.

91. No que atinxe ao suposto concreto de maternidade o Convenio prevé que naqueles casos en que a persoa beneficiaria das prestacións teña dereito ás mesmas tanto en Marrocos coma en España, “ditas prestacións estarán a cargo exclusivamente da institución competente da Parte Contratante en cuxo territorio se produza o parto”²²². Esta disposición do Convenio resulta de especial relevancia para os supostos de traballadoras transfronteirizas, por mor da elevada frecuencia nos desprazamentos que efectúan dun Estado a outro, o que motiva que o parto se poida producir, aleatoriamente, en calquera deles. En todo caso, producido o mesmo nun dos Estados será este quen se fará cargo das prestacións correspondentes á citada continxencia. O Convenio non aclara se se refire unicamente ás prestacións en especie ou tamén ás prestacións en metálico. Diante deste silencio parece máis correcto interpretar que fai referencia só ás prestacións en especie, que serían outorgadas e sufragadas integramente polo Estado no que se produza o nacemento, aínda que no outro Estado tamén se estivera cotizando por esta continxencia e, en consecuencia, se tivera tamén dereito no mesmo a elas. Sen embargo non se atopan razóns que xustifiquen que

²²⁰ Por esta razón, non resulta de aplicación aos supostos de traballo transfronteirizo o artigo 7 do Acordo Administrativo, que establece o procedemento para o goce destas prestacións no Estado no que non estea empregado o traballador, cando é autorizado para ausentarse do Estado de emprego. Tampouco resulta de aplicación aos traballadores transfronteirizos o previsto nos artigos 10 e 11 do Acordo, pois regulan situacións de estadía temporal na Parte Contratante na que non estea empregado o traballador.

²²¹ O artigo indica que “os traballadores ocupados no territorio dunha das Partes Contratantes beneficiaranse das prestacións de enfermidade e maternidade cando o seu estado requira coidados médicos inmediatos, comprendida a hospitalización, durante unha estadía temporal efectuada no seu país de procedencia con ocasión dunha vacación retribuída ou dunha ausencia autorizada. Estas prestacións serán a cargo das Institución do país de emprego”.

²²² Véxase o artigo 11 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

no caso de que a traballadora teña dereito ás prestacións en metálico por maternidade nos dous Estados por estar cotizando por tal continxencia en ambos —sería o caso dunha traballadora parcialmente transfronteiriza, empregada tanto en España coma en Marrocos—, só causase dereito ás correspondentes ao Estado no que se producira o nacemento, pois tal solución implicaría aceptar unha menor protección da traballadora diante desta continxencia pola súa condición de traballadora migrante, o que vai contra os principios do propio convenio e da normativa española de estranxeiría, que garante aos traballadores transfronteirizos o dereito á Seguridade Social nas mesmas condicións que os españois²²³.

b) Prestacións de vellez, invalidez e supervivencia

92. As prestacións de vellez e de invalidez e as pensións de supervivencia aparecen reguladas nos capítulos 2, 3 e 4, respectivamente, do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social, así como no capítulo II do título II do Acordo Administrativo para a aplicación do anterior. A regulación destas prestacións e pensións no Convenio e no Acordo Administrativo non presentan problemas de encaixe na súa aplicación aos supostos de traballo transfronteirizo. Esta categoría de traballadores e, no seu caso, os seus familiares, beneficiaríanse de tales prestacións e pensións en iguais condicións que os restantes traballadores aos que lles resulte de aplicación a citada normativa.

93. Cómpre unicamente salientar, pola especial relevancia que ten para os supostos de traballo transfronteirizo, a previsión contida no apartado 2 do artigo 20 do Convenio ao respecto das prestacións de invalidez. Indícase no mesmo que “para determinar en que medida diminuíu a capacidade de traballo do asegurado, as institucións competentes de cada un dos países contratantes terán en conta os informes médicos e os datos administrativos que as institucións do outro país lles remitan”. Esta disposición, que resulta de aplicación á totalidade dos traballadores afectados polo Convenio, é precisamente nos supostos de traballo transfronteirizo onde será aplicada con maior frecuencia, dado que os continuos traslados que efectúa o traballador entre os dous Estados fan máis probábel que exista documentación médica e administrativa relativa á súa situación de invalidez en ambos Estados. O citado apartado remata indicando que “non obstante, cada Institución competente terá dereito a someter ao asegurado a recoñecemento por un médico da súa elección”. Por último, cómpre salientar o establecido no apartado 1 do artigo 15 do Acordo

²²³ Véxase o apartado 1 do artigo 14 da Lei de estranxeiría, ao que se remite —ao respecto dos traballadores transfronteirizos— ao apartado 1, *in fine*, do artigo 43 da citada norma.

Administrativo. Este indica, ao respecto das prestacións por velez, invalidez e supervivencia, que cando esas prestacións sexan solicitadas alegando cotizacións nunha ou en ambas Partes Contratantes “deberán formularse diante da institución competente do lugar do domicilio do solicitante”. Esta disposición implica, por tanto, para os traballadores transfronteirizos procedentes de Marrocos, que deberán presentar nese Estado, en tanto que Estado de residencia, a solicitude da prestación que corresponda.

c) Subsidio por defunción

94. A regulación do subsidio por defunción atópase recollida dentro do capítulo 5 do título II do Convenio, non aparecendo referencia algunha ao mesmo no Acordo Administrativo para a aplicación do anterior. A regulación deste subsidio non presenta particularidade algunha con incidencia específica nos supostos de traballo transfronteirizo, pois a norma límitase a indicar que “as prestacións por defunción se rexerán pola lexislación que fora aplicábel ao asegurado na data do falecemento”²²⁴. Débese salientar unicamente que naqueles casos en que o causante tivera dereito ás prestacións en ambos Estados o seu recoñecemento “regularase pola lexislación da Parte en cuxo territorio residira o asegurado”²²⁵. Por tanto, no caso en que tanto a lexislación española como a marroquí concedan dereito ao subsidio por defunción dun traballador transfronteirizo con residencia en Marrocos, deberá ser este Estado o que determine o goce do dereito por parte dos seus familiares.

d) Prestacións de accidente de traballo e enfermidade profesional

95. O capítulo 6 do título II do Convenio, así coma o capítulo III do título II do Acordo Administrativo para a aplicación do anterior, establecen a regulación das prestacións derivadas de accidentes de traballo e enfermidade profesional.

96. No que atinxe ás prestacións por accidente de traballo, o Convenio prevé que se rexan pola lexislación que resulte aplicábel ao traballador na data do accidente²²⁶, resultando, por tanto, indiferente o Estado de residencia do traballador. Ao respecto das segundas, indica que deberán ser “determinadas conforme á lexislación aplicábel ao traballador no momento

²²⁴ Véxase o apartado 1 do artigo 24 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

²²⁵ Véxase o apartado 2 do artigo 24 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

²²⁶ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 1 do artigo 26 do Convenio Hispano-Marroquí de Seguridade Social.

do exercicio da actividade exposta ao risco da enfermidade profesional, mesmo se esta foi diagnosticada por primeira vez no territorio da outra Parte Contratante²²⁷. Os continuos desprazamentos dos traballadores transfronteirizos entre os dous Estados fai que esta última previsión, relativa ao diagnóstico da enfermidade en Estado distinto do de emprego, resulte con frecuencia de aplicación a esta categoría de traballadores.

