

La protección social de extranjeros e inmigrantes: una visión desde la jurisprudencia del orden social

SUMARIO: 1. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS INSERTOS EN LA PROTECCIÓN SOCIAL. 2. LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: 2.1. DELIMITACIÓN SUBJETIVA. 2.2. DELIMITACIÓN OBJETIVA: EL CONTENIDO PRESTACIONAL. 3. HACIA LA DEFINICIÓN DE UN ÁMBITO DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LOS EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS. 4. LA DIFÍCIL CONFORMACIÓN RESTRICTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS.

1. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS INSERTOS EN LA PROTECCIÓN SOCIAL

Cualquier intento de delimitación y conocimiento de los derechos de los extranjeros en España (entre los que se encuentran los que afectan a la protección social) parte, en el plano de la legalidad a la que remite el propio artículo 13 de la CE, de lo previsto en el artículo 3 de la LODLEE¹ cuando señala que «... 1. Los extranjeros gozarán en España de

¹ Utilizamos esta referencia para la regulación prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11-1-2000 (RCL 2000/72, 209), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22-12-2000 (RCL 2000/2963 y RCL 2001/488) y, posteriormente, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 noviembre 2003.

los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (RCL 1978, 2836) en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles²...».

Con este fundamento la concreción de los derechos se plantea en torno a una doctrina que tradicionalmente se ha denominado la configuración legal³ de los derechos públicos. La protección social es, sin duda, uno de los derechos, que pese a la diversidad de títulos competenciales que dan cobertura a la misma, está dentro de esta configuración legal como expresamente reconocen las propias normas de extranjería. Así, el 14 de la LODLEE establece que: «...1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas...»⁴.

Antes de cualquier otro análisis es necesario efectuar una aproximación conceptual e interpretativa al citado artículo de la LODLEE porque el

Sobre el tema puede verse el trabajo de VIANA RAMIS, E., «La Inmigración en Europa», en la obra colectiva *Las estructuras del Bienestar en Europa*, MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L., y GONZÁLEZ SEARA, L. (dir.), Madrid, 2000, pp. 859 a 875; AJA, E., y TORNOS MÁZ, J., *Inmigración y Estado de Bienestar. Las Estructuras del Estado de Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L., y GONZÁLEZ SEARA, L. (dir.), Madrid, 2002, pp. 355 a 391.

² No obstante esta afirmación se completa con una de alcance general que se contiene en el apartado 2 del mismo artículo cuando señala que «...2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas...».

En relación con este tema puede verse el trabajo de PECES MORATE, J. E., «Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes», en la obra colectiva *Inmigración y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 179 y ss.

³ La configuración legal opera claramente en el ámbito interno y estructural de la Constitución Española. La cuestión que queda pendiente de resolver es el influjo que en dicho ámbito tiene el Derecho internacional y los derechos que los Tratados y convenios reconocen a las personas con independencia de que cumplan o no el requisito de la residencia legal.

⁴ Un análisis de esta cuestión puede encontrarse en el trabajo de ALCOBEA FRANCOS, A., «El extranjero y la seguridad social», en el libro colectivo, coordinado por MOYA ESCUDERO, M., *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001.

mismo ha supuesto, como tantas veces ocurre en la opción terminológica propia efectuada en el seno de las normas específicas, una falta de correspondencia con las que se establecen las definiciones y delimitaciones conceptuales en el marco general de la protección social. Esta interdicción de la uniformidad terminológica lleva al intérprete a tener que establecer hipótesis aplicativas que no hubiesen sido necesarias si, en las distintas normas, se hubiese utilizado una terminología uniformada. Esta afirmación que puede hacerse con carácter general es aún más pertinente en un ámbito como el de la seguridad social en el que la uniformidad proviene, incluso, de normas internacionales.

En este punto podríamos indicar que el artículo 14 de la LODLEE ha tratado de establecer un régimen diferenciado desde una perspectiva subjetiva (entre extranjeros residentes y extranjeros —en general—) y objetiva o prestacional según la previa delimitación subjetiva realizada. Es cierto, como nos recuerda Losada, que «los comentaristas han destacado la deficiente técnica normativa de este precepto entre otras razones por la confusión conceptual que introduce al diferenciar entre prestaciones y servicios de la Seguridad Social y entre prestaciones y servicios básicos y no básicos, siguiendo una terminología que no es usual en nuestro Sistema de Seguridad Social...»⁵.

Desde una perspectiva general y utilizando en esta introducción un concepto genérico sobre la protección social —al margen de su estructuración legal y gestora actual en España— debemos completar la regulación indicada en términos de igualdad de trato con la formulación ya específica y a la que se refiere el artículo 12 del mismo Texto Legal cuando indica que «...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 dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las

⁵ LOSADA GONZÁLEZ, H., «Estatuto legal de los extranjeros en España», *Tratado de Extranjería*, coord. A. PALOMAR OLMEDA, Navarra, 2004, p. 209. Cita entre los que han formulado la crítica los trabajos de ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., en el vol. coord. por SANTOLAYA MARCHETTI, P., *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, 2000, p. 107; RODRÍGUEZ PIÑEIRO, M., «La seguridad social y los inmigrantes extracomunitarios», *Relaciones Laborales*, II, Madrid, 2001, p. 12; DÍAZ MARTÍN, J. M., en el vol. col., dir. por J. ASENSI SABATER, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, 2000, pp. 101-102.

extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto...».

Esta perspectiva, que se trasluce en la LODLEE es, por un lado, la genérica referida al principio de igualdad de trato y, por otro, y en la asistencia sanitaria la tendencia a la universalización que se extiende, a su vez, en dos ámbitos: por un lado, la indiferenciada, que limita a supuestos calificados por su gravedad y sin incidencia en el sexo ni condición y, por otro, el que trata, precisamente, de cubrir los supuestos más graves —en términos humanitarios— de aquellas personas que (con o sin título jurídico vigente) se encuentran en España.

En este mismo orden de cosas podemos intentar una primera aproximación indicando que no hay un tratamiento general de la protección social en relación con los extranjeros y que para concretar dicho ámbito es necesario analizar cada una de las prestaciones para entender el ámbito subjetivo de aplicación y la determinar si aquellos quedan o no incluidos. No obstante esta afirmación inicial, podemos indicar que el ámbito subjetivo se mueve continuamente entre el extranjero residente legal y el que no lo es, pero que se encuentra en España. En suma, esta normas nos remiten, de nuevo, al problema general de la propia normativa de extranjería que gira, precisamente, sobre esta misma dicotomía.

Sin embargo, podemos indicar que los diferentes ámbitos sectoriales y regulaciones a los que se refiere la LODLEE tampoco aportan una solución con validez general aunque no podemos olvidar —al margen de las regulaciones— que cuando nos referimos a la protección social debemos recordar que —en su esencia y al margen de la regulación legal concreta— las limitaciones subjetivas pueden llegar a colisionar con el fundamento intrínseco de la propia protección social que es la cobertura de las situaciones de necesidad⁶. La necesidad, en términos coloquiales —que no legales ni de marco vigente—, no entiende necesariamente de «papeles» y su cobertura es, tendencialmente, aplicable a todos cuantos se encuentran en la misma⁷. Hay, en muchos casos, una tendencia a la aplicación como

⁶ La STC comienza por recordar que «al poner en relación el Sistema de Seguridad Social con las situaciones o estados de necesidad persigue superar esta “primera perspectiva legal donde era prioritaria la noción de riesgo o contingencia” (STC 103/11983)...».

Esta perspectiva se liga en la STC, de una forma inmediata, al señalamiento de que el «régimen público de la seguridad social se configura como una función destinada a garantizar la “Asistencia y prestaciones suficiente en situaciones de necesidad (lo que) supone apartarse de concepción anteriores de la Seguridad Social en la que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias”. En definitiva, el sistema de la seguridad social es de configuración legal, sí bien debe garantizarse en todos casos su reconocimiento institucional en los términos expuestos...».

⁷ No debe olvidarse, en este punto, que (RCL 1990/2644) la Ley 26/1990, de 20 diciembre

normas mínimas de orden y seguridad pública de las que se refieren a un contenido mínimo de protección social.

Es cierto, eso sí, que una afirmación como la que acaba de hacerse no puede realizarse con una validez general y exige matices porque la necesidad de la cobertura de las situaciones de jubilación no tiene la perentoriedad que tiene la protección la salud o la asistencia sanitaria en situaciones de gravedad y es, precisamente, esta diferencia la que justifica el diferente tratamiento que se da a unas y otras situaciones.

Si, con carácter general, se plantea esta misma problemática en el ámbito de la regulación de la extranjería es lo cierto que el corte natural (entre legales e ilegales) que se intenta realizar en el marco de un planteamiento general sufre cuando se aplica a la protección social precisamente desde el momento en el que la regulación de ésta tiene una tendencia (moderada pero continua) a la generalización del derecho a la contingencia se haya o no cotizado⁸.

