

DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y TRABAJADORES EXTRANJEROS

NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ

*Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Alicante*

Extracto:

SON muchas, y de naturaleza muy diversa, las normas susceptibles de aplicación en orden a determinar el derecho a prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros, siendo necesario recurrir en este ámbito tanto a normas de Derecho interno (ya sean de Seguridad Social, ya de Extranjería) como a normas pertenecientes a la esfera del Derecho internacional (en esencia, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y Tratados internacionales). Este «exceso» normativo, unido a la extrema vaguedad que caracteriza a muchas de estas normas, ha propiciado la aparición de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales muy dispares, fundamentalmente, por lo que se refiere a los trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país.

El presente trabajo trata de dar un poco más de luz sobre esta cuestión, llevando a cabo una labor hermenéutica respecto de todas las normas que resultan de aplicación en estos casos así como de los pronunciamientos jurisprudenciales que se han ido vertiendo sobre el particular. El análisis realizado permite llegar a la conclusión de que no existe una solución general, válida para todos los supuestos, debiendo adoptar soluciones distintas en función de las circunstancias concurrentes en cada caso particular (trabajador extranjero con permiso de residencia y trabajo, con permiso de residencia pero sin autorización administrativa para trabajar, o sin ninguno de ellos), y del origen (profesional o común) de la contingencia frente a la cual se pretende la protección.

Palabras clave: Seguridad Social, extranjeros, residencia legal y permiso de trabajo.

Sumario

- I. Introducción.

- II. La protección de los trabajadores extranjeros en el brazo contributivo de la Seguridad Social.
 - 1. Especial análisis de la residencia (o estancia) legal como requisito de acceso a la protección.
 - 2. Consecuencias derivadas de la ausencia de autorización administrativa para trabajar.
 - 3. Excepciones a la situación de residencia legal como requisito de acceso a la protección del Sistema de Seguridad Social.

- III. La protección de los trabajadores extranjeros en el brazo no contributivo de Seguridad Social.

- IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Es harto conocido la enorme disparidad de criterios que aún sigue suscitando el tema del derecho a prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros, en particular, respecto de aquellos que se encuentran en situación irregular en nuestro país. Ciertamente, las opiniones doctrinales y judiciales sobre este asunto se han venido posicionando en vértices diametralmente opuestos. Y así, se puede encontrar entre la doctrina desde quienes defienden a ultranza el derecho a protección de los trabajadores extranjeros en situación irregular (con la misma, o muy parecida, intensidad que la reconocida a los nacionales españoles) hasta quienes niegan tal protección. Y otro tanto cabe afirmar en el ámbito de la doctrina judicial donde se han vertido argumentos en muy diverso sentido, si bien es cierto que los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, dictados en unificación de doctrina, permiten augurar el principio de una línea interpretativa uniforme en la materia ¹.

Y es que, en verdad, esta disparidad de criterios no resulta en absoluto extraña a la vista del número, el origen y los fines tan distintos de las normas que inciden en esta materia. De una parte, normas de Derecho interno, bien se trate de normas específicas de Seguridad Social [principalmente, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (NSL001258), en adelante, LGSS], bien de normas propias del derecho de extranjería [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (NFL003283), modificada, primero, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y más tarde por Ley Orgánica 14/2003, de 29 de noviembre –en adelante, LOEX–]. Y de otra parte, normas de Derecho Internacional, ya sean normas emanadas de Organismos Internacionales (en esencia, Convenios de la Organización Internacional del Trabajo –en adelante, OIT–), ya Tratados Internacionales suscritos entre distintos Estados.

Ciertamente, la confluencia de tan abundante y disperso número de normas jurídicas dificultan enormemente la tarea del intérprete a la hora de configurar el régimen jurídico vigente en torno

¹ Me estoy refiriendo a ciertas sentencias del Tribunal Supremo que, al hilo del debate sobre si un trabajador extranjero que carece de autorización para residir y de autorización previa para trabajar tiene o no derecho a percibir las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social correspondientes al período trabajado para una empresa española, reflexiona también con carácter general sobre el derecho a prestaciones de Seguridad Social de los extranjeros en las diferentes situaciones en que el mismo puede encontrarse (con permiso de residencia, pero sin autorización administrativa previa para trabajar, o careciendo de ambas). En este sentido, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala cuarta, de 18 de marzo de 2008 (NSJ025768), y de 12 de noviembre de 2008 (NSJ027601).

a esta materia sobre todo si, como sucede, tales normas no resultan ser todo lo precisas que el asunto requiere ².

Pues bien, el presente análisis no pretende ser más que una modesta aportación al debate doctrinal (y jurisprudencial) abierto en torno a esta cuestión, tratando de dar alguna luz sobre este punto, partiendo de la normativa vigente pero sin ignorar tampoco la interpretación que de la misma ha venido haciéndose en sede jurisprudencial, fundamentalmente a través de las últimas sentencias vertidas por el Tribunal Supremo sobre la materia.

Y se anticipa ya que, sin perjuicio de analizar otras cuestiones paralelas, el objeto de estudio que comprende estas páginas se va a centrar en aquel que mayores problemas interpretativos plantea, a saber, si los trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país tienen derecho a protección en el Sistema español de Seguridad Social, y caso de que así sea, si dicha protección es total o solamente se extiende a determinadas prestaciones y/o servicios. Asimismo, y dadas las diferencias en cuanto a su naturaleza y régimen jurídico, será preciso diferenciar entre el nivel contributivo de protección y el no contributivo.

Por lo demás, y como ya habrá supuesto el lector, la alusión a trabajador extranjero viene referida a quien careciendo de nacionalidad española es nacional de un Estado que no forma parte de la Unión Europea (en adelante, UE), esto es, a un extranjero extracomunitario, puesto que en relación con los extranjeros comunitarios estos disfrutan de idéntica protección que los trabajadores españoles habida cuenta del principio de igualdad de trato que rige en esta materia ³.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL BRAZO CONTRIBUTIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Especial análisis de la residencia (o estancia) legal como requisito de acceso a la protección.