97. O Convenio prevé tamén a posibilidade de que un traballador beneficiario de prestacións por causa dun accidente de traballo ou dunha enfermidade profesional traslade a súa residencia á outra Parte Contratante durante o período que dure a incapacidade temporal que traia causa dos mesmos. Diante desta situación, determina que o traballador continúe gozando das prestacións correspondentes “baixo reserva da autorización da institución competente”²²⁸. Pois ben, no caso de que o traballador en cuestión sexa transfronteirizo deberá entenderse que non resulta de aplicación a esixencia de autorización da institución competente, pois o traballador xa reside no outro Estado, ao que está obrigado a regresar diariamente. Tamén se indica no Convenio que o traslado da residencia do traballador afectado por un accidente de traballo ou unha enfermidade profesional dun ao outro Estado non modifica a lexislación aplicábel “nos supostos de agravación do Estado de incapacidade”²²⁹. Isto implica para os traballadores transfronteirizos que lles continuará resultado de aplicación a lexislación do Estado de emprego nos supostos de agravación do estado de incapacidade acaecida no Estado de residencia, bardante nos casos en que a “agravación poida ser atribuída ao exercicio no territorio da outra Parte dun emprego exposto ao risco da enfermidade”²³⁰. Nestes casos, será a Institución da Parte na que resida o traballador a que se faga cargo do suplemento que corresponda á prestación por causa do agravamento da doenza²³¹.

98. Xa para rematar esta categoría de prestacións, cómpre indicar, no que atinxe ás enfermidades profesionais, que resulta irrelevante para os efectos do dereito ao goce da prestación que corresponda o feito de que a doenza sexa diagnosticada no Estado de emprego ou no Estado de residencia. Isto será así mesmo nos casos nos que a lexislación aplicábel subordine a concesión de prestacións por esta continxencia ao feito de que a enfermidade fose comprobada por primeira vez no seu territorio, pois o

²²⁷ Véxase o parágrafo primeiro do apartado 2 do artigo 26 do Convenio.

²²⁸ Véxase o artigo 27 do Convenio.

²²⁹ Véxase o artigo 28 e o primeiro parágrafo, *initio*, do artigo 30 do Convenio.

²³⁰ Véxase o primeiro parágrafo, *in fine*, do artigo 30 do Convenio.

²³¹ Véxase o segundo parágrafo do artigo 30 do Convenio.

Convenio determina que nestes supostos “esta condición será considerada cumprida cando a enfermidade fose comprobada por primeira vez no territorio da outra Parte”²³².

e) Prestacións familiares

99. En canto ás prestacións familiares, o Convenio prevé que se determinen en función do previsto na lexislación do Estado de emprego, sendo, por tanto irrelevante tanto o lugar de residencia do traballador coma o dos familiares que dan dereito a elas²³³, indicándose expresamente que “o traballador español ou marroquí que estea sometido durante a duración do seu emprego á lexislación de Seguridade Social dunha das Partes Contratantes terá dereito ás prestacións familiares polos fillos que residan no territorio da outra Parte Contratante”²³⁴. Sen embargo, cando o outro proxenitor traballe no Estado de residencia dos fillos, “as prestacións familiares en favor dos fillos percibiranse unicamente a cargo da institución do país no cal o fillo resida”²³⁵.

²³² Véxase o artigo 29 do Convenio.

²³³ Véxase o artigo 32 do Convenio.

²³⁴ Véxase o apartado 1 do artigo 25 do Acordo Administrativo.

²³⁵ Véxase o apartado 2 do artigo 25 do Acordo Administrativo.

CONCLUSIÓN

Primeira. A pesar de ser España un Estado con máis de dous mil quilómetros de fronteira terrestre caracterizada historicamente —en determinadas zonas— por unha intensa relación transfronteiriza, resulta curioso que o fenómeno do traballo fronteirizo sexa descoñecido polas súas principais normas internas reguladoras do Dereito do Traballo e da Seguridade Social. Aparece regulado, sen embargo, de xeito fragmentario nunha pluralidade de normas de orixe internacional, así como en diversa normativa interna, principalmente doutras disciplinas xurídicas pero con impacto directo en materia de traballo e Seguridade Social. Como consecuencia do carácter fragmentario e da pluralidade normativa da regulación do traballo fronteirizo, en España non existe un concepto xurídico único do mesmo, válido para todos os eidos do Dereito.

Segunda. Da análise da normativa española reguladora do traballo fronteirizo —tanto de orixe interna coma de orixe internacional— con repercusión no Dereito do Traballo e da Seguridade Social, pódese concluír que existen dous tipos de actividades laborais fronteirizas distintas, para cuxa identificación se propón a utilización das expresións *traballo fronteirizo* en sentido estrito e *traballo transfronteirizo*. Ambos traballos constitúen un peculiar fenómeno migratorio caracterizado pola residencia nun Estado distinto do de emprego e polo desprazamento regular e frecuente entre ambos Estados por razóns de traballo. Como pode apreciarse, ambos posúen trazos definitorios comúns que permiten a súa diferenza ao respecto doutras figuras afíns (por exemplo, traballo de temporada ou desprazamentos temporais no marco dunha prestación transnacional de servizos), en que non se efectúan desprazamentos frecuentes entre o Estado de residencia e o de traballo. Mais tamén o traballo fronteirizo en sentido estrito e o transfronteirizo contan con trazos específicos que permiten distinguilos entre si, como agora se verá.

Terceira. Malia a substancial identidade entre ambas figuras, a finalidade do lexislador na regulación das mesmas en materia de emprego e Seguridade Social difire substancialmente. Así, no suposto do traballo fronteirizo en sentido estrito, preténdese facilitar a mobilidade dos traballadores no seo da Unión Europea garantindo a completa igualdade en materia de emprego e de Seguridade Social destes traballadores ao respecto dos restantes traballadores da Unión, fixeran ou non uso da liberdade de circulación establecida nos Tratados. Pola contra, no suposto do traballo transfronteirizo preténdese limitar e controlar o fenómeno migratorio nas fronteiras exteriores da Unión —e nas interiores ao respecto daqueles aos que non lles resulte de aplicación o réxime comunitario—, esixíndose unha autorización previa para poder desempeñar en España un traballo por conta

propia ou allea en tal situación, aínda que recoñecendo con carácter xeral —unha vez obtida esta— a igualdade de dereitos en materia de emprego e de Seguridade Social ao respecto dos traballadores nacionais e dos restantes traballadores migrantes.

