

MANUEL MORENO PUEYO

*Letrado de la Administración de la Seguridad Social.
Profesor asociado de la Universidad del País Vasco (EU de
Relaciones Laborales)*

Extracto:

EL fenómeno de la inmigración, de actualidad permanente en los últimos años, presenta una complejidad de la que son fiel reflejo la reforma legal operada por la Ley Orgánica 4/2000 y las modificaciones de la misma que se han sucedido en corto espacio de tiempo. La doctrina se ha ocupado de analizar los distintos aspectos de la norma y, entre ellos, los que atañen a los derechos sociales de los extranjeros, en particular, el derecho al trabajo y, también, los derechos de Seguridad Social. Sin embargo, en muchas ocasiones, estos últimos se abordan de una manera tal vez excesivamente subordinada a los derechos laborales, cuando, sin duda, presentan una sustantividad propia.

El presente trabajo se centra en los derechos que, a cargo de la Seguridad Social española, corresponden al extranjero inmigrante. Se procede a un estudio de la normativa específica de Seguridad Social, no sólo de la actualmente vigente, sino también de los antecedentes legislativos, al objeto de constatar qué tratamiento se ha dispensado por el legislador al trabajador extranjero.

Sobre esta base, se analiza la incidencia de la LOex 4/2000. En particular, el alcance e interpretación de los preceptos dedicados a la materia de Seguridad Social, su acomodo o encaje con la normativa específica previa y, singularmente, los derechos en materia de Seguridad Social que corresponden al extranjero que presta servicios sin autorización previa. A este respecto se articula la tesis del autor sobre el alcance de tales derechos y se recoge el criterio administrativo de actuación adoptado por el INSS a raíz de la reforma operada en el artículo 36.3 LOex por la Ley Orgánica 14/2003, así como la doctrina jurisprudencial conocida, que es la que se contiene en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de junio y 7 de octubre de 2003.

Sumario:

I. Introducción.

II. Normativa específica de Seguridad Social. Regímenes protectores pretéritos.

1. Accidentes de trabajo.
2. Seguros sociales unificados.
3. Mutualismo Laboral.
4. Conclusiones.

III. Normativa específica de Seguridad Social. Sistema vigente.

1. Ley de Seguridad Social, Texto Articulado I, Decreto Legislativo de 21 de abril de 1966.
2. Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido, Decreto Legislativo de 30 de mayo de 1974, en su redacción originaria.
3. Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

IV. Previsiones de la Ley Orgánica 4/2000 en materia de Seguridad Social.

1. Derecho de los extranjeros a la Seguridad Social.
 - 1.1. Artículos 10.1 y 14.1 Ley Orgánica 4/2000.
 - 1.2. Algunas precisiones sobre la residencia legal como requisito para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.
 - 1.3. Artículo 36.3 LOex. Derechos en materia de Seguridad Social del extranjero sin autorización previa para trabajar.
 - 1.4. Criterios administrativos y jurisprudenciales sobre el alcance, en materia de Seguridad Social, del artículo 36.3 LOex.
2. Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria.
3. Derecho de los extranjeros a los servicios sociales.

Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Todo ordenamiento jurídico y el nuestro no es una excepción, toma a sus nacionales como punto de referencia y somete a quienes no ostentan tal condición a mayores o menores restricciones. Así, en tanto los españoles son titulares de los derechos y libertades públicas garantizados por la Constitución, los extranjeros gozan de los mismos en los términos que establezcan los tratados y la ley, según dispone el artículo 13 del texto constitucional.

En el ámbito de la Seguridad Social, el destinatario tradicional de la protección lo ha sido el español residente ¹, regulando la normativa supuestos en los que la protección se extiende a nacionales no residentes ².

El objeto del presente trabajo es analizar los derechos que pueden corresponder a los extranjeros con cargo a nuestro sistema de Seguridad Social en razón a su residencia y actividad en nuestro país. Tratándose de derechos de configuración legal, procede examinar la normativa específica de Seguridad Social, con breve referencia a su evolución histórica. Por el contrario, los Tratados, Convenios o acuerdos internacionales, ya sean bilaterales o de alcance más general, serán objeto de referencia sólo en lo que concierna de forma estricta al campo de estudio acotado. Las normas internacionales pueden interesar aquí en la medida en que imponen el principio de igualdad de trato en el acceso a los respectivos sistemas nacionales o bien la consideración como residencia efectiva en un país de la desarrollada en el otro, o la exportación de prestaciones. Hay otros aspectos objeto de regulación convencional internacional, como pueden ser los relativos a la conservación de derechos en curso de adquisición, acumulación de períodos de seguro cumplidos con cargo a dos o más legislaciones a efectos del derecho a la protección, etc., que exceden del objetivo propuesto.

Volviendo al Derecho interno, hay que valorar la incidencia que sobre los derechos de Seguridad Social del extranjero tiene la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOex). En particular, debe analizarse el polémi-

¹ Residente y, además, trabajador, hasta la introducción de las prestaciones no contributivas por medio de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

² A título de ejemplo, disposición adicional primera LGSS, sobre protección de trabajadores emigrantes y Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo, que establece pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.

co artículo 36.3, relativo a los efectos del contrato sin autorización previa que, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, incluye, entre los derechos del trabajador extranjero, la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

II. NORMATIVA ESPECÍFICA DE SEGURIDAD SOCIAL. REGÍMENES PROTECTORES PRETÉRITOS

La normativa reguladora de los regímenes protectores previos al actual Sistema contiene, desde antiguo, referencia expresa a los derechos que ostentan los trabajadores extranjeros con cargo a la Seguridad Social española.

1. Accidentes de trabajo.

La Ley de 30 de enero de 1900 identifica al sujeto protegido con el término operario, definiendo al mismo (art. 12) como todo aquel que *ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena*. No contiene referencia alguna al extranjero como sujeto protegido. Como tampoco la contiene la Ley de 4 de julio de 1932, sobre accidentes de trabajo, que habla del *obrero víctima del accidente*.

Por el contrario, el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo en la industria, aprobado por Orden de 8 de octubre de 1932 y publicado en la Gaceta de 12 de octubre de 1932, establece en su artículo 4.º: «*Gozarán de los beneficios de la presente legislación los operarios extranjeros y sus derechohabientes que residan en territorio español. Los derechohabientes que residan en el extranjero al ocurrir el accidente gozarán de dicho beneficio en el caso de que la legislación de su país los otorgue en análogas condiciones a los súbditos españoles, o bien cuando se trate de ciudadanos de un país que haya ratificado el convenio internacional de Ginebra sobre igualdad de trato en materia de reparación de accidentes del trabajo o bien cuando se haya estipulado así en tratados especiales*».

En iguales términos se pronuncia el artículo 5.º del reglamento de la ley, aprobado por Decreto de 31 de enero de 1933 (Gaceta de 2 de febrero de 1933).

Finalmente, el Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprobó el Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo, establecía en su artículo 5.º:

«Los trabajadores portugueses, hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que ejerzan sus actividades en territorio nacional o plazas de soberanía quedarán equiparados a los españoles. Los restantes trabajadores extranjeros gozarán de los beneficios de esta ley, así como los derechohabientes que residan en territorio español al ocurrir el accidente. Los derechohabientes que residan en el extranjero al ocurrir el accidente obtendrán dicho beneficio en el caso de que la legislación de su país los otor-

que en análogas condiciones a los súbditos españoles o bien cuando se trate de ciudadanos de un país que haya ratificado el convenio internacional de Ginebra sobre igualdad de trato en materia de reparación de accidentes de trabajo o bien cuando lo hayan estipulado así los tratados especiales.»

El convenio internacional de Ginebra al que alude el precepto es el convenio número 19, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 5 de junio de 1925 y ratificado por España el 24 de mayo de 1958, al que se han adherido más de 100 países. Éstos se obligan a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo.

El convenio no precisa que el extranjero accidentado deba encontrarse en situación de residencia legal para acceder a la protección, por lo que se ha invocado, y se sigue invocando hoy en día, para fundamentar el derecho a protección del trabajador accidentado carente de residencia legal y/o permiso o autorización para trabajar.

En conclusión, la normativa reguladora de la protección por accidentes de trabajo extendía ésta a los trabajadores de países vinculados históricamente con España y a sus derechohabientes sin limitación alguna, en la medida en que los equiparaba a los españoles, con independencia de que el país en cuestión hubiese ratificado o no el convenio número 19 OIT y de cuál fuera el país de residencia del derechohabiente.

La misma equiparación se producía respecto de los nacionales de países que hubieran ratificado el convenio número 19, por efecto de la ratificación del mismo y con independencia de que la norma interna lo reiterase.

Quedaban también equiparados de forma absoluta a los españoles los nacionales de países no vinculados al nuestro que se accidentasen en nuestro país, así como sus derechohabientes residentes en España, con independencia de que tales países hubiesen ratificado o no el convenio número 19 OIT. Los derechohabientes no residentes en nuestro país accedían a la protección en virtud del principio de reciprocidad de trato, tratado especial o, por supuesto, ratificación por su país del convenio número 19.

Esto es, la legislación interna iba más allá de las obligaciones impuestas por dicho convenio, puesto que protegía al trabajador extranjero accidentado en España y a sus derechohabientes residentes en nuestro país en todo caso, sin excepción alguna.