Al efecto de determinar los derechos de Seguridad Social que asisten a los trabajadores extranjeros que desarrollan su actividad en nuestro país, es preciso analizar las diversas normas jurídicas que

² En cualquier caso, y por lo que respecta a las sucesivas normas de Extranjería, no parece discutible que la tendencia haya sido la de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros, al menos de aquellos que no disponían del correspondiente permiso de trabajo.

³ Como es sabido, el artículo 3 del Reglamento (CEE) número 1408/1971, de 14 de junio (NSL000740) atinente a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad prevé que «Las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de este, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento». Y poniendo este precepto en relación con el artículo 4.2 de dicho Reglamento donde se señala que el mismo «se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos (...),» cabe inferir que el principio de igualdad de trato para los ciudadanos comunitarios resulta aplicable tanto en el nivel contributivo como en la rama no contributiva de Seguridad Social.

incluyen alguna previsión al respecto, en esencia, la LGSS y la LOEX, y las distintas normas internacionales que, tras la oportuna ratificación, han pasado a formar parte también de nuestro Derecho interno.

Empezando por el análisis de la LGSS, el artículo 7.1 de esta norma delimita el ámbito subjetivo al que se extiende la protección del nivel contributivo del Sistema español de Seguridad Social, restringiendo este a «los españoles residentes en España y a **los extranjeros que residen o se encuentran legalmente en España** siempre que en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes (...)»⁴. Por consiguiente, según se infiere de este precepto, son dos los elementos determinantes de la inclusión en el Sistema español de Seguridad Social (dentro del nivel contributivo): la residencia (o estancia) legal en territorio español, y el desarrollo de una actividad (de las enumeradas en la Norma) también dentro del límite de nuestras fronteras. De conformidad con la delimitación del objeto de estudio que se ha hecho en este trabajo, nos vamos a centrar únicamente en el primero de los requisitos enunciados, sin entrar ahora en el análisis de la segunda condición que contempla la LGSS.

Así pues, y por lo que atañe al primer requisito, no parece que haya ninguna duda de que el ordenamiento español de Seguridad Social no excluye de su campo de aplicación a los trabajadores de nacionalidad distinta a la española, siempre y cuando residan o se encuentren legalmente en nuestro país.

No obstante, hay que tener en cuenta que la LGSS hace referencia a dos situaciones distintas: la residencia, y la estancia legal, con lo cual parece que el disfrute a las prestaciones y servicios de Seguridad Social no se limita única y exclusivamente a quienes están en posesión de un permiso de residencia, sino que se extiende también a quienes se encuentran en otro tipo de circunstancias. Pero habida cuenta que la LGSS no desarrolla esta cuestión habrá que recurrir a la normativa de extranjería a fin de conocer con exactitud cuáles son esas otras situaciones, distintas de la residencia, a las que se está refiriendo la norma y que permiten acceder, llegado el caso y si se cumplen el resto de requisitos exigidos por la normativa vigente, a las prestaciones y servicios de Seguridad Social.

En este orden de consideraciones, son tres las posibles situaciones administrativas que prevé la LOEX, la de estancia, la de residencia temporal y la de residencia permanente, y por tanto cualquiera de ellas tendrá que ser considerada situación válida en orden a acceder a la protección del Sistema⁵. Concretando un poco más esta cuestión, conviene tener presente que dentro de las situa-

⁴ El tenor literal del artículo 7.1 de la LGSS es como sigue «Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes».

⁵ La regulación de esta materia se encuentra en los artículos 30 y siguientes de la LOEX. Así, a tenor del artículo 30 de esta Ley «Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia». Por su parte, el artículo 31 señala que «la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión».

ciones de residencia y estancia legal pueden albergarse hipótesis muy diversas: estancia pura (por período no superior a noventa días); estancia por razones de estudio (de duración igual a la del curso para el que esté matriculado el estudiante ⁶); residencia temporal con autorización para trabajar (por un período superior a noventa días e inferior a cinco años); o también por razones de arraigo; protección internacional; razones humanitarias; o de interés público o seguridad nacional. Por su parte, la situación de residencia permanente autoriza a residir indefinidamente en España y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

Por consiguiente, y retomando el tema que aquí interesa, únicamente podrán ser beneficiarios de las prestaciones del nivel contributivo aquellos extranjeros que residan o acrediten una estancia legal en España en los términos indicados ⁷, lo cual significa, *sensu contrario*, que no disfrutarán de dicha protección aquellos extranjeros que se encuentren irregularmente en nuestro país (los popularmente conocidos como «sin papeles»), aun cuando estén ocupando un puesto de trabajo, como se verá más adelante.

Dejando a un lado la normativa de Seguridad Social, también el análisis del resto de normas que resultan aplicables al caso aquí planteado permite llegar a la misma conclusión ⁸.

Es lo que sucede, en primer lugar, con la LOEX que configura el requisito de la residencia como puerta de acceso al Sistema público de Seguridad Social. En este sentido, son dos los preceptos de esta norma que interesa traer a colación: de un lado, el artículo 10.1 que dispone con carácter general el derecho al trabajo y el acceso al Sistema público de Seguridad Social a los extranjeros cuando reúnan los requisitos previstos en aquella ley y en las disposiciones que la desarrollan (se remite, por tanto, a lo previsto en la propia LOEX); y de otro lado, el artículo 14.1 que, dedicado de manera específica al derecho a Seguridad Social y, a los servicios sociales, circunscribe el primero de ellos a los **extranjeros residentes** de modo que, cumpliéndose este requisito, el acceso a la protección tendrá lugar en las mismas condiciones que los españoles ⁹, en tanto que su ausencia determinará la imposibilidad del nacimiento del derecho.

Y, en último lugar, el artículo 32 previene, en relación con la residencia permanente, que «es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles».

Además, esta materia es desarrollada ampliamente por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (NSL005487).

⁶ Aun cuando con carácter general los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena se permite excepcionalmente que desarrollen una actividad de este tipo «en la medida que ello no limite la prosecución de los estudios» (art. 33.4 de la LOEX).