Cuarta. Considérase traballadora fronteiriza en sentido estrito a toda persoa nacional dun Estado membro da Unión Europea, do Espazo Económico Europeo ou da Confederación Suíza —así como os apátridas e refuxiados residentes nalgún deses Estados— que realice unha actividade por conta allea ou propia nun dos citados Estados e resida noutro deles, ao que regrese con periodicidade diaria ou semanal. Para ser considerado traballador fronteirizo en sentido estrito non se esixe que os lugares de residencia e emprego estean situados en zonas fronteirizas, pero si que exista un desprazamento periódico real entre o Estado de residencia e o de emprego por razóns de traballo, cunha periodicidade máxima semanal de regreso ao Estado de residencia, de modo que o traballador pode contar cun aloxamento no Estado de emprego onde efectuar estadias entre as xornadas de traballo semanal. Estas dúas circunstancias, unidas á mellora nas infraestruturas de transporte en Europa, outorgan unha grande potencialidade á figura, pois calquera persoa á que se lle aplique o réxime comunitario que resida en calquera punto da Unión Europea, doutro Estado pertencente ao Espazo Económico Europeo ou da Confederación Suíza poderá, en principio, desempeñar como traballador fronteirizo en sentido estrito un emprego en calquera dos citados Estados distintos do da súa residencia, con tal de que regrese a ela como mínimo unha vez por semana.

Quinta. Tendo en conta que unicamente figuran referencias marxinais ao traballo fronteirizo en sentido estrito na normativa de orixe interna, as principais fontes normativas deste traballo en España proceden da Unión Europea, que son: 1) o Regulamento (UE) número 492/2011, do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de abril de 2011, relativo á libre circulación de traballadores dentro da Unión Europea, que —malia conter unha única referencia ao mesmo— garante a esta categoría de traballadores a libre circulación dentro do territorio da Unión Europea e a igualdade de trato en materia de acceso ao emprego e no emprego ao respecto dos traballadores nacionais do Estado membro de emprego; 2) o Regulamento (CE) número 883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, do 29 de abril de 2004, sobre coordinación dos sistemas de Seguridade Social; e 3) o Regulamento (CE) número 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do anteriormente citado Regulamento (CE) número 883/2004. No estudo do réxime xurídico deste fenómeno en España igualmente xogan

un papel moi relevante ás fontes xurisprudencias, salientando —polo número e importancia do contido dos seus pronunciamentos— a xurisprudencia que sobre esta figura estableceu o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (principalmente para fixar criterios de interpretación da citada normativa da Unión a seguir polos tribunais dos Estados membros en supostos nos que se analizaban casos de traballo fronteirizo), a diferenza da xurisprudencia dos tribunais españois, que é certamente limitada tanto en número coma en relevancia, o que lle dá, se cabe, maior importancia á ditada polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Por último, tampouco debe omitirse a referencia ás normas sectoriais, porque os convenios colectivos poden contemplar expresamente a figura do traballo fronteirizo en sentido estrito e resultar aplicábeis as súas disposición a estes traballadores mesmo cando non figuren expresamente mencionados.

Sexta. O principio de igualdade no acceso ao emprego dos traballadores fronteirizos en sentido estrito ao respecto dos traballadores nacionais dos Estados membros forma parte do dereito á libre circulación de traballadores no seo na Unión Europea, establecido nos Tratados como un dos piares da Unión e desenvolto polo Regulamento (UE) número 492/2011. Esta última norma constitúe a referencia fundamental no desenvolvemento do dereito destes traballadores a accederen en igualdade de condicións que os restantes traballadores da Unión Europea aos empregos dispoñíbeis dentro do territorio da mesma, sen que a súa condición permita abeirar discriminación algunha ao respecto dos demais traballadores da Unión Europea que fan uso do seu dereito á libre circulación dentro da mesma. Nas ocasións en que o Tribunal de Xustiza se tivo que pronunciar sobre as limitacións no acceso ao emprego de traballadores fronteirizos por razón da súa condición, previstas en lexislacións de determinados Estados membros, determinou a incompatibilidade de tales limitacións coa liberdade de circulación de traballadores.

Sétima. Como consecuencia do anterior, os traballadores fronteirizos en sentido estrito poden abeirarse no dereito á igualdade de trato e á non discriminación en materia de emprego ao respecto dos traballadores que residen en traballan no mesmo Estado membro. Este dereito pode ser esgrimido mesmo fronte ao Estado da propia nacionalidade e nos supostos en que o traballador se converta en fronteirizo por mor do traslado da súa residencia a outro Estado membro conservando o emprego no Estado membro de orixe. Porén, non pode alegarse por antigos traballadores fronteirizos ao respecto do que foi o seu Estado de emprego para solicitar o goce de dereitos que non traian como causa a anterior relación laboral, senón feitos posteriores á mesma (aínda que perciban dese Estado

prestacións sociais como consecuencia da súa antiga condición de traballadores fronteirizos).

Oitava. O principio de igualdade e non discriminación no emprego ten consecuencias nas propias condicións laborais que afectan aos traballadores fronteirizos en sentido estrito. Abrangue tanto a igualdade en materia retributiva —o que presentou problemas ao respecto desta categoría de traballadores non por supostos de discriminación directa, que non se atoparon, senón pola aplicación de normas sobre tributación das rendas do traballo que en ocasións foron consideradas como indirectamente discriminatorias—, coma o goce de dereitos accesorios á actividade laboral —nomeadamente o uso de vehículo de empresa— e a igualdade no exercicio de dereitos en materia de dereito colectivo do traballo. Neste último suposto acéptanse tratos diferenciados, que poden afectar aos traballadores fronteirizos, no que atinxe ao desempeño de cargos que impliquen a xestión de organismos de Dereito público ou o exercicio de funcións de Dereito público; pero nestes casos o relevante non é a condición de traballadores fronteirizos senón, no seu caso, a condición de non nacionais do Estado membro de emprego.

Novena. En aplicación do citado principio de igualdade e non discriminación, os traballadores fronteirizos en sentido estrito poden lucrarse das vantaxes sociais que o Estado membro de emprego outorgue aos seus residentes. Isto afectará tanto no acceso ao aloxamento, no que estarán en igualdade de condicións que os traballadores nacionais dese Estado que non residan no lugar de emprego, coma no dereito ás distintas prestacións que poidan ser catalogadas como vantaxes sociais —que mesmo poderán ser solicitadas directamente polos familiares do traballador cando o seu goce por parte deles constituía para el unha vantaxe social—, ou na concesión de indemnizacións e axudas complementarias que poidan estar previstas para os supostos de desemprego na normativa dese Estado membro —normalmente un convenio colectivo—, non resultando admisíbeis tratos diferenciados de ningún tipo no acceso ás mesmas por razón da súa residencia noutro Estado membro nin, no seu caso, polo feito de percibiren a correspondente prestación de desemprego noutro Estado membro. Sen embargo, naquelas vantaxes sociais nas que se teña en especial consideración o contexto socioeconómico do Estado membro de emprego si será posíbel establecer un requisito de residencia para o goce das mesmas e, en consecuencia, poderase privar aos traballadores fronteirizos do seu goce precisamente por mor da súa residencia noutro Estado membro.