2. Seguros sociales unificados.

Estaban constituidos por el Seguro de Vejez e Invalidez, el Seguro Obligatorio de enfermedad y el Régimen de Subsidios familiares.

El Decreto de 29 de diciembre de 1948 establecía en su artículo 1.º c) que quedaban comprendidos en el campo de aplicación de los Seguros Sociales de vejez, invalidez y enfermedad los súbditos hispanoamericanos, portugueses, filipinos y andorranos que ejerciesen actividades laborales en España y los de los restantes países cuando existiesen tratados o convenios sobre el particular o una reciprocidad pactada o expresamente reconocida.

3. Mutualismo Laboral.

El artículo 8.º de la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1954, por la que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Laboral, reconocía la condición de mutualistas a los españoles, hispanoamericanos, portugueses, andorranos, filipinos y brasileños que tuvieran la condición de trabajadores por cuenta ajena, con arreglo a la Ley de Contrato de Trabajo, en territorio o plazas de soberanía y en actividad encuadrada obligatoriamente en una institución de Previsión Laboral.

El artículo 11 reiteraba que los extranjeros no comprendidos en el artículo 8.º no podían ser encuadrados en el Mutualismo Laboral, pero añadía que las representaciones diplomáticas podían solicitar la incorporación con carácter general para todos sus connacionales en iguales condiciones que los trabajadores españoles. «A la vista de la petición y previo informe del Servicio de Mutualidades Laborales, se resolverá lo que proceda», concluía el precepto³.

Como excepción, los súbditos franceses debían ser afiliados conforme a las disposiciones en vigor (disp. trans. tercera de la OM). Respecto de ellos la resolución del Servicio de Mutualidades Laborales de 27 de septiembre de 1954 confirma que los nacionales franceses que, debidamente autorizados con arreglo a la vigente legislación, trabajen por cuenta ajena en territorio nacional o plazas de soberanía tienen, respecto al Mutualismo Laboral, iguales derechos y obligaciones que los trabajadores españoles.

Ello era consecuencia obligada del convenio hispano-francés de Seguridad Social ratificado el 28 de diciembre de 1933. Dicho convenio asimilaba a los nacionales de ambos países en lo referente a la admisión a los regímenes de los seguros sociales obligatorios enumerados en el artículo 2.º del convenio (entre los que, lógicamente, por razón de la fecha en que fue ratificado el convenio, no se encontraba el Mutualismo Laboral), pero expresamente contemplaba su aplicación (art. 2.º 2) «a todas las disposiciones legislativas o reglamentarias que hubieren modificado o completado o que, en lo sucesivo, modifiquen o complementen los regímenes indicados o que implanten en lo futuro análogos regímenes de seguros sociales», lo que supone la automática incorporación de los nacionales franceses al Mutualismo Laboral una vez que éste se implanta.

³ Sin embargo, en un primer momento, se habían admitido afiliaciones de trabajadores extranjeros, como se deduce de la disposición transitoria sexta de la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1954 y de la Orden Ministerial de 16 de mayo de 1950, a cuyo tenor los extranjeros que hubieran sido afiliados consolidaban definitivamente su situación, con los mismos derechos y obligaciones que los demás mutualistas.

4. Conclusiones.

El análisis de la normativa transcrita permite extraer las siguientes conclusiones:

1. Trato preferente a los ciudadanos de países vinculados históricamente a España, que se traduce en su equiparación a los ciudadanos españoles, tanto en materia de accidentes de trabajo como en lo que atañe a los Seguros Sociales Unificados y a la protección a cargo de las Entidades Mutualistas.
2. Equiparación, a los efectos de accidentes de trabajo, de los restantes trabajadores y de sus derechohabientes que residiesen en España en virtud de lo previsto en el artículo 5.º del Decreto de 22 de junio de 1956. Los derechohabientes residentes en el extranjero de los trabajadores extranjeros accidentados en España veían reconocida también su condición de beneficiarios a través de una de estas vías:
 - Reciprocidad de trato.
 - Convenio Internacional de Ginebra.
 - Tratado especial.
3. Los Seguros Sociales unificados extendían su protección a los trabajadores de países no vinculados históricamente con España cuando así resultara de los tratados o Convenios suscritos o del principio de reciprocidad, pactada o expresamente reconocida.
4. Finalmente, el Mutualismo Laboral era muy restrictivo a la hora de extender la protección por él gestionada a los extranjeros no vinculados históricamente con España y contemplaba un pintoresco procedimiento para el reconocimiento de la condición de Mutualista, cual era la «solicitud» de la representación diplomática correspondiente.
5. Las normas analizadas no condicionan de forma expresa el acceso a los sistemas protectores a la legalidad de la situación del trabajador extranjero en nuestro país. Al respecto, la normativa vigente estaba constituida por el Decreto de 4 de octubre de 1935 (Gaceta de 6 de octubre de 1935) que contemplaba la «autorización de residencia para extranjeros» para quienes pretendieran continuar en España con carácter temporal o definitivo, tras agotar el período de «permanencia», y por el Decreto de 29 de agosto de 1935 (Gaceta de 31 de agosto), que condicionaba el desempeño por el extranjero de una actividad laboral a la expedición de una «carta de identidad profesional», que tenía la naturaleza de autorización o permiso de trabajo, pues su concesión se condicionaba al hecho de que ningún español manifestara su deseo de realizar el trabajo de que se tratase, acreditando, lógicamente, competencia para efectuarlo.

Por lo tanto, a pesar del silencio de las normas de Seguridad Social, es lógico suponer que la afiliación a los distintos regímenes protectores no pudiera materializarse si el extranjero no estaba provisto de la «autorización de residencia» y de la «carta de identidad profesional».

III. NORMATIVA ESPECÍFICA DE SEGURIDAD SOCIAL. SISTEMA VIGENTE

Como es conocido, arranca de la Ley de bases de 28 de diciembre de 1963 y se articula a lo largo del tiempo en diferentes textos de desarrollo que se analizan brevemente a continuación.

1. Ley de Seguridad Social, Texto Articulado I, Decreto Legislativo de 21 de abril de 1966.

El artículo 7.º de la norma regula el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, declarando comprendidos en el mismo a todos los españoles que residieran y ejercieran su actividad en territorio nacional. De acuerdo con el número 4.º del precepto, quedaban equiparados a los españoles, en los términos y condiciones que en cada caso acordase el Gobierno, los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños residentes en territorio español. Con respecto a los súbditos de los restantes países se estaría a lo dispuesto en los convenios o acuerdos ratificados o suscritos al efecto o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresadamente reconocida.

La acción protectora del nuevo sistema integra la anteriormente dispersa en los seguros sociales unificados y en el seguro de accidentes de trabajo, por lo que su entrada en vigor implica la correlativa pérdida de vigencia de las normas reguladoras del campo de aplicación de los sistemas protectores sustituidos y, en particular, del artículo 5.º del Decreto de 22 de junio de 1956.

En líneas generales, se mantiene el esquema de los regímenes protectores anteriores: equiparación de los ciudadanos de países con vinculación histórica y remisión a los tratados y al principio de reciprocidad respecto al resto, si bien se abre la posibilidad de que la equiparación de los primeros a los españoles sea condicionada por el Gobierno.

Por otra parte, el apartado 4.º del artículo 7.º utiliza el término *residentes* al sentar la regla de equiparación de los súbditos de países hispanoamericanos, andorranos... lo que obliga a cuestionarse si tal término se emplea o no en sentido rigurosamente técnico. En caso afirmativo, la residencia del extranjero habría de ser legal.

La norma reglamentaria que desarrolla el artículo 7.º del Texto Articulado, la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, contiene dos previsiones de interés: establece en su artículo 1.º que, respecto a los ciudadanos hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños, la equiparación con los españoles se entenderá absoluta, siempre que el gobierno no haya acordado expresamente los términos y condiciones de aquella.

En segundo lugar, en relación con los ciudadanos de los restantes países, y por lo que se refiere a las contingencias de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, la reciprocidad se entiende reconocida en todo caso. Esto es, se mejora la situación previa, pues se protege a todos los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes, residan éstos o no en territorio nacional, con independencia de que sus países hubieran ratificado o no el convenio de Ginebra.

Sobre este panorama normativo incide la ratificación por nuestro país, mediante Instrumento de 23 de febrero de 1967, del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 97, sobre trabajadores migrantes. Dicho convenio sienta el principio de igualdad de trato de los trabajadores migrantes en materia, entre otras, de Seguridad Social, garantizando a los inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio de un país signatario un trato no menos favorable que el aplicado a sus nacionales en materia de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como respecto a cualquier otro riesgo comprendido en la legislación de Seguridad Social del país en cuestión.

La Dirección General de Previsión estimó oportuno dictar una resolución conteniendo criterios de aplicación del Convenio. Es la resolución de 15 de abril de 1968, objeto de cita hasta el día de la fecha en los pronunciamientos judiciales. De acuerdo con la misma, la equiparación de derechos de extranjeros y nacionales establecida por el convenio número 97 OIT quedaba establecida en los siguientes términos:

- a) Los trabajadores inmigrantes **que se encuentren legalmente** en territorio español, **sin discriminación de nacionalidad**, raza, religión o sexo, quedan equiparados a los españoles. Ello al margen de que el país en cuestión hubiera ratificado el convenio número 97. Esto es, se va más allá de lo que resultaría del cumplimiento estricto del mismo.
- b) Tal equiparación, sin embargo, no se extiende a las siguientes categorías de trabajadores:
 - 1. Autónomos.
 - 2. Trabajadores fronterizos.
 - 3. Trabajadores que se encuentren por un corto período de tiempo en territorio español.
 - 4. Trabajadores del mar.