De otra parte puede indicarse que los países de nuestro entorno han mostrado desde hace algunos años su preocupación por la viabilidad económica o la sostenibilidad del propio sistema⁹ hasta el punto de afirmar que la generalización a la que nos referíamos puede conducir a una quie-

cuando amplía al ámbito no contributivo las prestaciones de la seguridad social afirma en su exposición de motivos que «...La ampliación de la protección social trata de dar respuesta a una aspiración social de solidaridad que, en concreto, se ha puesto de manifiesto en las encuestas realizadas en el marco de los estudios preparatorios de la Ley, según las cuales, una de las demandas prioritarias de la sociedad es la garantía de pensiones públicas para todos los ancianos o inválidos sin recursos que, por las causas que fueren, no acceden a las prestaciones hoy vigentes...».

Esta manifestación de solidaridad sintoniza, además, con las más recientes orientaciones que se dan en el ámbito internacional. Las diferentes Organizaciones inter o supranacionales vienen recomendando que la Seguridad Social extienda su ámbito con el doble propósito de garantizar a los trabajadores el mantenimiento de ingresos proporcionales a los obtenidos durante su vida activa y, al propio tiempo, asegurar a los ciudadanos, particularmente a quienes se encuentran en estado de necesidad, unas prestaciones mínimas.

⁸ Así lo expresa la (RCL 1990/2644) Ley 26/1990, de 20 diciembre en cuya Exposición de Motivos se indica que «...La trascendencia de la reforma, que la Ley introduce, se centra en la extensión del derecho a las pensiones de jubilación e invalidez y a las prestaciones económicas por hijos a cargo, del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. Se trata, en definitiva, de la universalización de tales prestaciones.

⁹ Debemos recordar que la Ley de Financiación de la Seguridad Social de 1972 preveía la existencia de fondos para conseguir el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social. No obstante es la Ley 28/2003, de 29 septiembre 2003 la que ha establecido una regulación del fondo de reserva con el que se trata de hacer solvente, de futuro, el Sistema y matizar el rigor que los sistemas de reparto tienen con motivo de las crisis de empleo o los problemas demográficos.

bra real del mismo (o de la propia capacidad presupuestaria de gasto si la misma se financia directamente por aquel). Esto es lo que justifica inmediatamente la diferenciación de las fuentes de financiación para evitar que el contagio financiero acabe confundiendo los planos en los que se muestran las dos manifestaciones a las que nos venimos refiriendo.

Al margen de estas consideraciones de orden financiero y de finalidad del propio sistema de seguridad social podemos señalar, ahora, que el propósito del presente trabajo es analizar los mecanismos que en el marco de la protección social se establecen para la protección de los extranjeros. Metodológicamente se opta por realizar este estudio desde la regulación y, sobre todo, desde la jurisprudencia social que nos muestra como elemento claro una tendencia a la protección de las situaciones de necesidad buscando para ello algunas interpretaciones, ciertamente laxas, de la normativa vigente en lo que se refiere a la nítida diferenciación de derechos entre los extranjeros que tienen las correspondientes autorizaciones administrativas en vigor y los que no tienen aquellas.

Esta tendencia ampliatoria tiene un doble fundamento: por un lado, la conexión de la protección social con las situaciones más perentorias de necesidad que los Estados acaban cubriendo por puras razones humanitarias (traducción de un concepto más general como es el de la seguridad y la salud pública) y, por otro lado, la concepción ciertamente profesional de nuestro sistema de seguridad social que determina una clara incidencia del extranjero en el trabajo (legal o ilegal) y las consecuencias de algunos riesgos en dicha situación.

Examinemos para ello, con carácter previo, la propia regulación de la Seguridad Social y, en segundo término, la interpretación jurisprudencial que de las reglas de aquélla se han hecho en su aplicación a la extranjería.

2. LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Al margen de que el concepto de protección social tiene hoy un contenido mucho más amplio y genérico que el de seguridad social tradicional lo que no cabe duda es que el sistema que define ésta forma parte indisociable de aquel concepto y que ocupa, dentro del mismo, una posición de preeminencia que justifica que centremos nuestro análisis inicial en dicho concepto.

2.1. DELIMITACIÓN SUBJETIVA

La LODLEE establece, en su artículo 10, una prescripción de carácter general conforme a la cual «1. 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...». El reconocimiento del derecho a la seguridad social aparece así condicionado al cumplimiento de los requisitos específicos previstos en la normativa reguladora de la misma lo que nos remite, precisamente, el análisis de las determinaciones de ésta con la única referencia de admitir la inclusión de los extranjeros que se encuentren legalmente en España.

De esta forma y, en este plano general, podemos indicar que es el artículo 7 del TRLGSS el que establece el ámbito de aplicación subjetivo de la misma y señala que «... 1. 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: a) Trabajadores por cuenta ajena...; b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente; c) Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado; d) Estudiantes; e) Funcionarios públicos, civiles y militares...». Esta determinación general encuentra un elemento diferencial para los españoles en el apartado 3 del mismo artículo cuando señala que «...3. Asimismo, estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional...».

Desde esta perspectiva podemos indicar que el TRLGSS no prejuzga —esto lo hacen otras normas de orden público que son las que determinan si el contrato de trabajo es o no válido— la forma en la que los extranjeros pueden encontrarse en España para poder acceder a las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social. Se limita a indicar que debe tratarse de extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España. Las condiciones en las que cualquiera de ambas situaciones se produce se reenvían a la legislación de extranjería.

Pero en la definición del ámbito subjetivo hay un elemento adicional en el que debe repararse. Es el previsto en el apartado 5 del propio ar-

título 7 conforme al cual «...5. Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países 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...»¹⁰.

De esta forma podemos establecer un primer esquema de aplicación conforme al siguiente decalado:

- Los extranjeros para tener derecho a las prestaciones de seguridad social deben encontrarse residiendo en España o legalmente dentro del país.
- Los nacionales de algunos países (hispanoamericanos, portugueses¹¹, brasileños, andorranos y filipinos) que se encuentren en el supuesto previsto en el apartado anterior obtienen *ex lege* una equiparación al ámbito prestacional que define el artículo 3º de la propia Ley y que se refiere, como anteriormente se ha dicho, a los supuestos de prestaciones no contributivas.
- A todos los demás efectos y todos los demás ciudadanos extranjeros se someten a la aplicación del régimen jurídico de seguridad social a lo que dispongan los Tratados, Convenios¹², Acuerdos o

¹⁰ Sobre la presunción *iure et de iure* de reciprocidad en los supuestos de cobertura del accidente de trabajo puede verse la (AS 2003/2597) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 3218/2003 Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única), de 20 mayo, Recurso de Suplicación núm. 3733/2002 en la que se afirma que «...Esta Sala ya señaló en su sentencia de 25 de abril de 1997 (AS 1997/2430) que, para esta contingencia, se presume «iuris et de iure» la reciprocidad a que se refiere el artículo 7. 4, párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social —precepto que determina el campo de aplicación del sistema español de la Seguridad Social—, en virtud del Convenio número 19 de la OIT y del artículo 1.º 4.b) del Reglamento sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación del Régimen General de la Seguridad Social. De ahí, que el trabajador extranjero, no afiliado ni en alta en la Seguridad Social, y aun sin haber solicitado siquiera los permisos de trabajo y residencia, tenga derecho a cualesquiera de las prestaciones que puedan derivarse de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional...».

¹¹ Actualmente la referencia a los portugueses debe compaginarse con la regulación procedente del ámbito comunitario.

¹² El Convenio OIT 19 de 1925 es analizado en la (RJ 2003/3936) Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 9 junio 2003, Recurso de casación para la unificación de doctrina, núm. 4217/2002, indica que «...el Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 (RCL 1966/2404 y RCL 1967, 801), que «la recipro-

instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida¹³.

En resumen, podemos indicar que la regulación del ámbito subjetivo de la seguridad social tiene un fuerte componente territorial como señala la propia jurisprudencia social. Así lo recuerda la (AS 2003/3221) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 78/2003 Sevilla, Andalucía (Sala de lo Social, Sección Única), de 10 enero en el recurso de Suplicación núm. 3220/2002 cuando señala que «... razón por la que ningún derecho generó el recurrente contra quien pagó por otro, aparte que en otro caso procedería denegarle las prestaciones contributivas solicitadas porque el cobro indebido de prestaciones por desempleo no puede generar derecho alguno contra la Seguridad Social española, máxime cuando las prestaciones por desempleo las pagó una entidad gestora distinta de la obligada al pago de las prestaciones por invalidez permanente por la que nunca se cotizó, pues no se debe olvidar que si el recurrente nunca trabajó en España nunca pudo generar el derecho a dos años de prestaciones contributivas por desempleo, conforme al artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social, precepto que nos muestra que las prestaciones por desempleo o se exportaron de Gibraltar o eran indebidas...».