Décima. En materia de Seguridade Social, os traballadores fronteirizos en sentido estrito vense sometidos, en principio, á lexislación do lugar de emprego, en aplicación do principio de *lex loci laboris*. Resultará, por tanto, irrelevante o feito de que estes traballadores residan nun Estado membro distinto do Estado de emprego. Porén, o lugar de residencia destes traballadores pode resultar relevante para determinar a lexislación aplicábel en supostos de pluriactividade ou pluriemprego, cando a aplicación do citado principio de *lex loci laboris* non abonde para fixar unha única lexislación de Seguridade Social, dado que a normativa da Unión Europea sobre coordinación en materia de Seguridade Social optou pola utilización do criterio da unicidade (que implica o sometemento dos traballadores á normativa de Seguridade Social dun único Estado membro).

Décimo primeira. Unicamente as disposicións particulares relativas a catro das once categorías de prestacións que entran dentro do ámbito de aplicación material dos regulamentos da Unión Europea sobre coordinación en materia de Seguridade Social conteñen normas específicas para os supostos de traballo fronteirizo. Son as referidas ás prestacións de enfermidade, ás prestacións de maternidade e paternidade asimiladas (reguladas ambas de xeito conxunto), ás prestacións de accidente de traballo e enfermidade profesional, e as prestacións de desemprego. Nestas últimas aparece, ademais, unha regra específica, referida aos supostos de desemprego total que non sexa de traballadores fronteirizos. Esta limitada presenza de referencias explícitas aos supostos de traballo fronteirizo non permite ignorar que a totalidade das prestacións incluídas no campo de aplicación material da normativa de coordinación en materia de Seguridade Social —excepción feita da prestación de prexubilación e os subsidios de defunción— presentan particularidades a considerar na súa aplicación a supostos de traballo fronteirizo, tal e como tivo ocasión de establecer o Tribunal de Xustiza da Unión Europea ao respecto da práctica totalidade delas.

Décimo segunda. A análise da normativa sobre coordinación en materia de Seguridade Social, así como da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza relativa a cuestións de Seguridade Social dos traballadores fronteirizos en sentido estrito, permite concluír que os citados traballadores teñen garantida a igualdade de trato no acceso ás prestacións de Seguridade Social, tanto ao respecto dos restantes traballadores da Unión que fan uso da liberdade de circulación, coma dos que non fan uso dela. O feito de residiren en Estado membro distinto do de emprego non permite limitar o goce, por parte deles, dos dereitos á Seguridade Social que se lles recoñecen aos restantes traballadores da Unión. Por tal circunstancia, para

determinadas prestacións prevese o seu goce no Estado membro de emprego (por exemplo, as prestacións de desemprego parcial), para outras no Estado membro de residencia (por exemplo as prestacións de desemprego total) e para outras se lle permite ao traballador, e no seu caso aos membros da súa familia, recibir as prestacións tanto no Estado membro de emprego coma no de residencia (por exemplo, as prestacións en especie de enfermidade).

Décimo terceira. Considérase traballadora transfronteiriza á persoa estranxeira residente en zona limítrofe con España, excluída da aplicación do réxime comunitario e autorizada para desempeñar en España un traballo por conta propia ou allea en zona fronteiriza do territorio español limítrofe co Estado da súa residencia, debendo regresar a el diariamente. Para os efectos de determinar a zona fronteiriza deberase ter en conta a necesidade de regreso diario entre o lugar de traballo e o de residencia, tendo en conta que o lugar de traballo en España deberá estar situado —en calquera caso— ben nas cidades autónomas de Ceuta e Melilla, ben no territorio dunha comunidade autónoma fronteiriza, que deberá sempre ser limítrofe co lugar de residencia do traballador. Estes condicionamentos temporais e xeográficos limitan a potencialidade desta concreta figura, en contraste sempre co que acontece co traballo fronteirizo en sentido estrito —en que se constata maior número de desprazamentos—, sen prexuízo de advertir igualmente que as cifras oficiais da mobilidade transfronteiriza non acaban de constatar a situación real desta específica clase de desprazamentos no contexto dunha economía non regularizada.

Décimo cuarta. A pesar de tratarse dunha figura de potencialidade menor, as fontes reguladoras do traballo transfronteirizo en España son realmente numerosas e variadas na súa orixe. Entre as legais figuran normas de orixe internacional (aprobadas no seo de organizacións internacionais das que España forma parte ou subscritas con Estados limítrofes a través da formalización do correspondente convenio), mais tamén de orixe interna con rango normativo diferente (desde unha lei orgánica, pasando por un real decreto, até unha mera resolución), entre as que tamén cabe mencionar as normas sectoriais, dado que os convenios colectivos son tamén de aplicación a este tipo de traballadores, aínda que en ocasións poida resultar problemático. Igualmente, a xurisprudencia constitúe unha valiosísima fonte de coñecemento do traballo transfronteirizo, que non hai que descartar, tendo en conta as sentenzas ditadas ao respecto polo Tribunal Supremo e —principalmente— polos Tribunais Superiores de Xustiza (tanto polas súas Salas do Social como polas Salas do Contencioso-Administrativo, cando estas últimas abordan asuntos nos que resulta

aplicábel normativa sobre emprego e Seguridade Social aos traballadores transfronteirizos).

Décimo quinta. Os traballadores transfronteirizos non gozan do dereito á libre circulación que posúen os traballadores fronteirizos en sentido estrito e, por tanto, teñen limitado o seu acceso ao emprego en España. En consecuencia, deberán obter unha autorización administrativa con carácter previo ao inicio do traballo por conta allea ou á actividade por conta propia que pretendan desempeñar en territorio español. En calquera caso, os traballadores transfronteirizos —dada a súa dobre condición de estranxeiros e non residentes— non poden acceder en España a certas ocupacións que si poden desempeñar os estranxeiros que residen legalmente nela. Para a concesión da autorización de traballo transfronteirizo deberán cumprirse unha serie de requisitos, algúns deles son específicos para esta categoría de traballadores e outros son comúns cos esixidos para outro tipo de autorizacións de traballo en España previstas na normativa de estranxeiría. A solicitude de autorización de traballo transfronteirizo, ademais de abeirarse no cumprimento dos requisitos da autorización de traballo por conta propia ou por conta allea, pode basearse na observancia dos requisitos para a concesión da autorización de traballo para a investigación ou da autorización de traballo de profesionais altamente cualificados, así como no réxime especial dos estudos de especialización no ámbito sanitario, mais sempre que a persoa traballadora solicitante de tales autorizacións ou do citado réxime pretenda desenvolver a súa actividade laboral en España en situación de traballo transfronteirizo.