⁷ Sobre un supuesto en el que se reconoce el derecho a protección del Sistema español de Seguridad Social a un extranjero que trabaja en España sin ser residente en nuestro país, pero con estancia legal, puede consultarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 27 de junio de 2003, Sala de lo Social, sección primera.

⁸ Si bien, como se verá a continuación, algunas normas aluden al requisito de la residencia sin más, y otras a la estancia legal, también con carácter exclusivo, habrá que entender que tanto una como otra situación permiten el acceso a la protección en el campo de la Seguridad Social pues, a diferencia de estas normas, hay que tener presente que la LGSS sí hace referencia a ambas situaciones.

⁹ En efecto, no de otro modo cabe interpretar este precepto, más aún si se ponen en conexión los dos primeros párrafos del artículo 14 con el tercero, pues en tanto que en aquellos se circunscribe el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (párrafo primero) y el derecho a los servicios y prestaciones sociales generales y básicos y específicos

Y otro tanto cabe apuntar, en fin, en relación con la normativa internacional aplicable al efecto, a saber, el Convenio n.º 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (ratificado por España en 1967), pues también esta norma garantiza el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social a los inmigrantes **que se encuentren legalmente en nuestro país**¹⁰.

Por lo demás, dado que ni la LGSS ni la LOEX excluyen ninguna prestación del Sistema público de Seguridad Social cuando se trata de la protección a trabajadores extranjeros habrá que entender, en consonancia con el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social previsto en el Convenio n.º 97 de la OIT, que los trabajadores extranjeros en situación de residencia o estancia legal disfrutaban de una protección plena, esto es, en igualdad de condiciones respecto a los trabajadores españoles.

2. Consecuencias derivadas de la ausencia de autorización administrativa para trabajar.

El análisis de todas estas normas permite llegar a la conclusión de que el único requisito (además de la necesidad de desarrollar una actividad en territorio nacional) que determina el nacimiento del derecho a protección de los trabajadores extranjeros en el ámbito de la Seguridad Social es la residencia o estancia legal en nuestro país, y ningún otro. Ni siquiera la falta de autorización administrativa para trabajar, por sí sola, implica la pérdida de dicho derecho pues si bien es cierto que dicha autorización es necesaria para el ejercicio de cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en nuestro país, y que la obtención de la misma habilita al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, la carencia de dicha autorización ni «invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle»¹¹. Expresado en estos términos resulta difícil adivinar a qué otras presta-

(párrafo segundo) a los extranjeros **residentes**, el último párrafo, en cambio, garantiza el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas a todos los extranjeros sin excepción, con o sin residencia o estancia legal en nuestro país, o como indica la norma, «cualquiera que sea su situación administrativa».

¹⁰ En efecto, el artículo 6.1 de este Convenio prevé que «Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con (...) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social (...))».

¹¹ En estos términos se expresa el artículo 36.3 de la LOEX. Ahora bien, este precepto ha sido interpretado de forma muy distinta por parte de la doctrina científica. Así, en opinión de MONTROYA MELGAR los trabajadores extranjeros que carecen de permiso de trabajo no pueden tener acceso a las prestaciones derivadas de contingencia común. MONTROYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, Madrid, Ed. Civitas, 2007, págs. 125 y siguientes. Por su parte, el Prof. BORRAJO DACRUZ hace una lectura del artículo 36.3 de la LOEX interpretando que la omisión del deber legal del empresario de solicitar la autorización administrativa previa para trabajar conlleva una responsabilidad por parte de la empresa infractora que «está obligada, por su omisión, a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la irregularidad de la situación; entre ellos, la pérdida de las prestaciones que habían estado a cargo de la Entidad gestora y/o colaboradora; pero que estas –las Entidades– no pagarán por la carencia de la situación administrativa regular de base». En definitiva, para este autor el extranjero que trabaja sin permiso de trabajo tendrá derecho a ser indemnizado por la empresa por los daños y perjuicios derivados de su situación irregular, sin que se produzca traslado alguno de responsabilidad, en cuanto a la protección, hacia las Entidades Gestoras ni hacia el propio empresario infractor. BORRADO DACRUZ, E., «Accidentes de trabajo y extranjería (1)», en *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2009, pág. 39.

ciones distintas a las propias del Sistema de Seguridad Social se pueda estar refiriendo el legislador en este precepto, más aún si se tiene en cuenta que las únicas prestaciones vinculadas al contrato de trabajo son las correspondientes a la Seguridad Social ¹².

Por consiguiente, el tenor literal del artículo 36.3 de la LOEX permite afirmar que mientras que la falta de permiso de residencia impide a un trabajador extranjero el acceso a la protección de Seguridad Social, la ausencia de permiso de trabajo no supone obstáculo alguno a estos efectos (salvo, obvio es decirlo, que esta última ausencia vaya acompañada también de la primera) ¹³.

Ahora bien, el efecto que se acaba de indicar se entenderá, tal como señala el artículo 36.3 de la LOEX, «sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social». De cuáles sean estas responsabilidades, y aun a pesar de la falta de precisión de que adolece el precepto, nos da una ligera aproximación esta norma al discernir entre una serie de responsabilidades, con carácter general, y otras específicas en materia de Seguridad Social. Así pues, se infiere que son dos al menos los tipos de responsabilidad que pueden derivar en estos casos: las primeras concernientes a la Seguridad Social, y un segundo tipo, de distinta naturaleza (y que, a falta de mayor concreción de la norma, habrá que tratar de dilucidar).