Es cierto, no obstante, que este régimen general sufre una nueva aco-tación con el ingreso de España en el ámbito comunitario en el que se van estableciendo paulatinamente reglas para la reciprocidad de los sistemas de seguridad social de las personas que son ciudadanos de los países que forman parte de la Unión Europea.

Desde esta perspectiva y con la pretensión de establecer un marco completo podemos establecer un triple régimen de la extranjería¹⁴:

cidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional».

¹³ Al tema se refiere la (RTC 1995/130) Sentencia Tribunal Constitucional núm. 130/1995 (Sala Segunda), de 11 septiembre, al resolver el Recurso de Amparo núm. 2823/1992 en la que se afirma que «...art. 41.1 del referido Acuerdo en el que se dispone que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en el territorio de un Estado miembro de la CEE «se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados».

¹⁴ La STC 107/1984 (RTC 1984/107), viene a plantearse aquí una cuestión de igualdad de los ciudadanos extranjeros respecto de los españoles, es decir, ahora la de si deben ser tratados igualmente en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo. Y conviene recordar que, según dicha sentencia interpretó, «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los

- a) Personas procedentes de los países de la Unión Europea. Se aplican las reglas generales de la misma que están representadas, en esencia, por los Reglamentos de la UE 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971 y el Reglamento 574/1972, de 21 de marzo¹⁵.
- b) Personas procedentes específicamente de los países hispanoamericanos, portugueses¹⁷, brasileños, andorranos y filipinos que se mantienen en el esquema previsto en los artículos anteriores pero a los que se añade la posibilidad de acceder a las prestaciones no contributivas.
- c) Personas que proceden del resto de países. Su régimen común será el que se determine en el correspondiente tratado o convenio internacional o por la aplicación del principio de reciprocidad¹⁶. Este régimen resulta de aplicación tanto al régimen contributivo como en el no contributivo en los términos que prevean las normas y principios a que se refiere el apartado anterior.

Una vez examinado el ámbito subjetivo nos corresponde analizar el material u objetivo se presenta en la regulación como fuertemente cohenestado.

2.2. DELIMITACIÓN OBJETIVA: EL CONTENIDO PRESTACIONAL

Aunque en la propia delimitación objetiva se han hecho ya referencias puramente prestacionales porque las mismas resultaban necesarias para la

reconocidos en el Art. 23 de la Constitución según dispone el Art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Al tema se refiere PALMERO ZURDO, J., «El principio de igualdad de trato en materia de seguridad social y su aplicación a los trabajadores no comunitarios que residen en España», *Relaciones laborales*, núm. 12, Madrid, 1995, pp. 68-86.

¹⁵ En relación con el tema puede verse el trabajo de SEMPERE NAVARRO, A., «Libre circulación de trabajadores y seguridad social. Principios generales de la seguridad social comunitaria. Ámbito aplicativo de los Reglamentos Comunitarios sobre seguridad social. Perspectivas de futuro», en la obra colectiva de Cuadernos de Derecho Judicial *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Madrid, 2002, pp. 365 a 404.

¹⁶ Al tema de los convenios internacionales se refiere el trabajo de ÁLVAREZ CORTES, J. C., *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, 2001, pp. 268 y ss.

¹⁷ Esta referencia carece hoy de sentido porque se trata de un país incorporado a la Unión Europea y eso determina un régimen más beneficioso que el puede conseguirse por esta vía.

propia determinación subjetiva es lo cierto que podemos ahora intentar una sistematización de la protección social conforme al siguiente esquema:

A) *Seguridad Social estrictamente considerada*¹⁸

La inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 7 del TRLGSS determina que los extranjeros que residen legalmente en España tendrán, así como sus familiares —cuando proceda— derecho a la protección en los mismos términos que los españoles tanto en el nivel contributivo como el no contributivo definido, esencialmente, en el artículo 38 del TRLGSS. Es cierto, también, que este contenido prestacional sufre modificaciones por razón de los respectivos regímenes en los que se integren los trabajadores, modificaciones que serán de aplicación a los extranjeros a los que nos venimos refiriendo según el respectivo régimen en el que se haya integrado. En este punto nos limitaremos a indicar que la normativa de protección social no establece determinación alguna limitativa o conductiva de los mismos a un régimen específico sino que mantiene el principio de libertad de alta en cualquiera de ellos cuando las reglas de su respectiva autorización de trabajo lo permitan.

A los efectos de la sistematización que venimos proponiendo debe tenerse presente que el artículo 38 del TRLGSS incluye dentro de las mismas «las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencias a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente...».

Nos encontramos con una referencia a los servicios sociales internos o propios del Sistema de Seguridad social que deben diferenciarse de los externos al sistema que se analizan en el apartado siguiente. La característica fundamental está en que los que venimos denominando «internos» se configuran como auténticos derechos subjetivos para las personas en alta que cumplen los requisitos generales. Esta característica de auténticos derechos subjetivos no es predicable de los servicios externos.

¹⁸ La doctrina nos recuerda que hacia 1925 se va a producir una primera vinculación entre coordinación y armonización de los sistemas de seguro social. El convenio núm. 19 de la OIT se aprueba para procurar la igualdad de trato en la protección contra los accidentes de trabajo. «...Es básico en este orden de cosas el Convenio 102 de la OIT —conocido como convenio “norma mínima” no muy ambicioso, pese a todo, y sin embargo, no ratificado por muchos miembros de la OIT—...».

B) *Servicios Sociales*

El artículo 14.2. de la LODLEE establece una prescripción inespecífica —en términos de seguridad social— conforme a la cual « Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles...». Una interpretación de conjunto nos permitiría indicar que si la prescripción se refiriese a los anteriormente denominados «servicios sociales internos» la mención es rigurosamente innecesaria porque al reconocerse en el apartado anterior la igualdad prestacional respecto del régimen público previsto en el artículo 34 del TRLSS quedan incluidos las prestaciones de servicios sociales que se administran por el Sistema.

De ahí que la inconcreta referencia deba entenderse no solo a las prestaciones indicadas sino a cualesquiera otras que puedan formar parte del concepto de asistencia social y servicios sociales gestionados y reconocidos, en el momento actual, por las Comunidades Autónomas ex artículo 148.1.20 de la CE¹⁹.

Desbordaría el propósito del presente comentario intentar un estudio mínimamente riguroso de los antecedentes históricos de una materia como la asistencia social. Nos limitaremos, en este punto a recordar con Alonso Seco y Gonzalo González que «la noción de asistencia social aparece en nuestra legislación en el primer tercio del siglo XX». La Constitución de 1931, diferenciándola netamente del concepto de seguro social (art. 46) establece que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y los ancianos y protección a la maternidad y a la infancia» (art. 43). Algunos textos legales de la época parecen contraponer la asistencia social pública a la de la beneficencia particular ...quizás para apartar de aquélla cualquier referencia a la idea de caridad o benevolencia y, en consecuencia al carácter graciable que subyace bajo el concepto de beneficencia que si puede predicarse de la beneficencia ejercida por los particulares, no así de la acción pública de un Estado secularizado. El Estado había separado explícitamente las esferas civil y religiosa, consistía precisamente en dar a aquélla otro nombre. Por otro lado, la beneficencia en el momento en el que los seguros sociales comienzan a implantarse tenían cierto carácter odioso

¹⁹ «...debe recordarse que en relación con la noción material de “asistencia social” hemos declarado que “no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse referida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente...”. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 CE...».

tanto por su carácter discrecional como por la precariedad y condiciones ínfimas de sus prestaciones...»²⁰.

Esta misma referencia es la que lleva a Vaquer a indicar que «...En España, esta reconstrucción se inició en la postguerra. Su primera manifestación fue el Auxilio Social, cuyo origen se encuentra en la zona nacional de 1936... Pero lógicamente la acción social del franquismo no se limitó a la configuración de entes gestores de nuevo cuño.... De la posguerra data también la creación de la Organización Nacional de Ciegos, creada por Decreto de 13 de diciembre de 1938... Aparte de estas peculiaridades organizativas, otra gran innovación del franquismo en materia de asistencia se produjo en el plano financiero cuando por Ley 45/1960, de 21 de julio, se crearon los Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y el Ahorro, entre los que se destacó, a nuestros efectos, el Fondo Nacional de Asistencia Social dotado de un recargo sobre las adquisiciones de bienes a título lucrativo y destinado a «favorecer el mejoramiento de las condiciones de vida de la población española por medio de dotaciones para residencias de menores y ancianos, guarderías infantiles, comedores de madres lactantes y otros fines similares» así como «ayudar al sometimiento de las Instituciones de la Beneficencia general y particular...»²¹.