Décimo sexta. A diferenza do que acontece legalmente ao respecto do acceso ao emprego en España —no que os traballadores transfronteirizos se ven sometidos a maiores limitacións que as que se aplican a outros traballadores migrantes—, a normativa de estranxeiría establece para eles o principio de igualdade de trato nas condicións de emprego como regra xeral. Así, garánteselles a igualdade nas condicións de emprego xa desde a propia tramitación do procedemento de solicitude de autorización de traballo por conta allea ou por conta propia en España. En efecto, un dos requisitos que se esixe para a concesión da autorización de traballo transfronteirizo por conta allea é, precisamente, que as condicións de traballo do contrato que se presente se axusten á normativa vixente e ao convenio colectivo de aplicación ao traballo a desempeñar e, no caso do traballo transfronteirizo por conta propia, que se cumpran os requisitos esixidos aos nacionais para a apertura e funcionamento da actividade proxectada, incluída, no seu caso a capacitación ou cualificación profesional legalmente requirida e mesmo a colexiación, no caso de ser

precisa na actividade a desenvolver. Sen embargo, as circunstancias inherentes á condición de traballador transfronteirizo ou o contido da autorización de traballo para tal situación modulan ou condicionan dalgún xeito o exercicio de dereitos e o cumprimento de obrigas derivadas da relación ou da actividade laboral, ou en íntima conexión con elas. Algúns son contemplados na propia Lei de estranxeiría e outros establecidos na normativa laboral.

Décimo sétima. Entre os dereitos garantidos aos traballadores estranxeiros na Lei de estranxeiría, presentan particularidades a considerar nos supostos de traballo transfronteirizo o dereito á documentación e a liberdade de circulación por territorio nacional. Así, o dereito á documentación —constituído como un dereito e unha obriga na normativa de estranxeiría— difire na súa aplicación a este colectivo de traballadores con respecto a outros traballadores migrantes, pois os traballadores transfronteirizos deberán solicitar, e se lles terá que facilitar, a tarxeta de identidade de estranxeiro, que acreditará a súa condición de traballadores transfronteirizos, aínda que a súa autorización de traballo sexa de duración menor de seis meses (que é o período fixado con carácter xeral para a expedición da citada tarxeta). Tamén a liberdade de circulación por territorio nacional verase modulada na súa aplicación a esta categoría de traballadores, pois estará limitada ao territorio da comunidade autónoma ou da cidade autónoma para a que se conceda a autorización de traballo transfronteirizo, non estándolles permitido circular libremente polo resto do territorio nacional.

Décimo oitava. Os traballadores transfronteirizos teñen garantido o dereito á formación e promoción profesional, recoñecido na normativa laboral —enténdase o primeiro referido ao acceso ás accións do subsistema da formación profesional para o emprego—, en igualdade de condicións que os restantes traballadores en España. Este dereito inclúe a posibilidade de participaren en procedementos de recoñecemento das competencias profesionais adquiridas por experiencia laboral, malia que a normativa que os regula estableceza como un dos requisitos para participar en tales procedementos —para os estranxeiros aos que non lles resulte de aplicación o réxime comunitario—, a residencia legal en España. En canto ao dereito á promoción profesional, verase limitado pola propia ocupación para a que foi concedida a autorización. De pretenderse un ascenso que exceda dos límites da citada ocupación, deberase solicitar e obter unha nova autorización, ou unha modificación da mesma, que inclúa o novo posto de traballo a desempeñar.

Décimo novena.- Os empresarios verán limitadas as súas facultades de mobilidade funcional e xeográfica, contempladas na normativa laboral, ao respecto dos traballadores transfronteirizos por razóns das limitacións establecidas na autorización de traballo concedida. Así, ao respecto da mobilidade funcional as facultades do empresario veranse acotadas pola concreta ocupación para a que foi concedida a autorización non podendo, por tanto, asignar funcións a un traballador transfronteirizo que excedan dos contornos da mesma. De maneira análoga ao anterior, no referente á mobilidade xeográfica, o empresario tampouco poderá ordenar o desprazamento temporal dun traballador transfronteirizo —nin sequera dentro da comunidade autónoma para a que foi concedida a autorización— a non ser que o lugar ao que se pretenda desprazar ao traballador permita o seu regreso diario ao Estado de residencia, aínda que sexa a un domicilio temporal dentro do mesmo. Cuestión distinta é o suposto de traslado, dado que no caso de que un traballador transfronteirizo se vexa afectado por unha decisión individual ou colectiva de traslado, o que lle obrigaría a trasladar a súa residencia —perdendo en consecuencia a súa condición de transfronteirizo—, deberá optar pola extinción indemnizada do contrato, a non ser que solicite e obteña unha autorización de residencia e traballo en España que lle faría perder a súa condición de traballador transfronteirizo. Este traballador só podería aceptar o traslado e continuar coa súa condición de traballador transfronteirizo no caso de que a localidade do seu novo posto de traballo lle permita regresar diariamente ao seu Estado de residencia —enténdese que a un novo domicilio dentro del— solicitando, neste caso, a modificación que corresponda na autorización de traballo transfronteirizo.

Vixésima. A Lei orgánica de estranxeiría, desde o ano 2009, recoñécelles expresamente aos traballadores transfronteirizos os dereitos á Seguridade Social nas mesmas condicións que os demais estranxeiros autorizados a residiren en España. Elo non implica que con anterioridade os traballadores transfronteirizos non viñeran gozando en España de protección en materia de Seguridade Social, malia que a normativa de estranxeiría non contemplase expresamente para eles ese dereito. Debe destacarse, sen embargo, que nin a citada lei nin o seu regulamento, nin ningunha outra norma, contemplan de xeito expreso as particularidades derivadas da súa condición no que atinxe ao acceso ás prestacións de Seguridade Social para esta categoría de traballadores nin para as súas familias.

Vixésimo primeira. Naqueles casos en que o Estado de residencia do traballador sexa Portugal, Francia ou Xibraltar (Reino Unido) resultarlles de aplicación a normativa comunitaria de coordinación en materia de

Seguridade Social, ao abeiro do establecido no Regulamento (UE) número 1231/2010, do Parlamento Europeo e do Consello, do 24 de novembro de 2010, coma se fosen traballadores fronteirizos en sentido estrito. No caso de que o Estado de residencia do traballador sexa Andorra ou Marrocos, o que constitúe o suposto máis habitual, deberanse aplicar os convenios bilaterais sobre Seguridade Social con tales Estados. Os citados convenios non teñen en consideración as especificidades do traballo transfronteirizo, o que provoca problemas de interpretación dos mesmos ao teren que se aplicar as súas disposicións, non previstas para as situacións de traballo transfronteirizo, á luz das particularidades derivadas de tal condición.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

— *Anuario Estadístico de Inmigración* (2009). Disponible en <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/observatoriopermanenteinmigracion/Anuarios/Anuario2009.html>.

— ARIETA MARTÍNEZ, M., “Coordinación de los sistemas europeos de seguridad social y exportación de la prestación por desempleo tras la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010).

— ARUFE VARELA, A., “¿Computan las cotizaciones ficticias por edad para calcular en España el importe prorrateado de una pensión comunitaria de jubilación?”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 7 (2003).

— ARUFE VARELA, A., “El cumplimiento por Italia de las recomendaciones europeas sobre el empleo, a través de la «Reforma Biagi»”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 10 (2006).

— ARUFE VARELA, A., “La regulación del accidente de trabajo en dos ordenamientos novísimos y codificados de Seguridad Social: Francia y Alemania”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Centro de Estudios Financieros (Madrid, 2008).