Ello porque así resulta del convenio número 97, que excluye de su ámbito a tales colectivos.

- c) Los trabajadores hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños sí quedan equiparados a los españoles respecto a las expresadas categorías de trabajadores.
- d) El resto de los extranjeros, en relación con las cuatro categorías expresadas, quedan equiparados a los españoles en cuanto así resulte de convenios o acuerdos ratificados o suscritos al efecto o les sea aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida, entendiéndose en todo caso reconocida la reciprocidad respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, lo cual significa que, en relación a tales riesgos, también hay equiparación en todo caso respecto de las expresadas categorías de trabajadores.

Este régimen de equiparación está vigente desde el 21 de marzo de 1968, fecha de entrada en vigor del convenio número 97, al haberse depositado en tal fecha el instrumento de ratificación.

Por lo tanto, desde el 21 de marzo de 1968, nuestro ordenamiento contempla una sustancial equiparación de derechos en materia de Seguridad Social de extranjeros y españoles, oscurecida formalmente por las referencias a los países con vinculación histórica. En segundo término, al menos por parte de la resolución citada, se vincula tal equiparación al requisito de residencia legal, siendo el criterio administrativo de aplicación de la norma, en vigor hasta fechas recientes, que también la protección del accidente de trabajo se vinculaba a la residencia legal ⁴.

2. Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido, Decreto Legislativo de 30 de mayo de 1974, en su redacción originaria.

El artículo 7.º 4 LGSS, Texto Refundido aprobado por Real Decreto de 30 de mayo de 1974, mantiene el esquema de la LSS de 21 de abril de 1966. Sí contiene una precisión en línea con el convenio número 97 OIT: la equiparación a los españoles de los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos (y, por lo tanto, del resto de los extranjeros) lo es en cuanto **residan y se encuentren legalmente** en territorio español. ¿Supone una innovación con respecto al precepto precedente, que equiparaba a los que **residiesen** en territorio español sin más especificaciones o simplemente se explicita un requisito que aun no enunciado formalmente de manera exhaustiva debía considerarse exigido por la norma? En todo caso una sola conclusión es posible: a partir del 23 de julio de 1974, fecha de entrada en vigor del Texto Refundido, **no existe en nuestro ordenamiento jurídico precepto alguno que permita sostener el derecho a las prestaciones de Seguridad Social de un extranjero que no se encuentre legalmente en España**. Ni siquiera en relación con los riesgos de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. No cabe ya interpretar que el artículo 1.º 4 b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, cuando entiende reconocida en todo caso la reciprocidad respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, se está refiriendo también a trabajadores en situación irregular. En primer lugar porque, en virtud del principio de jerarquía normativa, una norma reglamentaria no puede desconocer un requisito establecido por la norma legal a la que desarrolla: el artículo 7.º 4 LGSS impone expresamente la residencia legal para la equiparación de los extranjeros a los españoles en materia de Seguridad Social.

En segundo término, porque el apartado 4 b) del artículo 1.º de la Orden Ministerial 28 de diciembre de 1966 se refiere a los ciudadanos de países no vinculados históricamente con España y sería incoherente, a la par que discriminatorio, que los que sí están vinculados vieran condicionado el derecho a las prestaciones (en este caso, de accidentes de trabajo y enfermedad profesional) a la residencia legal, y los restantes extranjeros no se vieran afectados por tal condicionante.

Es cierto que puede acudir al convenio 19 de la OIT, que reconoce la igualdad de trato en materia de accidente de trabajo sin referencia alguna a la residencia legal pero, cabe insistir, ninguna norma específica de Seguridad Social de derecho interno puede ser invocada en favor del trabajador que no se encuentra en situación legal.

⁴ Criterio no siempre asumido por la doctrina jurisprudencial, como se verá más adelante, en base, fundamentalmente, al convenio número 19 OIT que, al menos de forma expresa, no vincula la protección a la residencia legal.

3. Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

El vigente Texto Refundido de la LGSS no alteró la redacción de su precedente en lo que atañe a los derechos de los extranjeros a la Seguridad Social, si bien amplía los mismos a las prestaciones no contributivas, que se habían introducido en nuestro Sistema por medio de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Esto es, la equiparación a los españoles, cuando proceda, lo es respecto a la modalidad contributiva y a la no contributiva.

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modifica la redacción de los apartados 1.º y 5.º del artículo 7.º de la LGSS y procede, respecto de la modalidad contributiva, a equiparar a los españoles a todos los extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad, que residan o se encuentren legalmente en España y ejerzan su actividad en territorio nacional.

El alcance de esta norma es muy limitado porque la inmensa mayoría de los trabajadores extranjeros ya gozaban de la equiparación, bien por su condición de ciudadano iberoamericano, filipino, etc., bien en virtud del convenio 97 OIT, bien en aplicación del principio de reciprocidad. El efecto práctico se reduce a posibilitar el encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de ciudadanos de países extranjeros hasta entonces excluidos, entre ellos Angola, Nigeria, Paquistán...⁵

En todo caso, la reforma es clarificadora y debe ser bien acogida. Al año siguiente, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, artículo 44, procede a corregir una omisión en la que había incurrido la Ley 13/1996, indicando expresamente que la actividad profesional que permite al extranjero acceder a las prestaciones de Seguridad Social ha de estar comprendida en alguno de los apartados enumerados en el artículo 7.º LGSS (trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, funcionarios...), lo cual, por otra parte, era perfectamente deducible del contexto de la norma.

El apartado 5.º del artículo 7.º, que también fue modificado por la Ley 66/1997, se refiere a los derechos de los extranjeros a las prestaciones de la modalidad no contributiva y, respecto a éstas, se mantiene la tradicional distinción entre los ciudadanos de países vinculados con España, equiparados a los españoles en todo caso y los restantes extranjeros, sujetos a lo que resulte de los Convenios y tratados suscritos o ratificados y, en último extremo, del principio de reciprocidad.

La vigente normativa específica de Seguridad Social en relación a los extranjeros comprende también el artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, a cuyo tenor *a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del*

⁵ Los trabajadores autónomos estaban excluidos del ámbito de vigencia del convenio número 97 de la OIT, por lo que su inclusión en el sistema de Seguridad Social, salvo que se tratase de ciudadanos de países vinculados históricamente al nuestro, se condicionaba al principio de reciprocidad de trato, lo que obligó a la Tesorería a una exhaustiva labor de comprobación al respecto y a la elaboración de listados de países cuyos ciudadanos podían incorporarse al RETA y de países que, por no proteger a los españoles trabajadores por cuenta propia, habían ser correspondidos con el mismo trato (circulares de la TGSS, entre otras, la núm. 3-008, de 1997).

correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo. El anterior reglamento general sobre la materia, la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, no contenía previsión alguna al respecto.

Paralelamente, el artículo 95.3 del Real Decreto 155/1996, que desarrollaba la LOex 7/1985, de 1 de julio, establecía expresamente que la resolución favorable (a la solicitud de permiso de trabajo) debía notificarse al interesado con indicación de las cantidades que correspondía abonar en concepto de tasas, *permitiéndose a partir de ese momento el inicio de la actividad del trabajador y su afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social.*

En consecuencia, el acceso al Sistema de la Seguridad Social del extranjero se condiciona expresamente a su situación legal, tanto en lo que atañe a la residencia como al permiso de trabajo.

Procede analizar ahora la incidencia sobre la normativa específica de Seguridad Social de la vigente LOex.

IV. PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La LOex 7/1985 no contenía previsión alguna en materia de Seguridad Social, ni en su Título I, dedicado a los derechos y deberes de los extranjeros, ni en su Título III, cuyo epígrafe era «Trabajo y establecimiento» ni en cualquier otra parte de su articulado. El Real Decreto de desarrollo, número 155/1996, de 2 de febrero, establecía en su artículo 8.º que *los extranjeros tendrán acceso a la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, conforme a lo que se establezca en la normativa reguladora, fundamentalmente la relativa al Sistema de Seguridad Social.* Por su parte, el artículo 9.º establecía: *los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia.* En definitiva, el Reglamento procede a una remisión a la normativa específica, sin afectar en modo alguno a la misma.

Por contra, la vigente ley es pródiga en referencias a la Seguridad Social y a instrumentos protectores conexos. Así, en el Título I de la ley, *Derechos y libertades de los extranjeros*, se ubican tres preceptos relacionados con la Seguridad Social y, en el Capítulo III del Título II, la Ley Orgánica 14/2003 ha introducido una expresa referencia, en el polémico artículo 36.3, a los derechos de Seguridad Social que pudieran corresponder al trabajador que presta servicios sin autorización. Analizaremos el contenido de los preceptos siguiendo el esquema de la ley, que discierne entre Seguridad Social, asistencia sanitaria y servicios sociales.

1. Derecho de los extranjeros a la Seguridad Social.

Procede analizar el artículo 10, apartado 1.º; el apartado 1.º del artículo 14 y el artículo 36.3.