A esta altura del breve relato sobre la asistencia social en España²² podemos ya establecer algunas referencias puntuales que nos pueden servir al objeto de este comentario. Nos referimos a su crecimiento y desarrollo paralelo y, formalmente separado, incluso en lo organizativo del esquema que iba creándose de seguros sociales y, finalmente, de seguridad social. Cuando se produce el reparto competencial de la Constitución de 1978 el esquema tiene un encaje completo cuando se diferencia claramente entre dos títulos competenciales: el artículo 149.1.17 referido a la atribución estatal sobre la «legislación básica y régimen económico de la seguridad social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas...»; y, separadamente, en el artículo 148.1.20, la competencia exclusiva para las Comunidades Autónomas sobre la asistencia social.

Es evidente que, en sede de reparto competencial, el Texto Constitucional no pudo formular ulteriores consideraciones sobre el substrato

²⁰ ALONSO SECO, J. M., y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid, 1997.

²¹ VAQUER CABALLERÍA, M., *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002, pp. 56 y ss.

²² Un análisis más pormenorizado puede encontrarse en el trabajo de GONZÁLEZ SEARA, L., «Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar», en la obra colectiva dirigida por el mismo y por MUÑOZ MACHADO, S., y GARCÍA DELGADO, J. L., Madrid, 2000.

material de una y otra figura y obliga a que sean los desarrollos legales y los pronunciamientos jurisprudenciales los que vengán estableciendo un límite del que realmente puede decirse, *a priori*, que adolece de claridad ya que, en suma, tienen en común que se trata de subvenir estados y situaciones de necesidad que tienen los individuos que pertenecen a una determinada comunidad política. Pero, frente al rasgo común, su articulación legal y organizativa es claramente diferente.

Es en este plano donde debemos indicar que las referencias que se contienen en el artículo 14 de la LODEE según la cual «...los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas...» debe entenderse que alude, tanto a las prestaciones internas como a las externas, de asistencia y servicios sociales. Estas últimas serán aplicables, en la forma que estén establecidas por las Administraciones que las hayan dictado, y el único elemento de referencia interpretativa es que no pueden producirse elementos de discriminación o de diferenciación con los españoles tal y como impone el artículo 139 de la CE cuando señala que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

En síntesis podemos concluir con De Miguel que « los extranjeros gozan en España, en condiciones equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y como tal hay que entender el derecho a la protección social y en concreto a la asistencia sanitaria pública...»²³.

C) *Asistencia sanitaria*

La regulación de la asistencia sanitaria está prevista en (RCL 1986/1316) la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, que en su artículo 1, párrafo 2. indica que «...Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan...»

Con el mismo método que acaba de plantearse respecto del resto de prestaciones podemos aproximarnos al alcance del derecho a la asistencia

²³ DE MIGUEL PAJUELO, F., «La protección social de los extranjeros en España», *Tratado de Extranjería*, Navarra, 2004, p. 589.

sanitaria. Seguimos, en este punto, el esquema de Losada²⁴ que analiza la citada regulación en los siguientes términos:

a) Los trabajadores extranjeros residentes legalmente en España y sus familiares beneficiarios, al estar incluidos en alguno de los regímenes que integran el sistema de seguridad social, cuya acción protectora incluye la asistencia sanitaria para todas las contingencias tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

b) Los extranjeros residentes habitualmente en España que no desempeñen una actividad lucrativa que dé lugar a su inclusión en el Sistema de la Seguridad Social pero estén inscritos en el padrón municipal correspondiente, tienen también derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

c) Los extranjeros en situación de ilegalidad (en lo que se refiere a la posesión de las correspondientes autorizaciones administrativas). Admite, a su vez, la siguiente diferenciación:

- El de los menores de 18 años de edad, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles aunque no estén inscritos en el padrón municipal²⁵. No es pacífico el ámbito de extensión de este derecho que puede interpretarse que solo alcanza a la protección en casos de urgencia. Tras la LODEE este derecho parece que es incondicionado y alcanza a la asistencia sanitaria en régimen común como consecuencia de la suscripción del Convenio ONU de 1989 sobre los derechos de los niños.
- El de las mujeres embarazadas, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto aun en el supuesto de que no estén inscritos en el padrón municipal.
- El de los extranjeros mayores de 18 años inscritos en el padrón municipal de la localidad donde residan que tienen derecho a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad con los españoles²⁶.

²⁴ LOSADA GONZÁLEZ, H., *ob cit.*, pp. 213 y 214.

²⁵ Esta prescripción deriva de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reconoce a los menores extranjeros el derecho a la asistencia sanitaria aunque no residan legalmente en España cuando se encuentren en situaciones de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración competente.

²⁶ Es cierto que para prevenir que esta situación ampare el fraude la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, modificó el régimen jurídico del padrón indicando que «...«La inscripción en el Padrón Municipal sólo surtirá efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de esta Ley por el tiempo que subsista el hecho que la motivó y, en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente...».

— El de los extranjeros mayores de 18 años no inscritos en el padrón. Solo tienen derecho a la asistencia Sanitaria de urgencia.

3. HACIA LA DEFINICIÓN DE UN ÁMBITO DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LOS EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS²⁷

Las consideraciones que se han hecho en los apartados anteriores nos presentan lo que podríamos denominar el entorno de normalidad en la cobertura de la protección social y su regulación legal. Es cierto que la interpretación jurisdiccional de las normas analizadas —sobre todo la realizada por los órganos de la jurisdicción social—²⁸ está demostrando que existen elementos adicionales de protección que nacen del incumplimiento de las obligaciones generales en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social respecto de las personas que no residen legalmente en España y que su propia configuración aparecen expresamente recogidas en el acervo de derechos²⁹.

Esta modificación se completa con la que afecta al artículo 16 de la LBRL conforme al cual «...3. Los datos del Padrón Municipal se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo al afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. También pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo (RCL 1989, 1051 y RCL 1990, 1573), de la Función Estadística Pública y en las leyes de estadística de las comunidades autónomas con competencia en la materia

²⁷ Sobre el tema puede verse el trabajo de GÓMEZ CIRIANO, E. J., «La invisibilidad de los inmigrantes irregulares en el nuevo marco normativo de extranjería», en la obra colectiva *Inmigración y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 219 y ss.

²⁸ Al tema de la aplicación jurisdiccional de las normas en materia de inmigración se refiere GASCÓN ABELLÁN, M., cuando señala que «en línea de principio, cabría decir que el juez no tiene frente a la integración de los inmigrantes una responsabilidad mayor o menor que la que tiene en otros casos: aplicar la Ley. Sin embargo, la cuestión no es tan simple. Primero, por la propia trascendencia moral y política que la integración de los inmigrantes tiene para el futuro de nuestras sociedades. Segundo, por la propia función que al Juez le viene atribuida en el Estado constitucional: aplicador de la ley pero al tiempo garante de los derechos y principios constitucionales...De ahí deriva, en relación con el juez, una doble exigencia: por una parte, viene sometido al principio de legalidad, lo que le obliga a aplicar la ley en todos los casos en los que ésta sea relevante; pero por otra parte viene sometido al principio de constitucionalidad, lo que obliga a atender los requerimientos constitucionales, en particular los que se vinculan a ...los derechos y principios de justicia...». En «La responsabilidad de los jueces ante la Integración...», en la obra colectiva *Inmigración y Derecho*, Madrid, 2003, p. 149.

²⁹ La normativa administrativa tipifica como infracciones administrativas, en la mayor parte de los casos, muy graves la utilización de trabajadores sin licencia administrativa para residir y para trabajar. En relación con el tema debemos remitirnos a nuestro trabajo «La potestad sancionadora pública en materia de extranjería», en el *Tratado de Extranjería*, por nosotros coordinado, Navarra, 2004.

Esta concepción ampliatoria es, en gran parte, tributaria de la concepción contributiva y profesional de nuestro sistema de seguridad social que le lleva a establecer determinadas prescripciones sobre la base del enriquecimiento injusto de quien recibe cotizaciones como consecuencia de una actividad profesional y, sin embargo, es dispensado, por no cumplir una serie de requisitos administrativos, del abono y la cobertura prestacional. En este campo es, precisamente, donde las matizaciones jurisprudenciales han operado con mayor severidad.

En realidad lo que se plantea en estos supuestos es la garantía que el Estado debe proporcionar a los extranjeros en situación irregular en España que no se mantienen en un actividad pasiva sino se dedican realmente a actividades productivas en sus diversas formas. Esta situación propicia que se cubran, eventualmente, los riesgos de la actividad laboral para los que, conforme al esquema general, no quedan cubiertos porque, como se ha indicado, no tienen la posibilidad de afiliarse ni darse de alta en ningún régimen de seguridad social.