Empezando por las primeras, y reconocido el derecho a protección del trabajador, el precepto parece estar refiriéndose a la cuestión de la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones de Seguridad Social, es decir, a quién incumbe abonar las distintas prestaciones que genere el trabajador extranjero durante el período de tiempo en el que está trabajando sin haber solicitado u obtenido el empleador la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Y a juzgar por el tenor y la finalidad de la norma, el sujeto obligado a asumir dicha responsabilidad no puede ser más que el empresario, por cuanto tratándose de quien viene obligado a solicitar la pertinente autorización administrativa para trabajar, del incumplimiento de esta obligación legal únicamente debe responder él mismo, pues al igual que sucedería si se tratara de un trabajador nacional en los supuestos de falta de afiliación y/o alta por quien viene obligado a ello, la falta de solicitud inicial o de renovación posterior del permiso

¹² Lo cual no significa, dicho sea de paso, que el término «prestaciones» del artículo 36.3 de la LOEX haya que entenderlo referido única y exclusivamente a las prestaciones de la rama contributiva o profesional de la Seguridad Social. Pero de esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

¹³ Ello independientemente de que el extranjero «sin papeles» tenga derecho a asistencia sanitaria y servicios sociales, tal como se verá en su momento.

Reconociendo estos mismos efectos, resulta muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 18 de marzo de 2008 (NSJ025768), donde se afirma lo siguiente: «la interpretación del artículo 36.3 (se está refiriendo a la LOEX) en su inciso final *ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle* debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero. Si este cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, ya no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho ex artículo 14.1 de la propia Ley de Extranjería, en pie de igualdad con los trabajadores españoles. Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones que pudieran corresponderle". Pero tales prestaciones, de acuerdo con el artículo 14.3 de la LOEX ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros "residentes", sino los servicios y prestaciones sociales básicas».

Entre la doctrina, cabe citar a LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J., «Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares», en *Aranzadi Social*, número 7/2004, pág. 8.

de trabajo debe llevar consigo el traslado de responsabilidad en el abono de las prestaciones de Seguridad Social a quien ha provocado dicha situación, a la sazón, el empresario. ¿O es que acaso cabe pensar que en un supuesto como este en el que la falta de aseguramiento del trabajador resulta imputable al empresario, es el Sistema de Seguridad Social el que debe hacerse cargo de las prestaciones que pueden generarse en favor de aquel? Aunque, hoy por hoy, no exista un precepto que con absoluta claridad atribuya la responsabilidad directa del empresario en todos estos casos, esta parece la solución más coherente a la vista de otras previsiones en la normativa de Seguridad Social que atribuyen dicho efecto en supuestos de falta de afiliación, alta y cotización, efectos que, por cierto, también se producirán, aun de forma derivada, en todos estos supuestos de ausencia de solicitud (o denegación) de permiso de trabajo. En definitiva si, tal como prevé el artículo 36.3 de la LOEX, la ausencia de permiso de trabajo no supone impedimento alguno para acceder a las prestaciones y servicios de Seguridad Social (a todos ellos sin excepción), y siendo únicamente dos los posibles responsables de dichas prestaciones y servicios, a saber, las Entidades Gestoras propias del Sistema de Seguridad Social o el empresario para quien trabaja el extranjero, lo lógico será pensar que debe ser este último, como sujeto infractor de sus obligaciones legales, quien se haga cargo de ello. Más aún cuando la normativa de Seguridad Social prevé estos mismos efectos para casos similares (falta de afiliación, alta o cotización) que, como se ha dicho, también tendrán lugar generalmente como efecto intrínseco a la carencia de permiso de trabajo ¹⁴.

De esta regla general, únicamente cabría exceptuar aquellos casos en que la ausencia total o la falta de validez del permiso de trabajo no resulte imputable al empleador como puede suceder, por ejemplo, en algún caso de falsedad de permiso de trabajo o de suplantación de la personalidad por parte del extranjero haciéndose pasar por otro ¹⁵.

Y todo ello, en fin, sin perjuicio del posible juego en estos casos tanto del principio de automaticidad de prestaciones (que supone el anticipo en el abono de las prestaciones por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora y el derecho a repetir contra el empresario), como de la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora (para casos de insolvencia empresarial), instrumentos ambos previstos, como es sabido, con el fin de garantizar el efectivo disfrute de las prestaciones por parte de quienes son sus beneficiarios.

¹⁴ A este respecto, cabe recordar que el artículo 42.1 del Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, establece que a efectos de la inclusión en el Sistema de Seguridad Social «**las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros**, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, **deberán acompañarse** de la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de aplicación la normativa comunitaria, **de la correspondiente autorización para trabajar** o del documento que acredite la excepción de la obligación de obtenerla, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles». De lo que se infiere, pues, que sin la aportación de la autorización para trabajar no será posible afiliarse y dar de alta en la Seguridad Social al trabajador extranjero.

Por otra parte, como es sabido, en materia de responsabilidad empresarial derivada de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización, tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen defendiendo la plena vigencia de los preceptos de la Ley de Seguridad Social de 1966 que regulan esta materia, aún con carácter reglamentario; y de conformidad con los criterios interpretativos sentados por la jurisprudencia con el fin de adecuarlos a los principios y garantías reconocidos en la Constitución.

¹⁵ Como ejemplo de esta hipótesis cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 27 de octubre de 2008, Sala de lo Social, sección tercera, en la que se dilucida sobre el derecho a prestaciones por muerte y supervivencia siendo el sujeto causante un trabajador extranjero que utilizó documentación falsa y suplantó la personalidad de otro compatriota para formalizar su contrato de trabajo y, a tal fin, entregó a la empresa contratante documentación falsa sobre su situación en España (permisos de residencia y de trabajo).

Por consiguiente, de lo hasta aquí expuesto cabe concluir que cuando el trabajador extranjero se encuentra legalmente en nuestro país y, además, está en posesión del permiso de trabajo, tiene derecho a recibir la protección del Sistema público de Seguridad Social en igualdad de condiciones que cualquier trabajador español, siendo a cargo de la Seguridad Social el coste de las prestaciones y servicios a las que el extranjero pueda tener derecho por razón de su trabajo. En cambio, cuando el trabajador extranjero se encuentra en situación, asimismo regular, pero careciendo de la correspondiente autorización para trabajar ¹⁶, aquel seguirá conservando el derecho a protección pero siendo esta a cargo del empresario.