1.1. Artículos 10.1 y 14.1 Ley Orgánica 4/2000.

El apartado 1.º del artículo 10 establece que *los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.*

Por su parte, el artículo 14 establece que *los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*

El artículo 10, que tiene como epígrafe *Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social*, en lo que atañe a ésta, hace referencia al **campo de aplicación del nivel contributivo**: el extranjero que reuniendo los requisitos legales desempeñe una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, tiene derecho a acceder al Sistema de Seguridad Social, esto es, tiene derecho a ser incluido en el campo de aplicación del Sistema o, lo que es lo mismo, a adquirir la condición de sujeto protegido por el Sistema a través del encuadramiento en uno de los Regímenes que lo conforman. Ello conlleva que se formalicen las relaciones instrumentales de afiliación, alta y cotización y que pueda actualizarse la relación jurídica de protección.

Ahora bien, tal acceso al Sistema se formalizará **de acuerdo con la legislación vigente**. Dicha legislación no es otra que la especial de Seguridad Social relativa a la estructura del Sistema y a los actos de encuadramiento en los regímenes que lo integran. Básicamente los artículos 7.º a 14 y 97 a 102 LGSS, el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas, altas y bajas de trabajadores y los preceptos de las normas reguladoras de los distintos regímenes especiales dedicados a delimitar el campo de aplicación de los mismos. A tenor de dicha normativa, el extranjero que realiza una actividad remunerada será encuadrado en uno u otro régimen o, eventualmente en ninguno de ellos, en función de que reúna o no los requisitos previstos en la normativa reguladora del régimen de que se trate. Ni más ni menos que si se tratara de un ciudadano español. Lo que es incuestionable es que, para acceder al Sistema, deberá contar con residencia legal y con autorización para trabajar, porque así lo requieren expresamente el artículo 10.1 en relación con el artículo 36.1 LOex, el artículo 7.º 1 LGSS y el artículo 42 Real Decreto 89/1996, de 26 de enero.

El trabajador extranjero ostenta igualmente derecho a acceder al campo de aplicación del nivel no contributivo, en concreto a la protección familiar ⁶. También podrá acceder a las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, si no llega a alcanzar los requisitos legales para el acceso a la protección en el nivel contributivo. Debe precisarse que, respecto del nivel no contributivo, la única relación jurídica que se formaliza es la de protección y ello en el momento de actualizarse la

⁶ Las prestaciones familiares se ubican definitivamente en el nivel no contributivo a raíz de la Ley 53/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

situación de necesidad protegida, por lo que, mientras en el nivel contributivo cabe analizar desde un primer momento (el inicio de la actividad profesional) la situación legal del extranjero con motivo de una posible solicitud inicial de afiliación y alta, así como la procedencia de las cotizaciones que se hayan venido efectuando, respecto del nivel no contributivo, el único contacto del extranjero con la administración competente se va a producir en el momento en que se solicita la prestación al actualizarse la situación de necesidad protegida.

Por su parte, el artículo 14.1 LOex establece que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social **en las mismas condiciones que los españoles**.

El precepto establece un principio general e incondicionado de igualdad de trato. Los extranjeros que se encuentren en situación regular en nuestro país y hayan accedido al nivel contributivo de protección, tendrán derecho a las prestaciones del mismo en las mismas condiciones que los españoles y los extranjeros, también en situación de residencia legal, que cumplan los requisitos impuestos por la normativa del nivel no contributivo, lucrarán las prestaciones de éste.

La igualdad de trato, por lo que se refiere al nivel contributivo, ya estaba reconocida por el artículo 7.º 1 LGSS para todos los extranjeros que residieran y se encontraran legalmente en nuestro país. Por lo que se refiere al nivel no contributivo, el artículo 7.º 5 LGSS, en virtud de la redacción otorgada al precepto por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, reconoce el principio de igualdad de trato sólo a los nacionales de países vinculados históricamente al nuestro. El resto quedaba a expensas de lo previsto en tratados, convenios, acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto o a lo que resultara de la reciprocidad expresa o tácitamente reconocida. Por ello el artículo 14.1 LOex afecta directamente, pues supone su derogación tácita, al apartado 5.º del artículo 7.º LGSS. A partir de la vigencia de la LOex 4/2000, todos los extranjeros residentes legalmente en España tienen derecho a las prestaciones del nivel no contributivo en las mismas condiciones que los españoles.

1.2. Algunas precisiones sobre la residencia legal como requisito para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

Tanto el artículo 14.1 LOex como el artículo 7.º 1 LGSS enuncian, como requisito *sine qua non* para el acceso a la protección, la residencia legal del extranjero⁷. Se hace necesario, sin embargo, efectuar algunas precisiones sobre el ámbito subjetivo, temporal y espacial de tal requisito.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, es preciso distinguir los conceptos de **sujeto protegido**, persona comprendida en el campo de aplicación del sistema y **beneficiario**, persona que recibe la protección del sistema. Ambas cualidades coinciden por lo común en una misma persona, pero

⁷ Más adelante se tratará sobre los derechos que al amparo del artículo 36.3 LOex puede ostentar el extranjero que trabaje en situación irregular.

no necesariamente. En particular, en la protección por muerte y supervivencia, el sujeto protegido, con su muerte, se transmuta en sujeto causante de la protección en favor de determinados derechohabientes (cónyuge, hijos y otros parientes), beneficiarios de las prestaciones de viudedad, orfandad y favor de familiares.

Pues bien, la residencia legal se impone a los sujetos protegidos, pero no a los beneficiarios por derecho derivado. Ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico exige la residencia legal del beneficiario de una pensión derivada de la muerte del sujeto causante, siendo práctica administrativa pacífica la de reconocer la pensión de viudedad al cónyuge no residente en España del trabajador español que cause aquélla con su fallecimiento, por lo que, si el artículo 14.1 LOex reconoce el acceso de los extranjeros a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, un senegalés residente legal en España, pongamos por caso, puede generar derecho a pensión de viudedad en favor de su cónyuge residente en Senegal.

En conclusión, los beneficiarios por derecho derivado no precisan de residencia legal en nuestro país para acceder a prestaciones causadas por un extranjero residente legal.

Por lo que se refiere a los supuestos en los que el sujeto protegido es a la vez beneficiario de la prestación, sí debe concurrir el requisito de la residencia legal. Ahora bien, ¿en qué momento o momentos? Es relevante, a estos efectos, considerar los siguientes períodos o parámetros temporales: a) el período de generación del derecho; b) el hecho causante de la prestación, y c) los períodos de percepción de la prestación.

El **período de generación del derecho** es el período de actividad laboral que, tras el acceso al sistema por medio del alta en uno de sus Regímenes, determina las cotizaciones al mismo, cotizaciones que permiten completar los períodos de carencia que pudieran resultar precisos. Como se ha apuntado anteriormente, el acceso al Sistema de Seguridad Social, la formalización del alta y la permanencia en la misma se condicionan a la situación de legalidad, en lo que atañe a la residencia y a la autorización para trabajar ⁸.

En conclusión, sólo se pueden generar derechos a prestaciones de Seguridad Social en situación de residencia legal y autorización para trabajar ⁹.

Por lo que se refiere al **hecho causante**, éste está constituido por la actualización de la situación de necesidad protegida. ¿Es requisito para el acceso a la protección que la situación de residencia legal concorra en el momento del hecho causante? Por regla general, sí, pero no en todo caso. La solución se infiere de la normativa reguladora de las distintas prestaciones. Sin ánimo exhaustivo alguno, al objeto de evitar el afloramiento de la ingente casuística que la Seguridad Social siempre depara, pueden apuntarse algunos supuestos: la protección por desempleo, tal y como se define la situación protegida (art. 203 en relación con el art. 208 LGSS) está condicionada a la concurren-

⁸ Lo mismo sucede respecto a la validez de las cotizaciones, extremo este sobre el que se tratará más adelante.

⁹ A salvo, debe insistirse, de lo que resulta del artículo 36.3 LOex.

cia de la residencia legal en el momento del hecho causante, como lo está la protección por incapacidad temporal (art. 128 LGSS en relación con el art. 4.º OM 13-10-1967). Respecto a la jubilación, resulta ineludible que la residencia legal concorra en el momento del hecho causante para el acceso a la modalidad de jubilación anticipada regulada en el artículo 161.3 LGSS, pero no para la jubilación desde la situación de no alta cuando concurren los requisitos legales de edad (haber cumplido 65 años) y cotización (reunir 15 años cotizados, dos de ellos comprendidos en los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante). Así resulta del artículo 161.5 LGSS. Es perfectamente posible que un extranjero haya residido legalmente y cotizado en nuestro país durante quince años, regrese al suyo y, cumplidos los 65 años, reclame el reconocimiento de una pensión de jubilación. Es la misma posibilidad que tiene un español que, reuniendo la carencia genérica y específica en nuestro país se traslade al extranjero y solicite la pensión de jubilación desde su nuevo país de residencia.

La casuística es inagotable. Piénsese en las posibilidades que se derivan del artículo 20 g) de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, que configura como situación asimilada a la de alta el haber trabajado en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional a los efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente debida a dicha contingencia. El precepto posibilita la protección sin condicionamiento alguno en materia de alta, cotización o residencia, por lo que resulta difícil justificar que un trabajador extranjero que prestó servicios en España expuesto a una enfermedad profesional, aflorada ésta cuando ya ha regresado a su país, carezca del derecho a protección por falta de residencia legal, cuando está amparado por una situación asimilada que sólo hace referencia al desempeño de una actividad laboral sujeta a riesgo.