A partir de este momento surge un conflicto de intereses: la normativa de seguridad social no admite su inscripción por lo que, en principio, no son sujetos habilitados para acceder a la relación jurídica de seguridad social pero las normas sociales reaccionan otorgando algún tipo de cobertura porque prima el riesgo que procede de la realización de la actividad laboral aunque lo sea en condiciones de ilegalidad formal.

Si esto no fuese así se estaría concediendo a los empresarios un beneficio evidente porque pudiendo utilizar la fuerza productiva del trabajador no asumen los costes de la seguridad social ni asumen los que le hubiesen correspondido frente a cualquier trabajador (no extranjero) no afiliado. Este conflicto de intereses lo ha resuelto la jurisprudencia social haciendo predominar la relación laboral y añadiendo a la nulidad por falta de capacidad que es inherente a la situación del extranjero que se encuentra en España sin la correspondiente autorización administrativa un efecto adicional y obligacional consistente en asumir directamente los perjuicios derivados de la contratación ilegal —por falta de capacidad—³⁰.

En todo caso debe recordarse que las diferencias no son solo en el ámbito social. Algunas manifestaciones de las mismas pueden verse en el trabajo de PICÓ LORENZO, C., «Desencuentros entre la legislación de extranjería y la jurisprudencia. Experiencias en la aplicación del Ordenamiento de Inmigración. Diferente tratamiento del fenómeno migratorio por los jueces y tribunales. El acierto y la oportunidad», en la obra colectiva *Inmigración y Derecho*, Madrid, 2003, p. 233; desde otra perspectiva puede verse también nuestro trabajo «Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 637, Navarra, 2004.

³⁰ Este conflicto es analizado por la (RJ 2003/3936) la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 9 junio 2003, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4217/2002 en la que se afirma que «...la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal

Analicemos seguidamente algunos de los pronunciamientos judiciales en los que puede encontrarse esta tesis para apreciar adecuadamente sus contornos:

- a) *El derecho a percibir los salarios derivadas de relaciones que no son lícitas conforme al Derecho del Trabajo*³¹

La jurisprudencia social había mantenido una línea constante que diferencia entre la nulidad del contrato y la acción autónoma —basada en el enriquecimiento injusto— que puede surgir como consecuencia de la prestación real de los servicios al margen de que los mismos por su sujetos o por su objeto fuesen nulos³².

Esta misma doctrina se aplica en la (AS 2002/2875) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 5090/2002 Cataluña (Sala de lo Social), de 10 julio, Recurso de Suplicación núm. 8926/2001 que postula la aplicación de la doctrina general expuesta y señala que «...Aduce el recurrente que es doctrina jurisprudencial asentada el que la falta de obtención del permiso de trabajo afecta a la validez y eficacia del contrato (sentencia del TS de 20-12-1982 [RJ 1982/7872]) siendo por tanto el mismo nulo, pero aun siendo así de acuerdo con el artículo 9.2 del ET (RCL 1995/997), el trabajador podrá exigir por el trabajo que hubiere prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido, ya que lo contrario sería un enriquecimiento injusto. **De ahí que deba entenderse que un extran-**

(Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, 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...».

³¹ Esta doctrina ha sido matizada para excluir los salarios de tramitación. AS 2000/1480, Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 71/2000 Madrid (Sala de lo Social, Sección 5.ª), de 2 febrero, Recurso de Suplicación núm. 3986/1999 en la que se afirma que «...De ahí que ha de entenderse que un extranjero sin permiso de trabajo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado y devengos correlativos a dicha prestación, pero no los que se piden con carácter de trámite, pues si el contrato era nulo y durante el período de trámite procesal el titular no prestó ningún servicio no le corresponde el devengo a tenor de lo preceptuado en el ya mentado art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores en la consideración de que el principio de igualdad total ante la Ley que el Art. 14 de la Constitución proclama lo es para los españoles sin que tal acotamiento sea inconstitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 23-11-1984 [RTC 1984/107])...».

³² Sobre el alcance de la forma en la contratación laboral puede verse, con carácter general, el libro de FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *La forma en el contrato de trabajo*, Madrid, 2002.

jero sin permiso de trabajo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado y devengos correlativos a dicha prestación...³³».

La responsabilidad de este abono recae sobre el empresario incumplidor con las eventuales incidencias sobre las responsabilidades que pudieran corresponder al Fondo de Garantía Salarial.

b) *La protección frente al accidente de trabajo: indiferencia de la situación administrativa del extranjero*³⁴

La protección contra el accidente de trabajo y, eventualmente, contra la enfermedad profesional tiene, en nuestro Ordenamiento, algunas características una de las mismas es, precisamente, la de articular un alta de pleno derecho por el mero hecho de la concurrencia de la relación laboral no formalizada —en los términos del ET— en el ámbito de la relación de seguridad social. Es más, aun en el supuesto de que la misma se haya realizado, otra de las características adicionales es que para causar las prestaciones en este ámbito no es preciso lucrar la carencia temporal que se exige con carácter general para el resto de prestaciones.

En este contexto surge la cuestión relativa a la aplicación de la anterior prescripción a los extranjeros que no tienen autorización administrativa para trabajar pero, sin embargo, desempeñan una prestación laboral efectiva en la que tienen un accidente de trabajo. El Convenio de la OIT núm. 19 de 1925, ratificado por España el 24 de mayo de 1928, abordaba ya esta cuestión indicando que «... 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 aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del

³³ Esta misma sentencia declara la responsabilidad, en estos casos, del Fondo de Garantía Salarial cuando señala que «...De lo expuesto y teniendo en cuenta que lo que ahora se reclama son salarios no percibidos durante la prestación de los servicios se deduce que el Fondo de Garantía Salarial en su responsabilidad subsidiaria deberá abonar la suma a la que ha sido condenada la empresa a tenor del artículo 33 del ET, por lo que procede la revocación en parte de la sentencia condenando al FGS, al abono de la cantidad reclamada, máxime si como se ha expuesto el accionante llegó a tener concedido permiso de trabajo en fecha 11 de abril del 2000 y el visado desde 22 de marzo de 2000, no pudiendo ser retirado el primero a no satisfacer el empresario las tasas correspondientes...»

³⁴ Sobre el tema puede verse CHARRO BAEZA, P., «Trabajadores extranjeros “ilegales” y accidentes de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social». *Aranzadi Social*, vol. III, Navarra, 1999, pp. 2948-2953.

trabajo. 2. Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia. Sin embargo, en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se regirán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados...».

La doctrina general que procede de este reconocimiento se traduce rápidamente en los pronunciamientos judiciales. Así (AS 2001/3265) la Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 6813/2001 Cataluña (Sala de lo Social), de 5 septiembre que al resolver el Recurso de Suplicación núm. 5950/2000 estableció que «...debe entenderse que la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales comprende al extranjero sin acondicionamiento alguno, así lo declara también la sentencia dictada por el TSJ Madrid de fecha 16-4-1998, núm. 5973/1997, en virtud de los dispuesto en la Orden de Ministerio de Trabajo de 28-12-1966 (RCL 1966/2404; RCL 1967, 801 y NDL 27253) y la resolución de la Dirección General de Previsión de 15-4-1968 (RCL 1968/836, 1028 y NDL 27361 nota), que desarrolla el artículo 7.5 de la LSS de 21-4-1966, señalando que respecto a extranjeros la reciprocidad se entenderá reconocida en todo caso en relación a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional...»³⁵.

Al tema se refiere, igualmente, la (AS 2001/308) Sentencia Tribunal Superior de Justicia Valladolid, Castilla y León (Sala de lo Social), de 4 diciembre 2000 en el Recurso de Suplicación núm. 1804/2000 que establece una doctrina general que podemos resumir en la siguiente forma «...Censuras jurídicas que deben correr suerte adversa, pues, si bien es cierto que el actor carecía de los permisos de trabajo y de residencia y no había sido dado de alta en la Seguridad Social cuando el 20 de octubre de 1999 **sobrevino el accidente** a que se alude en el hecho probado primero de la sentencia recurrida, no se encuentra desamparado por el sistema de la Seguridad Social, por cuanto, y pese a que su contratación pueda calificarse como nula, por falta de capacidad legal para trabajar de una de las partes —sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de

³⁵ Esta doctrina se encuentra igualmente en la doctrina de los Convenios de la OIT. En concreto, el Convenio núm. 121 relativo a prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (con listado de enfermedades profesionales enmendado en 1980). No obstante, debe resaltarse que se trata de uno de los Convenios internacionales del trabajo no ratificado por el Gobierno Español.