Por último, y atinente a ese segundo grupo de responsabilidades empresariales, distintas a las de Seguridad Social, a las que puede dar lugar la situación planteada entiendo que, al menos, deberían aplicarse estas tres: en primer lugar, la obligación de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) el equivalente a las cuotas correspondientes al período de prestación de servicios de dicho trabajador, pero, en este caso, no con vistas a lucrar futuras prestaciones sino como sanción a su conducta [art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (NFL008360) ¹⁷]; en segundo lugar, el deber de abonar el recargo de prestaciones económicas en aquellos casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional producidos como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (de conformidad con lo previsto en el art. 123 de la LGSS); y, finalmente, una responsabilidad administrativa que se traduce en la obligación de abonar la pertinente multa económica ¹⁸.

3. Excepciones a la situación de residencia legal como requisito de acceso a la protección del Sistema de Seguridad Social.

De lo hasta aquí expuesto se desprende, pues, que únicamente el extranjero en situación de residencia (o estancia) legal ¹⁹ tiene derecho a protección del sistema público de Seguridad Social,

¹⁶ En cualquier caso, las hipótesis de residencia o estancia legal careciendo de permiso de trabajo serán poco frecuentes en la práctica, dado que lo más habitual suele ser que la residencia regular sea solicitada con el propósito de trabajar.

¹⁷ En efecto, la Ley 62/2003 introdujo como incremento a la multa que corresponde abonar a los empresarios que ocupan a trabajadores extranjeros sin la preceptiva autorización de trabajo «la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios». Añadiendo el párrafo tercero de este artículo, por si hubiere alguna duda sobre la naturaleza sancionadora atribuida a esta partida, lo siguiente: «el importe correspondiente al incremento de esta sanción se hará efectivo en la Tesorería General de la Seguridad Social». Pronunciándose sobre la naturaleza sancionadora de estas cuotas, puede citarse a MERCADER UGUINA, J.R., «Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004», en *Relaciones Laborales*, n.º 6, 2004, pág. 126; y a LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J., «Los Derechos de los trabajadores...», *op. cit.*, pág. 8.

¹⁸ Y es que de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social [(NSL003407), en adelante LISOS], se considera como infracción muy grave la conducta de «Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado». Y todo lo dicho en el texto, en fin, con independencia de que en algún caso particular tengan que depurarse, asimismo, responsabilidades penales.

¹⁹ Entendiendo este término en sentido amplio puesto que, como se ha explicado ya, también las distintas situaciones de estancia legal permiten el acceso a la protección del Sistema.

ya sea con cargo a esta última (cuando el trabajador extranjero se encuentra en posesión del permiso de trabajo), ya con cargo a la empresa donde está prestando servicios (cuando el extranjero no disponga de autorización administrativa para trabajar).

No obstante ser esta la regla general, es preciso poner de manifiesto que en algún caso excepcional también los trabajadores extranjeros en situación irregular pueden disfrutar de los derechos de Seguridad Social, si bien en la mayoría de estos casos con carácter limitado a las contingencias de origen profesional.

Ello ocurre, particularmente, en aquellos supuestos en que resulta de aplicación el Convenio n.º 19 de la OIT sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo. Y es que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de esta Norma Internacional: «Todo Miembro de la Organización Internacional del trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquel, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo». Añadiendo en su párrafo segundo que «Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes **sin ninguna condición de residencia**». Así pues, lo que viene a establecer este Convenio es un principio de igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo para todos los extranjeros que prestan servicios en nuestro país cuando sean nacionales de algún Estado miembro de la OIT que haya ratificado también dicho Convenio, y ello con independencia de cual sea su situación de residencia, o lo que es igual, tanto si se trata de extranjeros regulares como si se encuentran en nuestro país de forma irregular. Pero obsérvese que el Convenio n.º 19 de la OIT no resulta de aplicación en todos los casos, quedando condicionada la puesta en práctica del mismo al cumplimiento de dos requisitos: en primer lugar, que el extranjero se encuentre en un país miembro de la OIT que haya ratificado dicho Convenio (cual es el caso de España); y, en segundo término, que el extranjero sea nacional de algún Estado miembro de dicho Organismo Internacional que, asimismo, haya ratificado aquel. Por consiguiente, este segundo requisito va a limitar en cierto modo el derecho a la protección derivada de accidentes de trabajo, dado que únicamente tendrán acceso a la misma aquellos extranjeros pertenecientes a algún Estado que, como España, haya ratificado el Convenio n.º 19 de la OIT ²⁰.

Cumplidos sendos requisitos, el extranjero que se encuentre en nuestro país tendrá derecho a disfrutar de las prestaciones y servicios correspondientes que deriven de accidente de trabajo independientemente de cuál sea su situación administrativa. Y es que partiendo de la base de que «el contrato del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo (...) no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo

²⁰ En cualquier caso, hay que minimizar el efecto limitativo proveniente de la falta de ratificación del Convenio n.º 19 de la OIT por parte de los distintos Estados, dado que actualmente dicho Convenio ha sido ratificado por un total de 121 países de entre los cuales se encuentran aquellos a los que pertenecen los extranjeros que mayoritariamente suelen venir a España en busca de un empleo, aun con alguna ausencia significativa (como es el caso de Ecuador o Rumanía). Para consultar los países que han ratificado el Convenio n.º 19 de la OIT, puede consultarse la página web <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframes.htm>

de 1900»²¹. Solución que, pese al silencio del Convenio de la OIT, hay que entender aplicable también a la enfermedad profesional dada la similitud que guarda esta contingencia con el accidente de trabajo, en cuanto al origen (profesional), naturaleza, y tratamiento privilegiado que recibe en nuestro ordenamiento jurídico²².

Aparte lo anterior, no es posible ignorar tampoco que la extensión del derecho a protección a trabajadores extranjeros en situación irregular puede venir de la mano de la suscripción de un Convenio internacional entre el Estado español y terceros países²³, pues aunque lo más habitual será que el contenido de los Convenios vaya referido a trabajadores en situación regular, no hay que descartar tampoco la posibilidad de que se amplíe la protección a estos otros supuestos aun cuando sea debido a razones excepcionales (razones humanitarias, de arraigo...).. En todos estos casos será el propio Convenio (bilateral o multilateral) el que delimite el contenido de la protección, pudiendo restringir este a determinadas contingencias (normalmente, las de origen profesional), o, por el contrario, abarcar a todas ellas sin excepción.