Las situaciones asimiladas a la de alta, numerosas y variables según la prestación de que se trate, amplían la posibilidad de que el extranjero acceda a la protección cuando, acaecido el hecho causante, ya no resida en nuestro país. Así, no parece que la suscripción del convenio especial y el mantenimiento del mismo se condicione a la permanencia legal en nuestro país. Al menos, del examen de la norma reguladora de esta materia, la Orden Ministerial de 13 de octubre de 2003, no se deduce claramente tal imposibilidad.

Finalmente, reconocida la prestación, ¿debe mantenerse la residencia legal para **conservar el derecho a la misma**? Nuestro ordenamiento jurídico siempre ha posibilitado la exportación de las pensiones, no existiendo precepto legal alguno que regule efectos suspensivos o extintivos por el hecho del traslado de residencia al extranjero. Si ello es así para los pensionistas españoles, debe serlo también para los extranjeros, en virtud del principio de igualdad de trato implícito en la normativa específica de Seguridad Social y expresamente enunciado por el artículo 14.1 LOex. Por lo tanto, el extranjero que haya accedido a una pensión de jubilación, incapacidad permanente o viudedad la conservará cuando abandone nuestro país ¹⁰.

Por lo que se refiere a los subsidios o prestaciones económicas de duración temporal limitada, su exportación resulta incompatible, por regla general, con su configuración legal. Así, la pres-

¹⁰ Ello tanto en el caso de que le afecte un convenio bilateral o de alcance general que contemple tal beneficio (todos los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España lo contemplan) como en caso contrario, pues así resulta de las previsiones del derecho interno español.

tación económica por incapacidad temporal está sujeta a un estricto control médico a través de los partes de baja y confirmación que requiere la presencia del beneficiario no ya en nuestro país, sino incluso en su propio domicilio (RD 575/1997, de 18 de abril y OM 19-6-1997). Al margen de ello, de acuerdo con el artículo 128.1 a) LGSS la situación de incapacidad temporal requiere que el trabajador perciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Las prestaciones económicas por desempleo están sujetas a la inscripción como demandante de empleo y a la suscripción del compromiso de actividad (art. 209.1 LGSS), requisitos dirigidos a garantizar la efectiva búsqueda de empleo por parte del beneficiario y que convierten, en principio, a la prestación en inexportable.

Sin embargo, las conclusiones a las que puede llegarse sobre la exportabilidad a la vista del derecho interno pueden alterarse en virtud de lo dispuesto en acuerdos, tratados o normas internacionales. Es lo que acontece respecto a las prestaciones por desempleo, en el ámbito de vigencia del Reglamento Comunitario 1408/1971. De acuerdo con su artículo 69, el trabajador en desempleo total que reúna los requisitos para acceder a las prestaciones y se desplace a otros Estados miembros con el propósito de buscar allí un empleo, conserva el derecho a las prestaciones en las condiciones y dentro de los límites que el propio precepto enuncia ¹¹.

Las prestaciones no contributivas no pueden ser objeto de exportación, pues la residencia legal en nuestro país se configura no sólo como requisito de acceso al derecho sino también para la conservación del mismo, tanto en el caso de la invalidez y de la jubilación no contributiva [arts. 144.1 b) y 167.1 LGSS], como en el de la protección familiar [art. 182.1 a) LGSS].

Por último, existen supuestos en los que la situación de necesidad objeto de protección se configura por el exceso de gastos que resulta para el sujeto protegido de la circunstancia de tener a su cargo a determinados familiares. Así, el hijo menor y/o minusválido es *carga familiar* a los efectos de las prestaciones familiares (art. 182.1 LGSS), los *hijos a cargo* permiten incrementar el importe de la prestación contributiva por desempleo (art. 211 LGSS) y las *responsabilidades familiares* permiten acceder a alguna modalidad del subsidio por desempleo [art. 215.2 a) LGSS].

Se ha cuestionado si la dependencia de estos familiares respecto del sujeto protegido implica una convivencia en sentido estricto con el mismo y, por lo tanto, tratándose de extranjeros, la situación de residencia legal en nuestro país (tesis generalmente asumida por las entidades administrativas competentes) o, por el contrario, se debe tener por cumplido el requisito en aquellos casos en los que los familiares del trabajador inmigrante permanecen en su país de origen y, a pesar de la separación física (circunstancia adversa impuesta por la emigración) son atendidos por aquél.

¹¹ Límites muy rigurosos: con anterioridad al desplazamiento el trabajador tendrá que haber estado inscrito como solicitante de empleo y haber permanecido a disposición de los servicios públicos de empleo (salvo dispensa por parte de éstos) durante cuatro semanas. Deberá inscribirse como demandante de empleo en los Estados miembros a donde se traslade y someterse al control establecido en los mismos. Por último, el derecho a las prestaciones se conserva por un máximo de tres meses desde que el trabajador deja de estar a disposición de los servicios de empleo del estado de procedencia.

Esta última ha sido la tesis de los tribunales. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2000, RCU 2770/1999, que reconoce el derecho al subsidio asistencial por desempleo a un trabajador marroquí cuya esposa e hijo menor, que dependen económicamente de él, residen en Marruecos. Invoca la sentencia el convenio número 157 OIT, de 21 de junio de 1982, ratificado por España el 26 de julio de 1985, que establece un sistema internacional para la conservación de derechos en materia de Seguridad Social. El convenio, en su artículo 1.º, apartado g) establece que «cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que viven bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado».

Por lo que se refiere a la protección familiar, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2003, RCU 152/2002, también referida a un trabajador marroquí cuyos hijos residían en Marruecos, llega a la misma conclusión, invocando también el convenio 157 OIT. Al propio tiempo considera que el artículo 183 a) LGSS (vigente en el momento de los hechos) impone la residencia legal en territorio español «a falta de norma más expresa» al beneficiario a cuyo cargo están los hijos y no a éstos.

Parece como si el legislador hubiera *entrado al quite*, pues la Ley 52/2003, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, modifica la regulación anterior, de tal forma que el actual artículo 182 LGSS exige expresamente la residencia en nuestro país no sólo del beneficiario, sino también del hijo a cargo. En consecuencia, el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial apuntada, en lo que concierne a la protección familiar, sólo será posible en la medida en que una norma convencional internacional asimile la residencia en otro Estado a la residencia en España, lo que acontecerá cuando resulten de aplicación el Reglamento comunitario 1408/1971, los convenios bilaterales con Canadá, Marruecos, Polonia, Rusia o Túnez o el convenio número 152 OIT.

1.3. Artículo 36.3 LOex. Derechos en materia de Seguridad Social del extranjero sin autorización previa para trabajar.

La normativa reguladora de los derechos y deberes del extranjero ha condicionado, desde siempre, el ejercicio de una actividad laboral al otorgamiento previo de un permiso de trabajo.

Así, el artículo 7.º del Decreto de 27 de junio de 1968 determinaba que si el extranjero pretendía trabajar por cuenta ajena, precisaba haber suscrito previamente un contrato de trabajo, cuya validez se condicionaba a su visado por la Delegación de Trabajo de la provincia de residencia de la Empresa que le hubiera contratado y a la expedición del permiso de trabajo.

Por su parte, la LOex 7/1985, de 1 de julio, establecía en su artículo 15 que los extranjeros mayores de 16 años que desearan fijar su residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habían de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expedía el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento correspondía al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y tenía una duración máxima de cinco años.

De una manera unánime, autores y tribunales coincidían en calificar de nulo el contrato de trabajo suscrito sin permiso, fundamentalmente en base a los artículos 6.º 3 y 1.275 Cc. La nulidad del contrato tenía como consecuencia la negación de efectos al mismo, a salvo el derecho del trabajador a exigir, por el trabajo que ya había prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido (art. 9.º 2 ET).

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 1997, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 2068/1996, plasma el expresado criterio negando a un trabajador argentino cualquier derecho derivado de la extinción de su relación laboral en base a la calificación del contrato como nulo.

La situación descrita experimenta un cambio que se puede calificar de radical (al menos desde la óptica de los derechos del trabajador) a raíz de lo previsto en el artículo 33 de la LOex 4/2000, de 11 de enero, cuyos apartados 1 y 3 disponían lo siguiente:

«1. Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo (...).

*3. Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, **no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.**»*

Dicho artículo, por obra de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, pasa a ser el artículo 36, con la siguiente redacción:

«1. Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar (...).

*3. Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1.º de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, **no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.**»*

El precepto es objeto de un nuevo retoque por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre:

«1. Los extranjeros mayores de 16 años, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa para trabajar.

Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado (...).

3. Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo.

*La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar **incluidas aquéllas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.**»*

La primera de las redacciones, en su tenor literal, parecía referirse a dos autorizaciones distintas: el permiso de trabajo del que debía estar dotado el trabajador y la autorización de la que debían proveerse los empresarios.

La segunda de las redacciones, la introducida por la LOex 8/2000, aclara que la autorización que debe obtener el empleador es el permiso de trabajo y no una autorización independiente, a la par que elimina los términos «permiso de trabajo» y los sustituye por los de «autorización administrativa para trabajar».