Desde una perspectiva procesal, la STSJ de 16 de abril a 1998 (AS 1998/1392); STSJ de Andalucía-Granada de 7 de enero de 1998 y la del TSJ de Cataluña de 25 de abril de 1997 (AS 1997/2430).

23 de noviembre (RTC 1984/107)—, **tiene derecho a la asistencia sanitaria y a la protección prevista frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social**, en virtud de la reciprocidad tácita o expresa a que se refiere el artículo 1º.4.b) de la OM de 28 de diciembre de 1966 [RCL 1966/2400 y NDL 27250] (BOE de 30 de diciembre) y que considera reconocida en todo caso respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y, ello, «aunque la relación de empleo se haya celebrado en contra de una prohibición legal»... De no ser así se produciría un fraude en el empleo que posibilitaría la ocupación de extranjeros en situación irregular en territorio español, eludiendo la normativa de contratación y en perjuicio tanto del propio extranjero como de la política de empleo y de financiación de la Seguridad Social...»³⁶.

De esta doctrina general podemos, por tanto, extraer dos consecuencias evidentes: por un lado, el contrato de trabajo —aunque sea formalizado verbalmente— es nulo de pleno derecho³⁷ y, por otro, que, pese a la indicada nulidad, se produce una relación paralela por virtud de la cual el empresario es obligado a asumir las obligaciones nacidas del propio accidente de trabajo.

Desde el punto de vista de lo que aquí venimos analizando es necesario indicar que estos supuestos, sin perjuicio, de que la regla general consiste en la transferencia de la responsabilidad en el pago de prestaciones a los empresarios que han incumplido sus obligaciones implican un marco de responsabilidad de la propia seguridad social como de hecho prevé el propio artículo del Convenio de la OIT antes transcrito³⁸. Completa esta

³⁶ Sobre el tema puede verse, igualmente, la (RJ 2003/3936) Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 9 junio 2003, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4217/2002.

³⁷ El Tribunal Constitucional, en Sentencia 107/1984, de 23 noviembre (RTC 1984/107) se pronunció sobre esta cuestión y consideró que los contratos de trabajo suscritos por extranjeros sin permiso de trabajo eran nulos de pleno derecho. Señala CHARRO (*ob. cit.*, p. 2951) que el rigor de la nulidad se matiza por la jurisprudencia cuando la autorización administrativa se concede *a posteriori* (STSJ de Madrid de 9 de octubre de 1997 y 21 de noviembre de 1991).

³⁸ El tema se analiza en el artículo 126 del TRLSS que regula la responsabilidad en orden a las prestaciones indicando que «...2. El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. 3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, **los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios; el indicado pago procederá, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto**

afirmación Charro indicando que «debe advertirse que en este supuesto que no existe afiliación ni alta ni cotización, se declara la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación (STSJ de Madrid, de 16 de abril de 1998 (AS 1998/1392) no siendo obstáculo el hecho de que la empresa hubiera suscrito un documento asociativo con la mutua demandada pero ello no quiere decir que la Mutua quede libre de responsabilidad, por cuanto el principio de automaticidad de las prestaciones que proclama el artículo 96.3 de la LGSS(hoy artículo 126 LGSS) le obliga a anticipar (STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 1997 (AS 1997/3938))³⁹.

c) *Incapacidad permanente de los extranjeros que no se encuentren legalmente en España: una interpretación flexible*

La doctrina establecida en el apartado anterior nos serviría para explicar, prácticamente, todas las cuestiones que en el orden prestacional se pueden plantear en el supuesto planteado, esto es, el extranjero que se

de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago...».

La responsabilidad no alcanza a la totalidad de las prestaciones que se hubiesen devengado. El propio artículo señala, más adelante que «...El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables de aquéllas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el artículo 123 de esta Ley.

Los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios, correspondan a aquellas Entidades, Mutuas o Servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o judicial o frente a las Entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.

Cuando, en virtud de lo dispuesto en este número, las Entidades gestoras, las Mutuas y, en su caso, los Servicios comunes se subrogaren en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquellos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación.

4. Corresponderá a la Entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la Entidad que, en su caso, deba anticipar aquélla o constituir el correspondiente capital coste...».

³⁹ CHARRO BAENA, P., «Trabajadores extranjeros “ilegales” y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de seguridad social», *Aranzadi Social*, vol. III, parte presentación, pp. 2948-2953.

encuentra irregularmente (desde una perspectiva administrativa) realizando una actividad laboral en España.

Es cierto, no obstante, que el análisis de la jurisprudencia nos permite establecer algunas matizaciones a la doctrina taxativamente establecida en el apartado anterior. En concreto, cuando se ha planteado la aplicación de la tesis anterior al ámbito de incapacidad permanente los tribunales han matizado la tesis anterior no ya en lo que se refiere a la responsabilidad del empresario sino en la posibilidad de la incorporación del extranjero al Sistema de la Seguridad Social.

Al tema se refiere la (AS 1998/214) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 96/1998, Andalucía (Sala de lo Social) (Sevilla), de 15 enero al resolver el Recurso de Suplicación núm. 1460/1996 en la que se afirma que «...Aunque el Tribunal Constitucional, en Sentencia 107/1984, de 23 noviembre (RTC 1984/107) consideró que los contratos de trabajo suscritos por extranjeros sin permiso de trabajo eran nulos de pleno derecho, ha de tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo 1989 (RJ 1989/2414) matizó dicho criterio, señalando que dichos contratos tendrían validez si se concediesen los permisos de trabajo y residencia *a posteriori* y sólo serían nulos si éstos se denegasen...».

En este mismo ámbito se ha producido, igualmente, alguna matización más entre la que destaca la imposibilidad del alta de oficio. Así la (AS 2000/3192) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 305/2000 Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 6 mayo al resolver el Recurso de Suplicación núm. 317/2000 señala que «..., la regularización administrativa de la situación del trabajador, es requisito previo y necesario para la formalización de la relación jurídica de Seguridad Social, sin la cual la TGSS no puede proceder al alta en el sistema de Seguridad Social del trabajador, ni a instancia de éste ni de oficio, al quedar sujetos los trabajadores extranjeros a la legislación específica sobre la materia (art. 7.5 LGSS, art. 7.3 ET, y disposiciones concordantes), con independencia de la infracción administrativa en que incurra la empresa y el reproche social que merece su conducta;... **sin que proceda la afiliación obligatoria del trabajador a la Seguridad Social española, pues aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos (LEG 1948/1), reconozca el derecho a la Seguridad Social de toda persona, ello no significa, según ha declarado esta Sala en sentencia de 7-7-1998 (AS 1998/2906), que tal derecho implique el correlativo deber respecto de un determinado y concreto Estado y no de otro, por lo que tal norma programática exige un desarrollo normativo posterior a nivel interno que no existe en España, y no hay disposiciones que prevean la obligación de dar de alta en la**

Seguridad Social a un extranjero sin permiso de trabajo y residencia...⁴⁰ ...».

d) *Aplicación, específica, de los beneficios de la seguridad social en el ámbito del Régimen Especial del Mar*

Otro elemento de diferenciación en el tratamiento de los extranjeros según el régimen de seguridad social en el que se haya producido (o hubiera debido hacerlo) el alta en el Sistema de Seguridad Social. La (AS 1998/3572) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 2238/1998 País Vasco (Sala de lo Social), de 9 junio establece una interpretación diferenciada del régimen prestacional y del tratamiento de los extranjeros que puede resumirse indicando que «...Pues bien, sucede que España ratificó el 19 de febrero de 1973 (RCL 1973/2314 y NDL 19328) (BOE 19 de diciembre de 1973) el Convenio núm. 70 de la OIT, sobre Seguridad Social de la gente del mar, de 28 de junio de 1946, en cuyo art. 2 se reconoce el derecho de la gente del mar y de sus familiares a recibir igual protección, cuando menos, que los trabajadores industriales en materia de prestaciones médicas, frente a la incapacidad para el trabajo, la muerte, la vejez y el desempleo. Equiparación que supone la inclusión de los nacionales de países no comunitarios ni iberoamericanos, aunque no haya reciprocidad de trato, en el campo de aplicación del régimen especial de los trabajadores del mar, en razón de la que se da, en el ámbito de los trabajadores industriales, entre inmigrantes de cualquier país y españoles, al amparo de lo establecido en el art. 6, b) del Convenio núm. 97 de la OIT (RCL 1967/1093 y NDL 10177), sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949, ratificado por España el 23 de febrero de 1967 y publicado en el BOE del 7 de junio de dicho año [inaplicable, por sí mismo, a los marinos: art. 11.2, c)]...».