Tanto en uno como en otro supuesto, las prestaciones que deriven en favor del trabajador (ya sea por contingencias profesionales, cuando tenga que aplicarse el Convenio n.º 19 de la OIT, o aquellas que prevea, en su caso, el Convenio bilateral o multilateral suscrito) entiendo que deben correr a cargo del empresario, pues qué duda cabe que al ocupar a esta suerte de trabajadores sin permiso de residencia ni de trabajo, el empleador ha pretendido defraudar al Sistema público de Seguridad Social ocultando dichas contrataciones. En este orden de ideas, el Convenio n.º 19 de la OIT compromete al Estado español en el sentido de garantizar un principio de igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo a los trabajadores extranjeros respecto a los nacionales, pero sin pronunciarse sobre quién debe asumir dicho coste económico. Cuestión que, a mi juicio, debe quedar resuelta por aplicación del régimen jurídico común previsto en la LGSS para aquellos supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta, cotización y, en lo que aquí interesa, de la solicitud (o renovación) del permiso de trabajo.

Pero el traslado de responsabilidad prestacional hacia el empresario no impide tampoco que tengan lugar el resto de efectos y responsabilidades previstos con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico para estas situaciones, en esencia, la aplicación del principio de automaticidad en el abono de las prestaciones y la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora en ciertos casos; la obligatoriedad de ingresar en la TGSS la cuantía equivalente al importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta que le hubiera correspondido ingresar por el período de prestación de servicios (art. 48.1 de la Ley 62/2003); la imposición de la correspondiente sanción económica; y la aplicación del recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional previsto en el artículo 123 de la LGSS.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de junio de 2003, número de procedimiento: 4217/2002 (NSJ013386).

²² En estos términos ha sido desarrollado en el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, que incluye dentro del supuesto atinente al Convenio n.º 19 de la OIT, tanto los supuestos de accidentes de trabajo como de enfermedades profesionales.

²³ Actualmente, son 20 los países que han conveniado con España en materia de Seguridad Social. Estos Convenios pueden consultarse en la página web <http://www.inem.es/inem/ciudadano/prestaciones/retorno>

Y es que no hay ninguna razón legal que justifique la exoneración de la responsabilidad empresarial prevista con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico cuando se emplea a un trabajador extranjero en situación irregular. Más bien debe suceder todo lo contrario: que ante infracciones muy graves por parte del empresario debe recaer sobre este todo el peso de la ley.

De lo hasta aquí expuesto se infiere que son varias las situaciones que se pueden dar en relación con un extranjero irregular. En primer lugar, puede tratarse de un extranjero irregular al que le resulte aplicable el Convenio n.º 19 de la OIT, en cuyo caso tendrá derecho a protección por contingencias profesionales pero no por contingencias comunes; en segundo lugar, cabe también que se trate de un extranjero irregular al que no resulta de aplicación dicho Convenio ni ningún otro, con lo cual carecerá de protección tanto si esta deriva de contingencias profesionales como de contingencias comunes; y en tercer lugar, caso de tratarse de un extranjero al que le resulte de aplicación un Convenio internacional (suscrito entre su país y el nuestro, o incluso interviniendo también terceros Estados), habrá que estar al contenido de dicho Convenio en orden a determinar el alcance de la protección a la que, en su caso, pudiera tener derecho.

Dejando al margen este último supuesto, y siendo indiscutible que en ninguno de los dos primeros casos de situación irregular tiene lugar el nacimiento del derecho a protección en el Sistema público de Seguridad Social (en el primer caso en cuanto a contingencias comunes, y en el segundo tanto si se trata de contingencias comunes como profesionales) y que, por ende, tampoco cabe trasladar dicha suerte de responsabilidad hacia el empresario, queda todavía abierta la duda de si es posible en estos supuestos reclamar al empresario alguna indemnización por daños y perjuicios en caso de aparición de determinadas contingencias.

A este respecto no cabe ignorar que el artículo 1.101 del Código Civil sujeta a indemnización por daños y perjuicios a quienes «en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas», por lo que siendo todas estas conductas de ocupación ilegal de extranjeros actuaciones imputables al empresario es a él a quien incumbe responder de los daños y perjuicios que con su conducta haya podido ocasionar al trabajador extranjero, matizadamente, de aquellos derivados de la actualización de determinadas contingencias puesto que de haber actuado dentro de la legalidad el trabajador no se hubiera visto privado de los derechos de Seguridad Social. Ello, salvo supuestos puntuales en que el dolo, la culpa o la negligencia puedan residenciarse en el trabajador (suplantación de la personalidad, falsificación de documentos...), en cuyo caso ninguna reclamación cabrá hacer al empresario.

En esta línea interpretativa parece manifestarse, asimismo, la jurisprudencia²⁴, considerando exigible una responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, «siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabi-

²⁴ Mantenido esta posición cabe citar, entre la doctrina, a RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», en *Actualidad Laboral*, n.º 5, 2009, pág. 513.

lidad que en tales casos tendría carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras»²⁵. Y pese al silencio que guarda el Alto Tribunal sobre qué entiende por actuaciones **impugnables al empresario** impeditivas del acceso a la protección del Sistema, desde mi punto de vista lo es el hecho de no ocupar a trabajadores que se encuentran en situación irregular, o emplearlos sin solicitar o renovar el permiso de trabajo necesario para que el trabajador pueda desarrollar una actividad por cuenta ajena.

Admitido el derecho al resarcimiento por daños y perjuicios por parte del trabajador extranjero quedaría por determinar, siquiera de forma aproximativa, cuál sería el *quantum* de la indemnización por daños y perjuicios a abonar por el empresario en estos casos. Y sobre este particular, considero que la responsabilidad del empleador debiera abarcar la totalidad de la prestación de Seguridad Social que no haya podido recibirse como consecuencia del incumplimiento cometido²⁶. Defender una indemnización inferior o que se aleje de estos parámetros, de conformidad con la posición aquí mantenida en relación con el efecto que lleva aparejado la falta de solicitud o de renovación del permiso de trabajo, llevaría a la paradoja de tener que concluir que resulta más bien parado el empleador que ocupa a un extranjero «sin papeles» que aquel otro que emplea a un extranjero sin solicitar el permiso de trabajo a que viene obligado, pero estando este último en situación regular en nuestro país.