La tercera y última de las redacciones determina que la autorización habilitará al extranjero para residir y precisa que su carencia determinará responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social, a la par que no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador.

Mayoritariamente la doctrina considera que la reforma legal supone una modificación de la calificación jurídica que se venía otorgando a los contratos celebrados sin permiso o autorización, de tal forma que éstos no pueden ser ya considerados como nulos en términos absolutos. Sin embargo hay posturas divergentes, pues en tanto algunos autores entienden que tales contratos son perfectamente válidos y eficaces, otros hablan de nulidad parcial del contrato. El contrato seguiría siendo nulo, pero desplegaría eficacia en relación con los derechos de los trabajadores. Y aún se analiza que tal eficacia no sería absoluta, sino que habría que concretar, respecto de cada derecho, si existe un reconocimiento incondicionado o no del mismo. Así, la propia LOex, artículo 11, condiciona el derecho a la libertad sindical a la autorización de estancia o residencia y el derecho a la huelga a la previa autorización a trabajar. Por lo tanto, hay que proceder a una interpretación sistemática del artículo 36.3 con los restantes preceptos de la LOex y también hay que analizar en qué medida algunos de los derechos derivados del contrato no resultan incompatibles con la falta de previa autorización para trabajar, de la que, no lo olvidemos, se carece.

Han recaído ya algunos pronunciamientos de los tribunales de indudable relevancia, pero todavía quedan muchos aspectos por aclarar. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de septiembre de 2003, RCU 3003/2002, afirma con rotundidad que «*el contrato de trabajo del extranjero (no)*

autorizado no es en la actual legislación, un contrato nulo» lo que le lleva a desestimar el recurso de la empresa contra una sentencia que había declarado la nulidad del despido y a reconocer el derecho del trabajador extranjero a la readmisión.

Mucho más exhaustiva en su fundamentación es la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 14 de mayo de 2002, recurso 6085/2001, que estima parcialmente el recurso de los trabajadores extranjeros, declarando la improcedencia de su despido y el derecho a obtener una indemnización, pero no a ser readmitidos.

Centrándonos ya en los efectos que en materia de Seguridad Social se derivan de la actividad laboral del extranjero sin autorización previa, se venía entendiendo, con anterioridad a la vigencia de la LOex 4/2000, que la nulidad del contrato por falta de permiso de trabajo imposibilitaba el nacimiento de la relación de Seguridad Social y, por lo tanto, implicaba la inexistencia del derecho a protección. Tal era el criterio administrativo de actuación sancionado por algunos pronunciamientos jurisprudenciales (Sentencias de las Salas de lo Social del TSJ Aragón de 14-9-1995, rec. 737/1995 y Andalucía, de 15-1-1998, rec. 97/1998), si bien no faltaban pronunciamientos que reconocían el derecho del extranjero a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, en base al convenio número 19 de la OIT (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 4-10-1999).

Tras la vigencia de la Ley Orgánica 4/2000, la falta de referencia expresa a los derechos de Seguridad Social del artículo 33.3 y después del artículo 36.3 en su primera redacción, no impidió a la doctrina y a la jurisprudencia considerar que, entre los derechos del trabajador extranjero carente de autorización previa, se comprendían, en mayor o menor medida, los derechos de Seguridad Social. Finalmente, el artículo 1.º 15 de la Ley Orgánica 14/2003 modifica el apartado 3.º del artículo 36 LOex incluyendo, entre las responsabilidades del empresario derivadas de la contratación sin autorización previa, **las que procedan en materia de Seguridad Social** y, entre los derechos del trabajador, **la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle**.

¿Qué alcance ha de otorgarse a este mandato legal? Anticiparemos una conclusión basada en el análisis sistemático del precepto, en relación con los artículos 10.1 y 14.1 de la propia ley: el trabajador extranjero sin autorización previa tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social causadas durante el desempeño de su actividad laboral, **a cargo exclusivo del empresario, que será el único responsable del abono de las mismas**. O lo que es lo mismo, ninguna responsabilidad cabe imputar al Sistema respecto a tales prestaciones. Los fundamentos de tal conclusión son los que a continuación se exponen.

El derecho que se reconoce en materia de Seguridad Social lo es a la **obtención de prestaciones** y en ningún caso al **acceso al Sistema de Seguridad Social** que está vinculado indefectiblemente por imperativo del artículo 10.1, en relación con el 36.1 LOex, artículo 7.º 1 LGSS y artículo 42 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, a la autorización administrativa previa y a la residencia legal.

Las responsabilidades en materia de Seguridad Social a que alude el artículo 36.3 LOex no pueden ser otras que las relativas al pago de las prestaciones que el propio precepto reconoce. Son responsabilidades extramuros del Sistema de Seguridad Social, que no se identifican con las que éste

contempla. Como es sabido, son tres las responsabilidades básicas que la normativa de Seguridad Social impone al empresario respecto de sus trabajadores: la de afiliación y alta (arts. 24 y 29 del RD 84/1996, de 26 de enero), la de cotizar (art. 104 LGSS) y la del pago de las prestaciones, en caso de incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización (art. 126 LGSS).

Pues bien, la obligación impuesta por el artículo 36.3 LOex no se corresponde con ninguna de éstas, sino que es una obligación específica, establecida *ex novo* por la norma. No puede comprender la obligación de afiliación y alta porque las mismas están vedadas al extranjero en situación ilegal. Tampoco puede comprender la obligación de cotizar porque la misma sólo es posible respecto de las personas incluidas en el campo de aplicación de los distintos Regímenes que integran el Sistema (arts. 12.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre) y los extranjeros en situación irregular no están comprendidos en el campo de aplicación del Sistema y, por lo tanto, tampoco en el de ninguno de sus Regímenes. Es cierto, como apunta la controvertida sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 2 de diciembre de 1998 ¹², que la obligación de cotizar se desvincula del cumplimiento previo de otras obligaciones formales y así, de acuerdo con el artículo 106.1 LGSS, nace con el mismo comienzo de la prestación de trabajo y se mantiene, de acuerdo con el apartado 2.º del mismo precepto, en tanto el trabajador presta servicios, con independencia, por lo tanto, de que se haya cursado o no el alta o de que se haya practicado una baja indebida. Pero se trata de una autonomía formal, no esencial. Procede la cotización, aunque no haya alta, **si debe haber alta**. No es posible la cotización cuando no hay alta **porque no puede haberla**. Así, el artículo 13 Real Decreto 2064/1995, en su apartado 1.º, indica que la obligación de cotizar se mantendrá durante todo el período en que el trabajador desarrolle su actividad, pero puntualiza que el trabajador **ha de estar comprendido en el campo de aplicación de los distintos Regímenes del Sistema**.

Por su parte, el artículo 59.2 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, niega cualquier validez a las cotizaciones efectuadas respecto a las personas excluidas del sistema y reconoce el derecho a la devolución de las mismas, salvo en el caso de ingreso malicioso.

En consecuencia, la falta de alta es indiferente para el nacimiento de la obligación de cotizar, pero no lo es, ni mucho menos, la inclusión o no del trabajador en el campo de aplicación del Sistema. Puede afirmarse que no hay precepto alguno en la normativa de Seguridad Social que posibilite la cotización en favor de una persona que no esté incluida, como es el caso del extranjero sin autorización para trabajar, en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema.

Al margen de ello, al invocar el artículo 9.º 2 ET (en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya había prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido) la sentencia citada justifica la obligación de cotizar en la proscripción del enriquecimiento injusto que resultará para el empresario de la utilización ilegal de la mano de obra extranjera sin tener que soportar la carga de la cotización. Sin embargo, tal efecto está neutralizado hoy en día a través

¹² Dicha sentencia sostiene la obligación de cotizar por el tiempo de prestación de servicios, respecto del extranjero carente de permiso de trabajo, a pesar de la nulidad del contrato.

del incremento que el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha establecido en el importe de la multa regulada en el artículo 55.1 c) de la LOex: el importe de la multa prevista para quien utilice a un trabajador extranjero sin autorización de trabajo, se incrementará en 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 de servicios hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

Si la ley impone una multa cuya cuantía comprende «lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas» está claro que parte de la base de que dicha cotización no es legalmente posible. Probablemente, la reforma legal es una respuesta a la sentencia de 2 de diciembre de 1998, encaminada a neutralizar su doctrina.

En definitiva, las obligaciones del empresario en materia de Seguridad Social a que se refiere el artículo 36.3 LOex no comprenden la de cotizar. Pues bien, tampoco son incardinables en el artículo 126 LGSS, que regula la responsabilidad en orden a las prestaciones en el ámbito del Sistema. Como es sabido, dicho precepto responde al siguiente esquema:

- a) Si concurren los requisitos particulares y los generales de alta y cotización se imputará la responsabilidad a la Entidad Gestora, Mutua o empresa colaboradora que haya asumido la protección.
- b) El incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización determinará la responsabilidad del empresario, sin que sea ahora momento de profundizar en los supuestos de imputación, atenuación o incluso exoneración de la responsabilidad y alcance de la misma.
- c) La responsabilidad del empresario no excluye el anticipo de la prestación por parte de la Entidad Gestora o colaboradora en supuestos determinados reglamentariamente, significadamente en los casos en que el trabajador se encuentra de alta, o en los que juega la presunción de alta (alta de pleno derecho, a efectos de riesgos profesionales, desempleo y asistencia sanitaria).
- d) Finalmente, en materia de riesgos profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) se contempla una responsabilidad subsidiaria última a cargo del INSS para el supuesto de insolvencia del responsable directo (empresa incumplidora, Mutua o empresa autoaseguradora).