— ARUFE VARELA, A., “Los "minijobs" alemanes: un estudio de su régimen jurídico, laboral y de seguridad social comparado con el del "trabajo marginal" español, industrial y doméstico”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo* (2012).

— DE ARVIZU Y GALARRAGA, F., “Fronteras y fronterizos: el caso de los Aldudes (Pirineo de Navarra)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, número 71 (2001).

— ASENJO PINILLA, L., “Trabajadores extranjeros no comunitarios: Derechos Laborales y sindicales”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001).

— AZÓN VILAS, F., “La condición de extranjero desde el Derecho Social: Breves notas sobre la situación actual de los extranjeros no comunitarios

sin autorización administrativa para trabajar”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La Protección de los derechos fundamentales en el orden social*, XXI (2003).

— BAIGORRI AGOIZ, A e FERNÁNDEZ DÍAZ, R. (Investigadores principais), “Estudio sobre la movilidad transfronteriza Extremadura-Alentejo en agroindustria, comercio, educación, hostelería, sanidad y transporte”, Grupo de investigación en estudios sociales y territoriales, Universidad de Extremadura (Badajoz, 2007).

— BALLESTER PASTOR, A., “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).

— BALLESTER PASTOR, I., “Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo, extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: estudio sobre un conflicto normativo pendiente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).

— BARREIRO GONZÁLEZ, G., RODRÍGUEZ QUIRÓS, J., CABEZAS ESTEBAN, J.L. e FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *Régimen laboral y de la seguridad social de la minería del carbón*, Imprenta Moderna (León, 1991).

— BOTANA LÓPEZ, J.M.^a, “La libertad de circulación de los trabajadores comunitarios y de los países con tratados de asociación”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*, Consejo General de Poder Judicial (Madrid, 1997).

— BURGOS GOYE, M.C., “La situación laboral del trabajador transfronterizo en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla”, en GARCÍA CASTAÑO, F. J. e KRESSOVA, N. (Coordinadores), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones (Granada, 2011).

— BURGOS GOYE, M.C., *Las migraciones en las ciudades de Ceuta y Melilla*, Editorial Comares (Granada, 2012).

— CABEZA PEREIRO, J., GÁRATE CASTRO, J. e GOMES, J., *Aspectos xurídicos das relacións laborais na eurorrexión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2006).

— CABEZA PEREIRO, J., “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, número 63 (2000).

— CABEZA PEREIRO, J., “Os traballadores transfronteirizos”, en *Aspectos xurídicos das relacións laborais na eurorrexión Galicia-Norte de Portugal*, Consello Galego de Relacións Laborais (Santiago de Compostela, 2006).

- CABEZA PEREIRO, J., “Inmigración y derecho en la Unión Europea. Introducción al Derecho de Extranjería”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2008).
- CABEZA PEREIRO, J., “Protección social de las personas extranjeras en España”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo, (Albacete, 2008).
- CABEZA PEREIRO, J., “La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras”, *Actualidad Laboral*, número 3 (2008).
- CABEZA PEREIRO, J., “Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 20 (2008).
- CACHÓN VILLAR, P., “Los extranjeros: Derechos constitucionales”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001).
- CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los impuestos sobre la renta y el patrimonio y las medidas y métodos para su eliminación* (tese de doutoramento), Universidade da Coruña (1996).
- CALDERÓN CARRERO, J.M. (Coordinador), *Comentarios a los Convenios para evitar la doble Imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Instituto de Estudios Económicos, Fundación Pedro Barrié de la Maza (A Coruña, 2004).
- CARRASCOSA BERMEJO, M.D., “Los trabajadores fronterizos presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto 1408/71/CEE y Rgto 883/2004/CE)”, en CORREA CARRASCO, M. (Coordinador), *La protección social en las relaciones laborales extraterritoriales*. Publicación electrónica.
- CARRASCOSA BERMEJO, M.D., “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M., LÓPEZ-CHAVES Y CASTRO, I., JURADO MOREDA, A., TRAZÇA, M.A., COSTA, V., ROCHA. V. e VIEIRA, R.M., *Mercado de emprego en Galicia e no norte de Portugal*, *Lexislación*

comparada, Programa Operacional Europeo Interreg II, Xunta de Galicia (Santiago de Compostela, 1997).

— CARRIL VÁZQUEZ X.M., “Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho Interno de los estados miembros”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 13 (A Coruña, 2009).

— CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “O impacto da diferenza entre países enriquecidos e países empobrecidos sobre o dereito do traballo e da seguridade social”, *Anuario da Facultade de Ciencias do Traballo da Universidade da Coruña*, número 2 (2011).

— CASAS BAHAMONDE, M.E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas (Madrid, 2001).

— CASAS SÁNCHEZ, J., “La inmigración fronteriza en Ceuta”, *Revista de Estudios Fronterizos*, número 3 (2005).

— CEINOS SUÁREZ, A., “Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 20 (2008).

— *Censo de traballadores transfronteirizos Norte de Portugal-Galicia*, (2003), Eures Transfronteirizo Galiza - Norte de Portugal. Publicación electrónica.

— DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 92 (2011).

— DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de trabajadores”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).

— DESDENTADO BONETE, A., “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, número 64 (2006).

— DURÁN LÓPEZ, F., “Las libertades fundamentales de los trabajadores de la CEE: la libertad de circulación de los trabajadores”, *Jornadas sobre la Comunidad Europea* (Sevilla, 1994).

- *Estudio sobre los Obstáculos a la Movilidad de los Trabajadores Transfronterizos en la Euro-región Galicia Norte de Portugal*, EURES Transfronterizo Galicia-Norte Portugal, (Valença, 1999).
- *Extranjeros residentes en España a 30 de junio de 2012*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Publicación electrónica.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2006).
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La protección por desempleo en la Unión Europea a partir de la entrada en vigor de los Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2009”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 89 (2010).
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Comentarios a las últimas sentencias del Tribunal de Justicia en materia de prestaciones familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).
- FERREIRO REGUEIRO, C., “Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Ruffert (STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05)”, en GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores (estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Aranzadi-Thomson Reuters (Cizur menor [Navarra], 2011).
- FERREIRO REGUEIRO, C., “Reflexión sobre la obligación de informar en los desplazamientos transnacionales”, *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 15, número 2 (2006).
- FERRER GALLARDO, X., “Acrobacias fronterizas en Ceuta y Melilla. Explorando la gestión de los perímetros terrestres de la Unión Europea en el continente africano”, *Documents D'Analisi Geografica*, número 51, Universitat Autònoma de Barcelona, (Barcelona, 2008).
- GÁRATE CASTRO, J., “Dos aspectos de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios”, en ARIETA MARTÍNEZ, M. e SEMPERE NAVARRO, A. (Directores) *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum Ediciones (Murcia, 2009).
- GÁRATE CASTRO, J., “Autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (1)”, *Actualidad laboral*, número 7 (2009).

- GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), CEINOS SUÁREZ, A., MANEIRO VÁZQUEZ, Y. e MIRANDA BOTO, J.M., *Estudo sobre inmigración e mercado laboral*, Consello Galego de Relacións Laborais (2009).
- GÁRATE CASTRO, J., *Transformaciones en las normas sociales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid, 2010).
- GÁRATE CASTRO, J. (Coordinador), *Desplazamientos transnacionales de trabajadores: (Estudios sobre la Directiva 96/71/CE)*, Thomson Aranzadi (Cizur Menor [Navarra], 2011).
- GÁRATE CASTRO, J., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de un prestación transnacional de servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).
- GÁRATE CASTRO, J., “Desplazamientos transnacionales de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 97 (2012).
- GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie Seguridad Social*, número 64 (2006).
- GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDÁ, C., “Extensión de las normas de coordinación de Seguridad Social a los nacionales de terceros Estados. El Reglamento UE 1231/10”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social internacional y comunitario*, número 97 (2012).
- GARCÍA MAÑÁ, L.M., *Couto Mixto. Unha república esquecida*, Edicións Xerais (Vigo, 2005).
- GARCÍA VIÑA, J., “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 64 (2006).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “El subsidio por desempleo para los emigrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años”, *Documentación Laboral*, número 47(1995).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1 (2004).

- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1 (2004).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios”, *Revista del Ministerio de Trabajo y asuntos sociales*, número 63 (2006).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. e MADAMÉ MARTÍN, A., “Mercado interior de servicios y desplazamientos transnacionales de trabajadores en la Unión Europea”, *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2007).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Base reguladora y preferente aplicación de los convenios bilaterales sobre los reglamentos comunitarios”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, volume 4 (abril, 2011).
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. e SÁEZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 4ª Edición revisada, Thomson Civitas, (Cizur Menor [Navarra], 2008).
- IGLESIAS CABERO, M., “La protección social de los trabajadores extranjeros”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001).
- *Intercambios socioeconómicos entre la Ciudad Autónoma de Melilla y Marruecos*, Fundación para el desarrollo socioeconómico Hispano-Marroquí. Publicación electrónica.
- IZQUIERDO CARBONERO, F.J., “La problemática de la prueba de la relación laboral de los trabajadores transfronterizos” *Revista Baylio* número 6, Colegio de Abogados de Ceuta. Publicación electrónica.
- *La economía sumergida en la Ciudad Autónoma de Melilla*, Consejería de Economía, Empleo y Turismo. Publicación electrónica.
- VAN LANCKER, A. (Relatora), “Informe do 6 de maio de 1998 sobre a situación dos traballadores fronteirizos na Unión Europea”, Comisión de Emprego e Asuntos Sociais. Publicación electrónica.
- LÓPEZ CARREIRA, A., *O reino medieval de Galicia, contribución a unha historia política*, 2ª Edición, Edicións A Nosa Terra (Vigo, 2008).
- LÓPEZ LÓPEZ, J., “Los principios del Derecho Social Comunitario en su proyección sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”,

Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social, número IX (2001).

— *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, Dirección Xeral de Estudos da Unión Europea, Serie Asuntos Sociais –W16A–. Publicación electrónica.

— MAHOLD, F. e PIETERS, D., “Asistencia sanitaria por enfermedad y por maternidad. El nuevo Reglamento de coordinación de la Seguridad Social (UE) número 882/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, número 64 (2006).

— MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Jurisdicción competente para conocer de los litigios planteados por trabajadores transfronterizos a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 18, número 2 (2009).

— MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Fuentes y principios de aplicación de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social”, *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011).

— MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2012).

— MANEIRO VÁZQUEZ, Y. e MIRANDA BOTO, J.M., “La seguridad social de los trabajadores desplazados en el Reglamento (CE) nº 883/2004”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010).

— MARCHAL ESCALONA, N., “Trabajadores transfronterizos”, en MOYA ESCUDERO, M. (Coordinador), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Editorial Comares (Granada, 2001).

— MARCHAL ESCALONA, N., “Comentario al artículo 43”, en MONEREO PÉREZ, J.L. e MOLINA NAVARRETE, C. (Directores), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Editorial Comares (Granada, 2001).

— MARTÍN SEGURA, J.A., “La problemática jurídica de los trabajadores transfronterizos”, *Revista de Derecho Social*, número 39 (2007).

— MARTÍN SEGURA, J.A., “La problemática de los trabajadores transfronterizos”, *Comfia*, (2007). Publicación electrónica.

- MARTÍN VALVERDE, A., “Los derechos de los trabajadores en el Derecho Comunitario”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La Protección de los derechos fundamentales en el orden social*, número XXI, Consejo General del Poder Judicial (2003).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Alcance de la derogación por el Derecho Comunitario de los Convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la CEE”, *Actualidad Laboral*, número 3 (1989).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho Español de Seguridad Social*, Paredes (Santiago de Compostela, 1990).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., “Mercado de trabajo y protección social: su consideración desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea y de las principales reformas legislativas operadas en España, en el bienio 2006-2007”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 12 (2008).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., “El Derecho de la Unión Europea y el principio de automaticidad de las prestaciones”, *Actualidad Laboral*, número 3 (2009).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., *Leyes laborales alemanas: estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., *Igualdad de mujeres y hombres en Alemania: estudio comparado de la legislación alemana con la legislación española, y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2009).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., “Tendencias unificadoras de la gestión de la seguridad social. Un análisis de derecho comparado europeo”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. e ARUFE VARELA, A., “La igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral en España y Alemania”, en ARRANZ M.A., FARALDO CABANA, C. e MILLOR ARIAS, M.P. (Coordinadoras), *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho del Trabajo*, 2ª Edición, Netbiblo (A Coruña, 2006).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. e CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 3ª Edición, Netbiblo (A Coruña, 2013).

- MARTÍNEZ YÁÑEZ, NORA M.^a, “La justificación de las discriminaciones indirectas en el derecho comunitario”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, número 182 (2006).
- MEDINA GARCÍA, E., “Trabajadores fronterizos y transfronterizos en España y Portugal a lo largo de la historia”, *Revista de estudios extremeños*, volume 64, número 1 (2008).
- MELLA MÉNDEZ, L., “Libre circulación de trabajadores: principio de igualdad de trato”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, número 112 (2002).
- MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, *Revista xurídica galega*, número 56 (2007).
- MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 77, (2008).
- MELLA MÉNDEZ, L., “La prestación por desempleo en el derecho social comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011).
- MENDOZA NAVAS, N., “Permanencia de los extranjeros en España. Estancia, residencia y otras situaciones especiales”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2008).
- MENDOZA NAVAS, N., “Los permisos de trabajo”, en CABEZA PEREIRO, J. e MENDOZA NAVAS, N. (Coordinadores), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2008).
- *Mercado laboral da Eurorrexión Galicia-Norte de Portugal e a mobilidade de traballadores. Informe de indicadores de mobilidade transfronteiriza*, EURES Transfronteirizo Norte Portugal-Galicia, dirixido e coordinado pola Confederación de empresarios de Galicia (maio 2012).
- MIRANDA BOTO, J.M., “El estadio previo: algunos problemas terminológicos de la Seguridad Social Comunitaria”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coordinadora), *El Reglamento Comunitario 1408/7. Nuevas cuestiones, viejos problemas*, Laborum Ediciones (Murcia, 2008).
- MIRANDA BOTO, J.M., “Los trabajadores fronterizos en el Reglamento (CEE) núm 1408/71”, en ARETA MARTÍNEZ, M. e SEMPERE NAVARRO, A.V. (Directores), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum Ediciones (Murcia, 2009).

- MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi (Cizur Menor[Navarra], 2009).
- MIRANDA BOTO, J.M., “Frontier workers in Regulation 883/2004”, en SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. (Editora), *Migrants and social security: the (EC) Regulations 883/2004 and 987/2009*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010).
- MIRANDA BOTO, J.M., “El Reglamento (UE) n.º 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n.º 1612/68”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 26 (2011).
- MIRANDA BOTO, J.M., “La competencia comunitaria en materia de Seguridad Social”, *Noticias de la Unión Europea*, número 319 (2011).
- MIRANDA BOTO, J.M., “Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 92 (2011).
- MIRANDA BOTO, J.M., “El ordenamiento jurídico social de la Unión Europea” en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).
- MIRANDA BOTO, J.M., “Seguridad social de los trabajadores migrantes (II). Prestaciones”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. e MIRANDA BOTO J.M. (Directores), *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).
- *Mobilidade transfronteiriça Galiza-norte de Portugal análise da viabilidade de uma euro-cidade: Vigo-Porto (Braga)*. Universidade de Vigo, novembro 2008. Publicación electrónica.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (Director) e TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coordinador), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La Ley (Madrid, 2010).
- OLARTE ENCABO, S., “Disposición adicional decimotercera. Cotización por la contingencia de desempleo”, en RAMOS QUINTANA, M.I. (Director) e ROJAS RIVERO, G.P. (Coordinador), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Lex Nova (Valladolid, 2007).
- ORTIZ ARCE, A., “El régimen de los trabajadores fronterizos en el marco de las Comunidades Europeas”, *Revista de Instituciones Europeas*, volume 9, número 1 (xaneiro-abril 1982).

- PALMEIRO PIÑEIRO, J.L. e PAZOS OTÓN, M., “La Eurorregión Galicia-norte de Portugal: una aproximación a la movilidad en el contexto ibérico”, en *Estudios Geográficos*, LXIX, 264 (xaneiro-xuño 2008).
- PALOMINO SAURINA, P., “Peculiaridades en materia de seguridad social de los trabajadores fronterizos”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010).
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 13ª edición, Tecnos (Madrid, 2009).
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J., “Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de como la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).
- RAMOS QUINTANA, M.I. (Director) e ROJAS RIVERO, G.P. (Coordinador), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Lex Nova (Valladolid, 2007).
- RENTERO JOVER, J., “Trabajadores comunitarios: Derechos laborales y sindicales”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX, Consejo General del Poder Judicial (2001).
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La ley aplicable en el Reglamento 883/2004”, en *El futuro europeo de la protección social*, Laborum Ediciones, (Murcia, 2010).
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Trabajadores transfronterizos”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Directora), *El novísimo reglamento de extranjería. Real Decreto 557/2011 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*, Laborum Ediciones (Murcia, 2011).
- ROJAS RIVERO, G.P., “Trabajadores transfronterizos: artículo 84: autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos”, en RAMOS QUINTANA, M.I. (Director) e ROJAS RIVERO, G.P. (Coordinador), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Lex Nova (Valladolid, 2007).
- ROMÁN VACA, E., “Breve reflexión (crítica) a propósito del Reglamento CE 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 64 (2006).

- RON LATAS, R., “La condición de "extranjero" y las pensiones no contributivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 5 (2001).
- RON LATAS, R., “Los aspectos laborales más destacables de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, número 1 (2007).
- SALINAS MOLINA, F., “El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica” *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Internacional Privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, número IX (2001).
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Directora), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum Ediciones (Murcia, 2010).
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Directora), *El novísimo reglamento de extranjería. Real Decreto 557/2011 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*, Laborum Ediciones (Murcia, 2011).
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del capítulo 8 del reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).
- TREJO CHACÓN, M.F., “Prestaciones familiares: zonas grises”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).
- TRILLO GARCÍA, A.R. e GARCÍA PEREA, P., “Prestaciones familiares en Derecho comparado y coordinación de prestaciones familiares no contributivas en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 32 (2012).
- VALLS CAMPÀ, L., “Desaparición y persistencia de la frontera entre España y Portugal: El caso de trabajadores transfronterizos en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal”. En *Ritsumeikan Studies in Language and Culture*, volume 17, número. 4 (2005).
- VILLAVERDE GÓMEZ, V. e DUARDO SÁNCHEZ, A., “Trabajadores fronterizos y transfronterizos: tratamiento fiscal de sus rentas desde una perspectiva comunitaria”, *Quincena fiscal Aranzadi*, número 1 (2011).

— VIÑAS FARRÉ, R., “El régimen de los trabajadores fronterizos en las relaciones de vecindad hispano-andorranas”, *Las relaciones de vecindad, IX Jornadas*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco (Bilbao, 1987).

SITIOS DE INTERNET CITADOS

- <http://ddd.uab.cat/pub/dag/02121573n51p129.pdf>
- <http://es.scribd.com/doc/75014474/Lectura-3c-Estudio-Trabajadores-Transfronterizos>
- <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/observatoriopermanenteinmigracion/Anuarios/Anuario2009.html>
- http://migraciones.ugr.es/congreso2011/libroacta/Mesa4/004_Burgos.pdf
- http://www.bbc.co.uk/mundo/movil/noticias/2012/05/120501_gibraltar_espana_reino_unido_economia_pea.shtml
- <http://www.comfia.info/noticias/35998.html>
- http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2011/Revista_MTIN_92.pdf
- http://www.eures-norteportugal-galicia.org/wp-content/themes/eures/contenidos/cds/cd09/versao_es/textos/docResultados_Oficiais.pdf
- <http://www.eures-norteportugal-galicia.org/wp-content/themes/eures/contenidos/html/ga/eures/cd14/indicadores-mobilidade-transfronteiriza-2012.pdf>
- http://www.fhimades.org/upload/pdf_documentos/65.pdf
- <http://www.gessa-ex.es/documentos/publicaciones/Trabajadores%20transfronterizos.pdf>
- <http://www.gperi.moptc.pt/tempfiles/20081125153609moptc.pdf>
- <http://www.icace.org/pdf/b06articulo02.pdf>
- <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/stat/isco/docs/resol08.pdf>
- <http://www.ine.es>

— <http://www.ine.es/prensa/np658.pdf>

— <http://www.lalineadigital.es/2012/02/segun-confirma-ascteg-%E2%80%9Cen-gibraltar-trabajan-en-la-actualidad-4-300-espanoles-con-contrato-y-asegurados%E2%80%9D/>

— http://www.melilla.es/melillaPortal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2627_1.pdf

— http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/201206/Principales_resultados_30062012.pdf

— <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1998-0168+0+DOC+PDF+V0//ES>

— http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w16/summary_es.htm

— <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>