Y a dicha responsabilidad de naturaleza civil, habrá que sumar una responsabilidad administrativa, traducida en una sanción económica, con arreglo a lo previsto en la LISOS, e incrementada a su vez con la cuantía equivalente a las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta dejados de ingresar que, a modo de sanción, contempla el artículo 48 de la Ley 62/2003. No parece aplicable, en cambio, en estos casos, el recargo de prestaciones económicas previsto en el artículo 123 de la LGSS dada la naturaleza indemnizatoria y no prestacional de las cantidades a satisfacer por el empresario.

Independientemente de la protección derivada de contingencias profesionales en los supuestos analizados, los extranjeros irregulares, por el hecho de encontrarse en nuestro país, tienen asimismo derecho a recibir asistencia sanitaria y a disfrutar de los servicios sociales básicos²⁷. En estos casos,

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 18 de marzo de 2008, recurso de casación n.º 800/2007, Ponente. Excmo. Sr. D. Joaquín SAMPER JUAN (NSJ025768).

No obstante, esta sentencia hace referencia, única y exclusivamente, a la responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que cabe reclamar al empresario que emplea a un trabajador extranjero en situación irregular en caso de aparición de contingencias comunes, solución que considero perfectamente aplicable a aquellas hipótesis de contingencias profesionales cuando el extranjero irregular no tiene derecho a ellas por ser nacional de un Estado que ni ha ratificado el Convenio n.º 19 de la OIT ni ha celebrado con España algún Convenio reconociéndole dicho derecho.

²⁶ En estos términos se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 12 de noviembre de 2008, número de procedimiento 3177/2007, Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano SAMPEDRO CORRAL (NSJ027601)

²⁷ En efecto, de una parte el artículo 12 de la LOEX reconoce el derecho de asistencia sanitaria en los siguientes supuestos:

- «1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

y pese a tratarse de prestaciones y servicios que hoy por hoy se encuentran al margen de la Seguridad Social ²⁸, el fundamento de la protección reside en garantizar derechos fundamentales inherentes a la persona humana: de un lado, el derecho a la vida y a la salud, y de otro, a la dignidad. De ahí que la diferencia de tratamiento dado por la LOEX entre estas prestaciones y las propias de Seguridad Social esté más que justificado.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN EL BRAZO NO CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL

Una vez analizado el derecho a protección de los trabajadores extranjeros en el nivel contributivo o profesional de la Seguridad Social, queda por dilucidar sobre el derecho a protección de este colectivo de ciudadanos en el brazo no contributivo del Sistema. Brazo que, a juzgar por el tenor literal que presentan los preceptos de la LGSS que se ocupan de esta cuestión, parece estar reservado exclusivamente a los «españoles». Esta es, al menos, la conclusión que se alcanza de la lectura del artículo 7.3 de dicha norma jurídica que, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, declara comprendidos en el campo de aplicación del Sistema a «todos los españoles residentes en territorio nacional». Dos son, por tanto, los requisitos que determinan la inclusión en la rama no contributiva de protección: de un lado, la nacionalidad; y de otro, la residencia en territorio español. Por lo que faltando ese primer requisito de la nacionalidad, no parece que los extranjeros residentes en nuestro país, puedan acceder a este nivel de protección del Sistema. Únicamente se excepciona de este criterio a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que se equiparan a los españoles a estos efectos. Respecto al resto de extranjeros, no incluidos en dicha relación, «se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida» ²⁹. Por tanto, hechas las reservas oportunas en relación con los nacionales de países que expresamente menciona el artículo 7.5 de la LGSS, para el resto de ciudadanos extranjeros se condiciona el acceso a la protección no contributiva a lo que dispongan los Convenios internacionales, o a lo que corresponda en función de la aplicación del principio de reciprocidad.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.
4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

Y de otra parte, el artículo 14.3 de esta Norma, en tanto que reconoce el derecho a todos los servicios sociales (tanto los generales y básicos como los específicos) a los extranjeros que sean residentes, restringe este derecho cuando se trata de extranjeros que no se encuentran en dicha situación («cualquiera que sea su situación administrativa», dice la Norma) a los que únicamente corresponden los servicios sociales básicos.

²⁸ Pues es harto conocido la progresiva desvinculación de las prestaciones y servicios sanitarios del ámbito de la Seguridad Social. Y lo mismo sucede en relación con los servicios sociales sobre los que han ido adquiriendo competencias las diferentes Comunidades Autónomas.

²⁹ Artículo 7.5 de la LGSS.

No obstante, para llegar a una conclusión definitiva sobre esta materia es preciso interpretar de forma conjunta la normativa de Seguridad Social y la propia y específica de extranjería, más aún cuando la LOEX es de fecha posterior a la LGSS y puede entenderse por ello que ha derogado total o parcialmente el régimen jurídico previsto en esta última.

En este contexto, como se ha visto ya, la LOEX, al reconocer el derecho a Seguridad Social de los extranjeros, no introduce distinción alguna entre la rama contributiva y la no contributiva de la Seguridad Social, ni en orden a excluir de esta última rama de protección a los extranjeros, ni al efecto de introducir requisitos distintos en orden a poder acceder a las prestaciones no contributivas, por lo que habrá que entender reconocido el derecho a prestaciones no contributivas también a los extranjeros, con idénticos requisitos de acceso que los exigidos a los nacionales³⁰. Ahora bien, teniendo en cuenta que la LOEX exige el requisito de la residencia en orden a quedar protegido por el Sistema de Seguridad Social, este será el criterio a tener en cuenta a la hora de determinar el derecho de los extranjeros a prestaciones, tanto contributivas como no contributivas³¹. Y al igual que sucedía en la rama contributiva, el requisito de la residencia se circunscribe exclusivamente a la «legal»³², con mayor motivo, si cabe, en este caso, habida cuenta el principio de solidaridad que fundamenta este tipo de prestaciones, pues no resultaría en absoluto ético otorgar esta protección cimentada, insisto, en el pilar de la solidaridad, a extranjeros que acceden y/o se encuentran ilegalmente en nuestro país. Ni tampoco sería de recibo esta solución de conformidad con el espíritu de la legislación española de extranjería, dirigida a promover la inmigración legal y a combatir la ilegal.

