

Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO*

I. Definición nacional de trabajador transfronterizo no coincidente con el concepto del Reglamento 883/2004. II. Trabajadores transfronterizos incluidos y excluidos del ámbito de aplicación subjetivo de La ley Orgánica 4/2000. III. ¿Cotizan los trabajadores transfronterizos por desempleo? IV. Prestaciones por desempleo y residencia. V. Trabajadores transfronterizos: ¿obligación de cotizar sin derecho a exportar la prestación por desempleo?

I. Definición nacional de trabajador transfronterizo no coincidente con el concepto del Reglamento 883/2004

El artículo 43.1 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 establece que “los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de Seguridad Social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”.

* Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Esta expresa remisión al artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000 no es en modo alguno

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

El Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011²- dedica a este colectivo su Título X. Y, concretamente, el artículo 182 señala que “se halla en situación de trabajo transfronterizo el trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”.

Otra peculiaridad de los trabajadores transfronterizos es que no precisan visado para entrar en territorio español (artículo 73 del Real Decreto 557/2011).

De la definición a nivel de Derecho interno se infiere que el concepto de trabajador transfronterizo pivota, por un lado, sobre un elemento temporal: se exige imperativamente que el trabajador/a que realice actividades por cuenta ajena o por cuenta propia en zonas fronterizas de España abandone diariamente el territorio español. Y, de otro lado, el segundo elemento a resaltar es que han de regresar diariamente al Estado limítrofe con el nuestro en el que tengan tener fijada su residencia.

Se trata, pues, de trabajadores que a pesar de carecer de autorización de residencia³ o estancia en España trabajan, sin embargo, legalmente en nuestro país⁴. Tal posibilidad está expresamente prevista en el artículo 7 del TRLGSS que proclama que están comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva...los extranjeros que residan o se encuentren legalmente

baladí puesto que la equiparación entre españoles y extranjeros que proclama el citado artículo 14 se supedita al requisito de la residencia legal en España de estos últimos, requisito que obviamente no cumplen los trabajadores transfronterizos.

2 En el anterior y derogado Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) la definición estaba contenida en su artículo 84.1. Ninguna novedad resaltable se aprecia entre el Reglamento en vigor y su precedente.

3 “El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular” (artículo 184.5 del Real Decreto 557/2011).

4 “La validez de la autorización de trabajo estará limitada al ámbito territorial de la Comunidad o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia” (artículo 184.1 del Real Decreto 557/2011).

Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo:...

en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional...”.

Respecto al nivel no contributivo, supeditado al requisito de la residencia en España, los trabajadores transfronterizos quedan excluidos de lege data, por cuanto -como ya se ha indicado- este colectivo se caracteriza, precisamente, por residir en un Estado limítrofe con España.

En todo caso, la vigente definición española de trabajador transfronterizo no sólo ya no coincide con la aplicable en el ámbito del Derecho de la Unión Europea sino que es mucho más restringida: el artículo 1.f) del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social define al trabajador fronterizo como aquel “que realiza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y reside en otro Estado miembro al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana”⁵.

II. Trabajadores transfronterizos incluidos y excluidos del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley Orgánica 4/2000

La primera cuestión a destacar es la dificultad de cuantificar el número de trabajadores transfronterizos que trabajan legalmente en España, máxime cuando parece generalizada la práctica de empadronarse en territorio nacional a los solos efectos del cobro de prestaciones de Seguridad Social aunque de hecho se retorne diariamente al país de origen.

En segundo lugar, la normativa española de extranjería no es aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ni de los Estados del Espacio Económico Europeo y Suiza que en el ámbito de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social se registrarán por las disposiciones del Reglamento 883/2004 y su Reglamento de desarrollo.

⁵ La definición de trabajador transfronterizo contenida en la versión primigenia de la Ley Orgánica 4/2000 coincidía con la definición del Reglamento comunitario de coordinación de sistemas de Seguridad Social. Pero tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por obra de la Ley Orgánica 8/2000 originariamente se dota al concepto nacional de trabajador transfronterizo de un contenido más restringido que el que tiene en el Reglamento 883/2004.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

Respecto a los nacionales de Terceros Estados que residan o se encuentren legalmente en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea esté vigente se aplicarán las normas contenidas en el Reglamento 1231/2010, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro y siempre que su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

Dada la primacía y efecto directo que se predica del Derecho de la Unión Europea frente a la legislación nacional, el ámbito de aplicación de la legislación española de extranjería se circunscribe, por tanto, a los trabajadores transfronterizos que residan en un Estado limítrofe con España que no sean a su vez Estados de la Unión Europea: Andorra y Marruecos.

Respecto a Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el uno de enero de 2003 no incluye en su ámbito de aplicación material las prestaciones por desempleo.

Tampoco el Convenio bilateral hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979 incorpora las prestaciones por desempleo en su ámbito de aplicación⁶.

III. ¿Cotizan los trabajadores transfronterizos por desempleo?

Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería -el derogado Real Decreto 2393/2004- su Disposición Adicional 13^a expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo.

Para comprender esta exclusión había que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4.10.1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen

⁶ STSJ de Andalucía de 23.2.1996 (AS. 294)

Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo:...

General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contempla como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

El vigente Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011- sorprendentemente no excluye a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo⁷. Y no se trata de un lapsus, sino que consultado el Servicio Público de Empleo Estatal éste organismo confirma la obligatoriedad de la cotización por desempleo también para este colectivo.

IV. Prestaciones por desempleo y residencia

Tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la prestación económica. En efecto, el artículo 213.1.g) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social prevé como causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo “el traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 212.1⁸”.

Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente, una vez más, la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Por tanto, a pesar del silencio del legislador nacional al respecto, hay que hacer hincapié en que todas las prestaciones españolas de desempleo -contributivas y asistenciales- son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004.

Es por ello que los beneficiarios de prestaciones y subsidios por

7 Las únicas exclusiones de la cotización por desempleo están ahora contenidas en la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto 557/2011: contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes.

8 Las mismas reglas se aplican a la prestación asistencial por desempleo puesto que así lo establece el artículo 219.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que señala que “serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213”.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

desempleo podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladan a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004) siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

V. Trabajadores transfronterizos: ¿obligación de cotizar sin derecho a exportar la prestación por desempleo?

Dadas las férreas limitaciones a la que la legislación española somete actualmente la exportación de prestaciones de Seguridad Social, hay que concluir que cuando los trabajadores transfronterizos no estén incluidos dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 -que prevé la exportación de prestaciones por desempleo-, los mismos no podrán cobrar prestación por desempleo por el hecho de residir en un Estado limítrofe con España, situación ya denunciada en 2012 por UGT⁹.

Sorprende por tanto que el hecho de que España obligue a cotizar por una prestación que no va a poder ser lucrada no haya generado una fuerte contestación social por parte del colectivo afectado.

La ausencia de litigiosidad podría tener su causa en el hecho de que probablemente la regulación jurídica del trabajador transfronterizo contenida en la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento de desarrollo no se corresponde con la realidad.

Dicho con otras palabras, los trabajadores que residen en territorios limítrofes con España pero prestan servicios en nuestro país optan por fijar administrativamente su residencia en España aunque de hecho residen en su país de origen.

En todo caso, de lege ferenda debiera volver a introducirse en el Reglamento de Extranjería vigente la misma cláusula que contenía el derogado, por la que quedaban excluidos de la obligación de cotizar los trabajadores transfronterizos, ya que la regulación actual choca frontalmente con la reforma del requisito de la residencia que se ha efectuado respecto a las prestaciones por desempleo en España.

⁹ <http://www.ugt.es/actualidad/2012/noviembre/d16112012.html>