Esta interpretación jurisdiccional nos da una nueva pista que supone, literalmente hablando, la ruptura del esquema tradicional con la incorporación al ámbito prestacional de la seguridad social de los trabajadores incluidos dentro del ámbito de aplicación del régimen especial del mar desde una concepción material y al margen de que dicha inclusión sea real

⁴⁰ La retroacción al momento de obtener la residencia es analizada en la (AS 1998/4687) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 9092/1998 Cataluña (Sala de lo Social), de 7 diciembre en el Recurso de Suplicación. Rollo núm. 3053/1998 y en la que se afirma que «...así la propia Tesorería recurrente condiciona, los efectos del alta de aquél en el RETA, a la concesión del permiso de residencia, olvidando, como se ha dicho, el efecto real del repetido permiso gubernativo...».

—conforme a los criterios generales que anteriormente se han analizado— o simplemente por el desarrollo de una actividad que materialmente queda dentro del ámbito de aplicación de la misma. Con los requisitos indicados en la sentencia analizada nos encontramos ante un nuevo supuesto de responsabilidad pública por el ámbito material de actividad que se plasma en los mismos mecanismos que anteriormente se han analizado y, en general, en todos los demás que permitan la incorporación a la relación jurídica de seguridad social de carácter especial que regula el régimen especial del Mar.

e) *Derecho al desempleo*⁴¹ *cuando se extingue el permiso de trabajo pero se mantiene el permiso de residencia*⁴²

Es este otro aspecto en el que la jurisprudencia ha matizado el alcance que sobre la capacidad de los trabajadores extranjeros tiene la terminación de las autorizaciones administrativas establecidas en el supuesto de los extranjeros.

Esta cuestión ha sido analizada en (RJ 1995/6887) la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 25 septiembre 1995, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3854/1994 en la que se señala que «...Razona por ello la sentencia que la autorización administrativa a **que se viene aludiendo no puede confundirse con una prohibición absoluta**, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque, como se ha visto, el trabajador extranjero **puede continuar en el territorio español si cuenta con permiso de residencia, puede también buscar otro empleo y puede por último, cuando lo encuentre, solicitar el permiso de trabajo**⁴³. La concesión de éste podrá presentar

⁴¹ En relación con esta prestación y sus características esenciales puede verse el trabajo de CEA AYALA, B., «Desempleo. Nivel contributivo y asistencial», en la obra colectiva *Prontuario de las prestaciones de seguridad social*, Manuales de Formación Continua del CGPJ, Madrid, 2002, pp. 514 y ss.

⁴² Un resumen de la doctrina puede verse (AS 1995/1029) en la Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 333/1995, Andalucía (Sala de lo Social) (Málaga), de 27 marzo que al resolver el Recurso de Suplicación. Rollo núm. 1363/1993 indica que «...El criterio predominante en las diversas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, parece ser el anteriormente mantenido por el extinto Tribunal Central de Trabajo en Sentencias como las de 13 julio 1984 (RTCT 1984/6381) y 23 enero 1987 (RTCT 1987/1297) en el sentido de que basta tener permiso de residencia para poder tener derecho a las prestaciones por desempleo, máxime cuando los Convenios 44 y 97 de la OIT prevén que se generalice el pago de tales prestaciones, excepto para el caso de empleos con duración inferior a seis mensualidades...».

⁴³ Se plantea, incluso, la posibilidad de inscribirse en la oficina de empleo. Así lo analiza la (AS 1996/2245) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 3099/1996 Cataluña (Sala de

dificultades, a la vista de los criterios aplicables de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, pero estas dificultades no eliminan de forma absoluta la posibilidad de trabajo y **por ello resulta apreciable la existencia de una situación de desempleo...**⁴⁴.

Es más, los Tribunales del orden social se han llegado a plantear si existe derecho a la prestación de desempleo asistencial cuando existe una obligación de residencia sin tener la autorización administrativa correspondiente. Por más que el supuesto parezca complejo es necesario aclarar que se trata de una persona que está cumpliendo —en sus diversos regímenes— una pena privativa de libertad. Al tema se refiere la (AS 2004/420) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 963/2003 Valladolid, Castilla y León (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 septiembre al resolver el Recurso de Suplicación núm. 963/2003 en la que se afirma que «...requisito que no satisface el recurrente, como el mismo reconoce, por más que se encuentre viviendo en Palencia, con obligación de permanecer en España hasta la extinción completa de la pena o concesión de indulto (según resolución judicial del orden penal) y empadronado, sin que a este último extremo pueda conferírsele la relevancia que el recurso sostiene, no sólo porque el empadronamiento no puede sustituir, conceptualmente, a la autorización de residencia, sino porque la propia Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000/72 y 209) (modificada por la 8/2000, de 22 de diciembre [RCL 2000/2963 y RCL 2001, 488]), expresamente contempla el empadronamiento como hecho distinto del de residencia disponiendo que (artículo 12.1) los que reúnan tal requisito tendrán derecho a la asistencia sanitaria...»⁴⁵.

lo Social), de 10 mayo en el marco del Recurso de Suplicación. Rollo núm. 6473/1995 en el que se señala que «...La nota estampillada en el permiso de residencia ha de interpretarse, pues, en el sentido de que, en sí misma, no autoriza a trabajar en España. Que de hecho pueda llegar o no a obtener esta autorización, será cuestión a valorar por la autoridad competente (artículo 52.3 de la Ley), cuando solicite una nueva expedición, que no renovación (artículo 19.1 inciso final de la Ley 7/1985, de 1 julio, art. 46.2 del Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986 de 26 mayo [RCL 1986/1899 y 2401]), por no haber solicitado ésta dentro de plazo. Pero entretanto el permiso de residencia, obtenido al amparo del artículo 19.2 en relación con el art. 13 de la Ley, le autoriza a inscribirse como demandante de empleo, que es la pretensión ejercitada. Lo que suceda «a posteriori» es cuestión ajena a este proceso...».

⁴⁴ Esta misma doctrina puede encontrarse en la (RJ 1995/6787) Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 septiembre 1995 al resolver el Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 834/1995.

⁴⁵ Esta misma doctrina se encuentra en la (AS 2003/2672) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 432/2003 Cantabria (Sala de lo Social, Sección Única), de 28 marzo, Recurso de Suplicación núm. 902/2002.; y , (AS 2000/3221), Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 1352/2000, Andalucía (Sala de lo Social) (Sevilla), de 13 abril, Recurso de Suplicación núm. 1948/1999; (AS 1996/2474) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 3967/1996 Cataluña (Sala de lo Social), de 7 junio, recurso de Suplicación. Rollo núm. 6480/1995.

En este mismo terreno, las prestaciones de desempleo, se ha llegado a plantear la influencia que sobre la misma tiene el tipo de permiso de trabajo lo que lleva a los Tribunales sociales a entender que no procede el reconocimiento de la prestación, aunque se hayan prestado servicios por cuenta ajena, cuando la autorización para trabajar en España lo es por cuenta propia. Así lo señala la (AS 1997/4266) Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 10 diciembre 1997 al resolver el Recurso de Suplicación núm. 5784/1997 en el que se afirma que «...para los trabajadores por cuenta ajena, condición que no concurría en el demandado cuando solicitó la prestación por desempleo, pues la circunstancia de haber prestado servicios en una empresa, al constituir una situación viciada, no le confería legalmente, y por razones obvias, la condición de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de obtener la prestación por desempleo, con posterioridad a la baja en la misma...».

Finalmente puede darse noticia de alguna sentencia que va más allá y sin cuestionarse la existencia o no del permiso de residencia reconoce el derecho a la percepción de las prestaciones, como la del desempleo, que son fruto de cotizaciones ya realizadas. En este sentido se pronuncia (AS 1994/4506) la Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 2402/1994, Andalucía (Sala de lo Social) (Sevilla), de 16 noviembre en el Recurso de Suplicación núm. 971/1994 en la que se señala que «...La solución contraria daría lugar a una discriminación por razón del país de origen de la persona que es contraria al artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980/607 y ApNDL 3006), al Convenio 111 de la OIT, ratificado por España el 18 de noviembre de 1968 (RCL 1968/2101 y NDL 7256) y a la Ley 31/1984, de 2 agosto, que no veda el acceso a la prestación por desempleo a los extranjeros, sino que la reconoce, según su artículo 1.º 1, a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden su empleo por causa no imputable a ellos, supuesto de la actora, quien en la fecha del hecho causante quería y podía trabajar y a quien no se le puede denegar el derecho reclamado, so pretexto de que posteriormente, no se le ha renovado el permiso para trabajar en España, pues tal autorización no se ha denegado y la conseguirá cuando encuentre un trabajo, pues para obtener la prestación cuestionada basta con acreditar que se quiere trabajar, lo que se hace mediante la inscripción como demandante de empleo —artículo 7.º 1 de la Ley citada—, acto que no requiere la previa obtención de permiso de trabajo, ya que en otro caso se estaría denegando una prestación contributiva, ganada con las cotizaciones efectuadas, con base en actos posteriores que no dependen de la voluntad del beneficiario,

quien deja constancia de su deseo de encontrar un empleo y es discriminado por su ascendencia nacional⁴⁶.

f) *Cotizaciones de los trabajadores extranjeros en actividades laborales diferentes a las que ampara la autorización administrativa para trabajar*

Se refiere al tema la (AS 1996/166) Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 276/1996 Cataluña (Sala de lo Social), de 11 enero, en la que se afirma «...Considerada tal doctrina, así como el principio de proporcionalidad penal en relación a la entidad que se atribuye a las contravenciones de la normativa reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España según resulta de los arts. 25 y 55 de la Ley Orgánica 7/1985 y 75 y 55 del Reglamento que lo desarrolla (RCL 1986/1899 y 2401) en relación con lo previsto en la Ley 8/1988, de 7 abril (RCL 1988/780), sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, se deduce que no puede negarse eficacia a las cotizaciones realizadas por una empresa en virtud del trabajo realizado por un extranjero que goce de un permiso de trabajo concedido para actividad total o parcialmente diferente a aquella que desarrolló y motivó la cotización...»⁴⁷.