Resulta claro que la responsabilidad en cuanto a las prestaciones que el artículo 36.3 LOex imputa al empresario no encaja en este esquema pues según el artículo 126 LGSS el empresario responderá cuando incumpla las obligaciones de afiliación, alta y cotización y el empresario que contrata sin que exista autorización previa no sólo no incumple tales obligaciones, sino que no puede dar de alta ni cotizar aunque quisiera, porque la norma no le habilita para ello. En consecuencia, no incurre en los supuestos de imputación de responsabilidad del artículo 126 LGSS.

La conclusión es que la responsabilidad en cuanto a las prestaciones, *ex* artículo 36.3 LOex, se configura exclusivamente de acuerdo con los términos con que ha sido enunciada y por lo tanto no com-

prende mecanismo alguno de garantía a cargo de las Entidades Gestoras o colaboradoras del Sistema. El empresario será el único responsable de las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador. Ello en todo caso, también en los supuestos de riesgos profesionales (accidentes de trabajo y enfermedad profesional). Los mecanismos de garantía se prevén, por la normativa de Seguridad Social, exclusivamente en favor de quienes han accedido al Sistema o tienen derecho a acceder al mismo, lo que no es el caso de los trabajadores extranjeros sin autorización, que sí pueden beneficiarse de otros mecanismos públicos de garantía al amparo del artículo 36.3 LOex, concretamente a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial en los casos de insolvencia empresarial, pero porque respecto al mismo no existe un impedimento como el que sí afecta a los derechos de Seguridad Social: el reiteradamente citado artículo 10.1 LOex, que limita el acceso del Sistema de Seguridad Social a los residentes legales ¹³.

Finalmente, las prestaciones a las que puede acceder el trabajador extranjero sin autorización, a cargo exclusivo del empresario, son las previstas en la acción protectora del sistema, en la medida en que reúna los requisitos particulares o específicos de las mismas (los genéricos de alta y cotización está claro que no los reúne).

En consecuencia, hay una prestación a la que en ningún caso podrá acceder: la prestación de desempleo, por cuanto la contingencia se define legalmente como la situación en que se encuentran quienes **puediendo** y queriendo trabajar, pierden un empleo o vean reducida su jornada de trabajo (arts. 203.1 LGSS).

En la medida en que no cabe acceder a un trabajo sin autorización previa, el extranjero que carezca de ella no reúne el requisito básico definidor de la contingencia. A ello no se opone lo previsto en el artículo 57.5 d) LOex, a cuyo tenor no cabe imponer la sanción de expulsión ¹⁴ de los extranjeros beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo.

Nada autoriza a suponer que de dicho precepto se deduzca la posibilidad de acceso a tal prestación contributiva para quien carece de autorización para trabajar. Por el contrario, cabe imaginar supuestos de extranjeros residentes legales con autorización para trabajar y perceptores de la prestación por desempleo que sean sancionados por la comisión de faltas tipificadas en los artículos 53 y 54 LOex a los que la circunstancia de percibir la prestación de desempleo les libraría de la expulsión del territorio nacional.

1.4. Criterios administrativos y jurisprudenciales sobre el alcance, en materia de Seguridad Social, del artículo 36.3 LOex.

El criterio administrativo tradicional ha consistido en negar a los trabajadores extranjeros que desempeñan su actividad laboral sin autorización previa cualquier derecho a prestaciones de Seguridad

¹³ Debe advertirse ya que el criterio que aquí se sostiene no es asumido, como se verá a continuación, ni por las entidades administrativas con competencias en materia de Seguridad Social ni por la doctrina jurisprudencial.

¹⁴ Salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54 a) del apartado 1 o reincidencia en la comisión de la infracción.

Social. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003 y a la vista de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y de 7 de octubre de 2003, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS ha adoptado el siguiente acuerdo ¹⁵:

A partir del 21 de diciembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica y para hechos causantes producidos desde el citado momento, a la hora de reconocer las prestaciones que gestiona el Instituto, se considerará al extranjero que trabaja en España sin la preceptiva autorización gubernativa, como trabajador que no está dado de alta por el empresario, debiendo estarlo, con las consecuencias legales de todo orden que tal incumplimiento comporta, de conformidad con la legislación vigente.

No deja de resultar paradójico que se considere al extranjero como un trabajador que no está dado de alta debiendo estarlo porque, si precisamente hay una cosa clara, es que no es posible cursar el alta si no hay autorización previa para trabajar. Al margen de ello, el criterio interpretativo del INSS es muy clarificador respecto a los derechos de Seguridad Social del extranjero que trabaje sin autorización: tales derechos serán los mismos que ostenta cualquier trabajador que, debiendo estar de alta, no lo está porque su empresario ha incumplido la obligación de comunicarla.

Esta circunstancia, la falta de alta, restringe los derechos del trabajador que la sufre, hasta el extremo que llega a originar situaciones reales de desprotección. El extranjero las sufrirá en la misma medida que el trabajador español. En definitiva, el criterio administrativo de actuación del INSS respecto de las prestaciones que gestiona (todas las económicas del nivel contributivo, salvo la de desempleo), se puede concretar de la siguiente manera:

1. El empresario es el **responsable directo** de la prestación en todo caso. Ello resulta del artículo 126.2 LGSS en relación con el artículo 94.2 a) de la LSS de 21 de abril de 1966. El primero de los preceptos establece que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación y altas determina la exigencia de responsabilidad al empresario, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance. La falta de desarrollo reglamentario del artículo 126 LGSS motiva la vigencia, con tal carácter del artículo 94.2 a) LSS, que imputa responsabilidad absoluta al empresario en los supuestos de falta de alta.
2. La responsabilidad del empresario, si éste deviene insolvente, supone la desprotección del beneficiario, por lo que la normativa de Seguridad Social establece mecanismos de garantía, consistentes en que la Entidad Gestora o colaboradora anticipa la prestación al beneficiario subrogándose en los derechos de éste contra el empresario. Ahora bien, tales mecanismos de garantía se establecen, en principio, en favor de trabajadores que se encuentran en situación de alta (art. 95 LSS, de 21-4-1966), por lo que son útiles en los supuestos de responsabilidad empresarial derivados del incumplimiento de la obligación de cotizar. Los trabajadores que no están en situación de alta pueden acceder a los mecanismos de garantía únicamente en los supuestos contemplados en el artículo 125.3 LGSS, en los que juega

¹⁵ Servicio de Régimen Jurídico, expediente 30/2004.

la **ficción de alta**: los trabajadores se consideran, de pleno Derecho, en situación de alta, a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, así como a efectos de asistencia sanitaria por enfermedad común.

De tal forma que, si el trabajador que desempeña una actividad profesional sin autorización previa sufre un accidente de trabajo o padece una enfermedad profesional, las prestaciones que se causen serán asumidas por el empresario, pero en virtud del artículo 125.3 LGSS, será la Entidad Gestora o colaboradora la que anticipe la protección. Por el contrario, si el trabajador sufre un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente no laboral o enfermedad común, una incapacidad permanente derivada de enfermedad común, fallece por causa de accidente no laboral, etc., en tales casos la única responsabilidad en cuanto a la protección es del empresario y el INSS no asume ninguna, ni siquiera a título de anticipo. Esta conclusión está avalada por una doctrina jurisprudencial que no presenta fisuras ¹⁶.

En conclusión, de acuerdo con la interpretación del INSS, los derechos de Seguridad Social que para el extranjero sin autorización para trabajar resultan del artículo 36.3 LOex, se desenvuelven fundamentalmente en el ámbito de la relación jurídica privada que une a empresario y trabajador, involucrándose las Entidades Gestoras o colaboradoras del Sistema sólo cuando la situación de necesidad protegida deriva de riesgo profesional o cuando de asistencia sanitaria se trata. Si se tiene en cuenta que la protección de los riesgos profesionales ya se alcanzaba, al menos en la doctrina jurisprudencial dominante, a través del convenio número 19 OIT, habrá que convenir que el efecto práctico del vigente artículo 36.3 LOex, en lo que atañe a la implicación del Sistema Público de Seguridad Social, es muy limitado, por no decir prácticamente nulo. El alcance del precepto estriba en la imputación generalizada de responsabilidad al empresario que hasta su promulgación no era aceptada ni por los criterios administrativos de actuación ni por la doctrina jurisprudencial dominante, que la limitaba a los supuestos de accidente de trabajo.

Por lo que se refiere a los pronunciamientos jurisprudenciales, cabe traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de junio y 7 de octubre de 2003.

La sentencia de 9 de junio de 2003, RCU4217/2002, conoce de un supuesto de hecho a tenor del cual un ecuatoriano sin permiso de trabajo sufre un accidente de trabajo el 5 de mayo de 2000. Confirmando la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones sanitarias y económicas derivadas del accidente, imputando la responsabilidad directa a la empresa, el anticipo a la Mutua y la responsabilidad subsidiaria al INSS.

Constata el Tribunal Supremo que el accidente acaece bajo la vigencia de la Ley Orgánica 4/2000, afirma que el contrato del extranjero sin autorización no es en la actualidad un contrato nulo y concluye que «*siendo ello así, 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 de 1900*».

¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, entre otras, de 22 de abril de 1994, rec. 2475/1983, 24 de julio de 1995, rec. 2711/1994 y 6 de junio de 1995, rec. 163/1995.

La sentencia cita también la resolución de la Sala de lo Contencioso de 2 de diciembre de 1998, que declara la obligación de cotizar por los extranjeros que prestan servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos, pero no ha tenido ocasión de analizar, por obvias razones cronológicas, la incidencia que, sobre tal doctrina, puede tener el artículo 48 de la Ley 62/2003¹⁷.

Invoca asimismo el Tribunal Supremo el artículo 57 LOex, a tenor del cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a...«d) los que sean beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo», mandato que, a juicio del Alto Tribunal, pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en caso de accidente de trabajo.

Por último, constata el Tribunal la dificultad de encuadrar el supuesto litigioso en la normativa internacional, ya que Ecuador no ha ratificado el Convenio número 19 OIT, pero aplica el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispanoecuatoriano de 1 de abril de 1960, cuyo artículo 2.º dispone que «los trabajadores españoles en Ecuador y los ecuatorianos en España, estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en sus respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los dos países». Sin embargo, la legislación de Seguridad Social, ya desde 1974 ha condicionado expresamente el acceso al Sistema de los trabajadores hispanoamericanos al hecho de que residieran y se encontrasen legalmente en nuestro país. Al propio tiempo, casi todos los convenios sobre Seguridad Social suscritos con países iberoamericanos contienen un precepto idéntico al artículo 2.º del convenio hispano-ecuatoriano, por lo que también cabe interpretar que el acceso a los beneficios de la legislación de Seguridad Social y la igualdad de derechos reconocida, se condicionan a la concurrencia de los requisitos que la propia legislación enuncia.

La sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/2002, que se refiere también a un accidente de trabajo, acaecido esta vez con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica 4/2000, aplica el convenio número 19 OIT. En el fundamento jurídico 3.º de la resolución se cita la sentencia de 9 de junio de 2003 y su doctrina, al objeto de evidenciar «una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena, sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000».

No existe todavía, salvo error, un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los derechos de los extranjeros sin autorización a prestaciones de Seguridad Social distintas a las derivadas de accidente de trabajo. Cualquier consideración sobre el posible criterio que adoptará cuando tenga ocasión de pronunciarse, no pasa de ser una conjetura. Sí debe señalarse que *la tendencia progresiva a la protección social* parece tener una barrera infranqueable: las condiciones de ejercicio de los derechos por parte de los extranjeros han de ser iguales, pero no más favorables que las que afectan a los españoles (arts. 3.º 1 y 14.1 LOex), por lo que, si el trabajador español, fuera de los supuestos previstos en el artículo 125.3 LGSS, se ve desasistido, en caso de falta de alta, por las Entidades Públicas, resulta difícilmente justificable que el extranjero no corra la misma suerte.

¹⁷ Sobre tal cuestión se ha tratado anteriormente, en el apartado IV.1.3.

2. Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria.

El derecho a la protección de la salud, garantizado por el artículo 43 de la Constitución Española se satisface, fundamentalmente, a través de la asistencia sanitaria que, a su vez, es una de las prestaciones que integran la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social [art. 38.1 a) LGSS]. Por lo tanto, los extranjeros residentes incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social tienen derecho y lo han tenido antes de la entrada en vigor de la actual LOex a las prestaciones de asistencia sanitaria al amparo de las normas de Seguridad Social y, en particular, del artículo 7.º 1 LGSS. Tal derecho correspondía y corresponde tanto a los trabajadores como a los familiares o asimilados, con la amplitud que contempla el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, y las normas que lo desarrollan o modifican.

Al propio tiempo, la asistencia sanitaria es también una prestación social básica extramuros de la Seguridad Social a través de la que se satisface el derecho a la salud de las personas que no están comprendidas en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social y tampoco ostentan la condición de beneficiarios de los sujetos encuadrados. Y si bien el artículo 2.º de la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad, reconocía la condición de titulares del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros residentes en territorio nacional, el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, limita su ámbito a los españoles residentes.

La LOex dedica su artículo 12 al derecho a la asistencia sanitaria, y su tenor literal es el siguiente:

- 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.*
- 3. Los extranjeros menores de 18 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 tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.*

Los distintos supuestos contemplados se refieren a extranjeros que no se encuentran residiendo legalmente en nuestro país, cuyos derechos a la atención sanitaria, de acuerdo con el artículo 1.º 3 de la Ley General de Sanidad, quedan garantizados en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.

De acuerdo con el apartado 1.º, los extranjeros inscritos en el Padrón municipal, por el hecho de estarlo, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, si bien debe apuntarse que los datos del Padrón municipal son hoy accesibles a las restantes administraciones públicas (art. 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, modificada por el art. 3.º 3 de la LOex 14/2003), lo que, sin duda, puede desincentivar la inscripción.

El mismo derecho pleno a la asistencia sanitaria lo ostentan los menores de edad y las embarazadas, aunque no estén inscritos en el Padrón. Fuera de estos supuestos el derecho se limita a la asistencia de urgencia que se prolonga hasta el alta médica.

Esto, por lo que se refiere a los extranjeros que no residan legalmente. Los residentes legales acceden a la asistencia sanitaria a través de las siguientes vías:

- Como beneficiarios de la prestación de Seguridad Social, si están encuadrados en el campo de aplicación de algún régimen del Sistema.
- Como familiares o asimilados de los anteriores, en los supuestos de convivencia y dependencia económica. En este caso, como en el anterior se exige el requisito de residencia legal, al amparo del artículo 1.º 2 de la Ley General de Sanidad y del artículo 14.1 LOex.
- Al amparo del artículo 14.2 LOex, si no pueden acceder a la asistencia sanitaria a través de las dos vías anteriores, en la medida en que la asistencia sanitaria es, sin duda, una prestación social básica.

En este último caso (también en los supuestos anteriormente analizados del art. 12 LOex), la equiparación a los españoles implica una limitación: el derecho a la asistencia sanitaria está condicionado a la carencia de recursos económicos en los términos regulados por el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.

Finalmente, debe apuntarse que la prestación de asistencia sanitaria recibida al amparo de los artículos 12 y 14.2 LOex requiere de la residencia en nuestro país para su disfrute. Es, por lo tanto, inexportable. Como también lo es, atendiendo a la regulación legal interna, la asistencia sanitaria en cuanto prestación de Seguridad Social. Otra cosa es que, en virtud de lo dispuesto en normas o acuerdos de ámbito internacional, pueda recibirse, en determinadas condiciones, en el extranjero. En este sentido, cabe citar, a título de ejemplo, el Reglamento comunitario 1408/1971 y los convenios bilaterales de Seguridad Social con Chile y Perú.

3. Derecho de los extranjeros a los servicios sociales.

Al igual que acontece con la asistencia sanitaria, los servicios sociales siguen configurando formalmente la acción protectora del Sistema (art. 38 LGSS) pero, materialmente, se sitúan fuera de él. Su gestión se ha transferido a las Comunidades Autónomas y su financiación se produce a cargo

de recursos de éstas y transferencias del Estado y no a través de las cotizaciones sociales. Incluso su alejamiento del ámbito de la Seguridad Social es más perceptible porque, mientras la inmensa mayoría de los destinatarios de las prestaciones sanitarias eran y siguen siendo los beneficiarios del Sistema Público de Seguridad Social, los servicios y las prestaciones sociales sí se han desvinculado de éstos y toman como punto de referencia a los ciudadanos. Al respecto, es bien ilustrativa la supresión de las prestaciones recuperadoras por obra de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que sitúa al minusválido en el lugar del pensionista de invalidez como sujeto destinatario de las medidas rehabilitadoras e integradoras en favor de los discapacitados. Lo mismo podría decirse respecto del ciudadano de la tercera edad en relación con el pensionista de la Seguridad Social en lo que atañe a los servicios sociales destinados a tal colectivo.

De acuerdo con el artículo 14.2 LOex, los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas en las mismas condiciones que los españoles y, de acuerdo con el artículo 14.3, los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Cuáles tengan uno u otro carácter excede del ámbito de este estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- Gloria ESTEBAN DE LA ROSA y Cristóbal MOLINA NAVARRETE. «Una nueva reordenación del régimen de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 251. Febrero 2004.
- Belén ALONSO GARCÍA. «El derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero». *Civitas, Derecho del Trabajo*, núm. 110/2002.
- Ángel Luis DE VAL TENA. «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud». *Civitas*, núm. 109/2002.
- Francisco Javier FERNÁNDEZ ORRICO. «La protección social de los extranjeros en España». *Aranzadi Social*, núm. 21/2002.
- Margarita TARABINI-CASTELLANI AZNAR. «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva ley de extranjería. A propósito de la sentencia del TSJ de Cataluña de 24 de mayo de 2002». *Actualidad Laboral*, núm. 10/2003.
- Ana M.^a ORELLANA CANO. «Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros». *Actualidad Laboral* núm. 1/2003.
- José Alberto NICOLÁS BERNAD. «Supuestos y efectos jurídicos de las autorizaciones administrativas para el trabajo de los extranjeros». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 239. Febrero 2003.