IV. CONCLUSIÓN

Es lugar común que el fundamento último de la LOEX reside en combatir la inmigración ilegal.

A mi modo de ver la fórmula más eficiente para lograr alcanzar algún éxito en este terreno, y la que más se ajusta a la letra y la finalidad de la LOEX, pasa por hacer recaer en la persona del empresario todo el régimen de responsabilidades previsto en las distintas normas que resultan de aplicación en este campo (algunas de forma expresa, otras por analogía), a saber, responsabilidades en materia de Seguridad Social, administrativas, e incluso penales³³. Por contra, aplicar una política

³⁰ A idéntica conclusión llegan BARRIOS BAUDOR, G. y CHARRO BAENA, P., «El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas», en *Aranzadi*, BIB 2003/213, Repertorio de Jurisprudencia número 5/2003.

³¹ Por supuesto, es innecesario decirlo, el derecho a esta suerte de prestaciones queda condicionado al cumplimiento por parte del extranjero del resto de requisitos exigidos con carácter general a los nacionales, a saber: la edad, el grado de incapacidad, o el tener un hijo en los términos que indica la Ley, por un lado; y un período de residencia más o menos lato en territorio español (distinto también para cada prestación).

³² Exigiendo también como requisito de acceso a las prestaciones no contributivas la residencia legal, puede citarse a PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., «Extranjeros y prestaciones de Seguridad Social», en *Información Laboral*, número 3, 2006, pág. 7.

³³ En este sentido, comparto la opinión de aquellos que defienden que «las diferencias entre la contratación regular y la irregular deben repercutir de un modo prácticamente exclusivo en la parte empleadora, de tal manera que la legis-

legislativa represora e impeditiva del acceso a los derechos sociales a inmigrantes que tan solo son víctimas de un sistema económico que no les ampara bajo su paraguas, además de resultar éticamente reprochable, no parece ser la fórmula más eficiente.

Esta es la idea que preside toda la regulación que hace la LOEX de la materia aquí analizada, y que queda reflejada fehacientemente en el régimen sancionador previsto en aquella, más gravoso cuando se trata del empresario que cuando se trata del trabajador. Así, en tanto que desde el punto de vista del empresario, es calificada como infracción muy grave «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo», desde el punto de vista del trabajador esa conducta se considera tan solo como «grave» si, además, va acompañada de la ausencia de residencia válida. Lo cual deja entrever que, desde el punto de vista del trabajador inmigrante, lo realmente repudiable para el legislador es la entrada y/o permanencia irregular en nuestro país (la inmigración ilegal), y no tanto la carencia de la autorización administrativa que le habilita para trabajar en España. En consonancia con ello, es pues aquella conducta la única que impide el acceso a la protección del Sistema de Seguridad Social y de ahí que no quepa extender la protección derivada de contingencias profesionales (pese al carácter intrínsecamente laboral que tienen estas) a otros extranjeros en situación irregular en nuestro país a los que no resulte de aplicación el Convenio n.º 19 de la OIT ni ningún otro que les reconozca este derecho. No creo que, a este respecto, pueda traerse a colación el artículo 126.2 (y 3) de la LGSS pues, a mi juicio, este precepto no cabe interpretarlo aisladamente sino en conexión con el artículo 7.1 de dicha Ley que exige como requisito inexcusable para quedar comprendido en el campo de aplicación de la Seguridad Social «la residencia o estancia legal»³⁴. Por lo demás, esta es la interpretación que mejor se coherencia con el fin último de la legislación de extranjería que, como se ha dicho, reside en combatir la inmigración ilegal.

Cuando se trata del empresario, en cambio, sí se sanciona con dureza la contratación irregular de extranjeros, al margen de cuál sea su situación administrativa. Ahora bien, en este último caso, y desde el punto de vista de las responsabilidades en el campo de la Seguridad Social, habrá que diferenciar entre la ocupación de quienes se encuentran legalmente en España, aun sin permiso de trabajo, de la de aquellos otros en situación irregular, pues no pudiendo generar estos últimos derechos de Seguridad Social (con alguna excepción ya vista, principalmente, en materia de contingencias profesionales), al empresario solo le resultaría exigible un resarcimiento de daños y perjuicios, y no la asunción de las prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponder en estos casos.

lación vinculante y sancionadora constituya un elemento lo suficientemente coercitivo como para que desista de hipotéticos empeños de hacer *dumping* social a costa de las personas nacionales de Estados extracomunitarios». CABEZA PEREIRO, J., «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», en *Actualidad Laboral*, n.º 3, 2008, pág. 294.

³⁴ Sin embargo, este precepto sí se ha venido utilizando por parte de la jurisprudencia como argumento para defender el derecho a protección por contingencias profesionales de los extranjeros en situación irregular en nuestro país. Al respecto, pueden citarse como ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003, Sala de lo Social, Número de procedimiento 4217/2002 (NSJ013386); y de 7 de octubre de 2003, Sala de lo Social, Número de procedimiento 2153/2002 (NSJ013710). O por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social, Sección primera, de 30 de julio de 2004; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2006.

Sea como fuere, resulta criticable la falta de valentía del legislador para abordar con claridad y firmeza una cuestión como esta en la que entran en juego derechos de ciudadanía social. Es más, la voluntad del legislador de no zanjar definitivamente esta cuestión resulta manifiesta habiendo desaprovechado como ha hecho las distintas ocasiones que le han ido brindando las sucesivas versiones de la actual LOEX para acabar con tanta conjetura como ha suscitado este asunto.