Un paso más en este ámbito es el reconocimiento de las cotizaciones mientras se estaban tramitando las correspondientes autorizaciones administrativas que, finalmente se consiguen. Se refiere al tema (AS 1995/

⁴⁶ Una matización concreta puede encontrarse en la (AS 1993/5030) Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sala de lo Social), de 5 noviembre 1993 Recurso de Suplicación núm. 4744/1993. «...Indiscutidos los hechos, y por tanto acreditado que el recurrente, entonces súbdito peruano que había trabajado desde el 1983 a 1992, en la Embajada de su país, no tenía necesidad de permiso para trabajar, por ser personal de la misma, al extinguirse esa relación laboral, no se le puede exigir el cumplimiento del Art. 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 julio, por no haber necesitado antes permiso de trabajo, y defender la obtención de tales permisos, de acuerdo con el Art. 17.1 de la citada Ley Orgánica 7/1985, de la presentación de un contrato de trabajo por escrito, o al menos la justificación de un compromiso formal de colocación por parte de una empresa, exigencias que, en sí mismas, imposibilitarían la obtención de las prestaciones de desempleo, pareciendo también lógico que si durante su dilatada relación laboral, no se le exigió permiso de trabajo, al cesar en esa relación, tampoco se le pueda exigir tal permiso, para poder percibir las prestaciones de desempleo...».

⁴⁷ Sobre la base de esta doctrina concluye la Sentencia: «...AS 1996/166 Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 276/1996 Cataluña (Sala de lo Social), de 11 enero Recurso de Suplicación. Rollo núm. 4285/1995, indicando que «...ha de estimarse la pretensión del actor y recurrente, relativa al reconocimiento de la pretensión desocupacional en su nivel asistencial o subsidio por desempleo, en atención al período de carencia, inferior a doce meses, y superior a seis, de conformidad con los arts. 13 y 14 de la Ley 31/1984, en su redacción dada por la Ley 22/1992 (RCL 1992/1739) y con efectos desde el día siguiente a su cese laboral, dado que formuló la solicitud dentro de los siguientes quince días...».

3625) la Sentencia (núm. 448/1995) Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Social), de 4 octubre, en la que se señala que «...Consiguiendo, dicha previsión normativa desvirtúa los argumentos en atención a los cuales el INEM deniega la concesión del subsidio de desempleo; argumentos que la sentencia de instancia ratifica. De un lado, porque, parificada la petición de renovación a la tenencia del propio permiso, la relación de trabajo que el demandante entabló con la empresa «Afia Abdellah» no contravino el art. 7 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 15 de la Ley Orgánica de Extranjería, sino que fue válida y eficaz en derecho, resultando computables, por tanto, las cotizaciones a la Seguridad Social que se efectuaron a su amparo. Y, de otra, porque, cuando el 12 de julio de 1994 el actor solicitó del INEM el subsidio de desempleo, estaba jurídicamente capacitado para contratar la prestación de sus servicios laborales en España, por lo que «podía» trabajar y cumplía, en consecuencia, el requisito que establece el art. 203.1 del RDLeg. 20 junio 1994, en conexión con el art. 215 del propio Texto Refundido de la LGSS (RCL 1974/1482 y NDL 27361), a fines de otorgar la protección por desempleo que éste regula...».

4. LA DIFÍCIL CONFORMACIÓN RESTRICTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Las consideraciones que acaban de realizarse nos muestran una realidad más que evidente: la regulación sedicentemente restrictiva basada en la legalidad de la estancia o del trabajo en España se revela por muchos ángulos como una realidad ciertamente compleja y, en muchos casos, ilusoria. Frente a la concepción de que todo se arregla cuando la estancia del extranjero en España es legal el ámbito aquí analizado nos demuestra que, por diversas razones, el Ordenamiento ha ido estableciendo limitaciones o excepciones que, finalmente, implican compromiso público en la gestión y dispensación de determinadas prestaciones. Las justificaciones últimas de este tipo de posiciones se plantean, en el ámbito social, como derivadas de razones humanitarias o de sociabilidad y, en el ámbito jurídico, como consecuencia de la incidencia de las formulaciones generales contenidas en los Tratados y Acuerdos Internacionales que vienen estableciendo un ámbito prestacional que no está directamente vinculado (en su totalidad) a la posesión de las correspondientes autorizaciones administrativas sino que están vinculados a la propia condición de persona que se encuentra en un estado de necesidad y en un Estado que ha suscrito aquellos Acuerdos Internacionales.

Como se indicaba al principio este planteamiento —que prácticamente puede encontrarse en cada ámbito que tratemos de analizar— es especialmente significativo en un ámbito como el de la protección social. La protección contra las enfermedades graves, la atención al embarazo y al parto, la urgencia prestacional, la protección a los menores de edad (y en otros casos los ancianos o los impedidos) son elementos que se pueden modular en lo referente a la amplitud de su régimen prestacional pero que realmente resulta muy difícil negarles cualquier virtualidad cuando inciden sobre personas que se encuentran en España sin las autorizaciones administrativas correspondientes.

Esto demuestra que el tratamiento del régimen jurídico de los extranjeros es una problemática compleja que no se resuelve con una determinación desprovista del contexto general. La protección social en España y en la mayor parte de los países de nuestro entorno —con mayor o menor alcance en función de la sociabilidad del Estado en cuestión— ha trazado una línea ampliatoria en la que la protección social que tiene como referencia al propio ciudadano, a la persona —en general— que se encuentra en una situación de necesidad con preterición, por tanto, de esquemas aseguradores y centrados en la cotización que fueron el mecanismo tradicional de inserción en los Ordenamientos Jurídicos en los comienzos del siglo anterior⁴⁸.

En este contexto el análisis realizado demuestra que la protección social, que la protección de la necesidad, en nuestro propio Ordenamiento, tiene una visión amplia del fenómeno de la extranjería asegurando a éstos la igualdad de derechos cuando tienen concedidas las correspondientes autorizaciones administrativas y, un mínimo vital y esencial, cuando carece de aquellas.

El marco así diseñado se complementa con la protección contra los supuestos de utilización ilegítima de los servicios profesionales de los extranjeros ya que lógicamente es la actividad prestacional clandestina la que habilita realmente para la permanencia (en condiciones más o menos dignas) en España.

⁴⁸ Una visión general sobre este tema puede verse en los trabajos de MUÑOZ MACHADO, S.; MESTRE DELGADO, J., y ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La europeización de las garantías de los derechos y univesalización en Europa de algunas políticas de bienestar»; ABRAHAMSON, P., «¿Estado de Bienestar Nacional o europeo?», ambos en en la obra colectiva *Las estructuras del Bienestar en Europa*, MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L., y GONZÁLEZ SEARA, L. (dir.), Madrid, 2000, pp. 305 a 408. y 507 a 522, respectivamente.

Posteriormente, AYALA CAÑON, L., «Pobreza y protección social: las reformas necesarias. Las Estructuras del Estado de Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes», en *ibid.*, MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, J. L., y GONZÁLEZ SEARA, L. (dir.), Madrid, 2002, pp. 245 a 304.

En suma, un conjunto de prestaciones que implican un compromiso público con las situaciones de necesidad al margen de que la persona sobre la que recaiga tenga o no la plenitud de las autorizaciones para su estancia en el territorio nacional. Probablemente nos encontramos ante una causa más para la reflexión sobre la normativa de extranjería y sobre la resolución de los problemas con soluciones aparentemente simplistas pero que encierran otros elementos de complejidad que, desde una visión conjunta del Estado, merecen una atención relevante.