

SEGURIDAD SOCIAL E INMIGRACIÓN: LUCES Y SOMBRAS EN LOS CAMBIOS NORMATIVOS NO EXPLICITADOS EN EL NUEVO MILENIO

SOFÍA OLARTE ENCABO

Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

EXTRACTO

Se analiza aquí lo que denominamos “derecho a la Seguridad Social de los ciudadanos extranjeros no comunitarios”, su contenido y su régimen jurídico. Aunque aparentemente no hay cambios normativos importantes dentro de nuestro Derecho de la Seguridad Social parece importante analizar, en primer lugar, las incidencias de la LOEXIS y su Reglamento de desarrollo en la LGSS y normas de desarrollo, diferenciando el nivel contributivo y el asistencial; en segundo lugar, se detectan “movimientos normativos” que tienen especial incidencia en este campo como la supresión del límite de edad en el contrato para la formación de extranjeros, o la reordenación del subsidio agrario y del régimen de los eventuales agrarios *ex* RDL 5/2001, de 24 de mayo y jurisprudencia que tiene en cuenta el factor nacionalidad en la concurrencia de requisitos para el acceso a determinadas prestaciones (convivencia, períodos de residencia...), tendencias que hemos clasificado en tres grupos: regresivas, de equiparación efectiva y ambivalente; en tercer lugar, interesa analizar la influencia del factor extranjería en el régimen de las diferentes relaciones que conforman la relación de Seguridad Social (actos de encuadramiento, cotización y prestación). Las conclusiones se mueven en el terreno de la ambivalencia, luces y sombras, aperturismo y hermetismo, igualdad y discriminación, eso sí sibilina, indirecta, casi difuminada.

ÍNDICE:

- 1. Notas para una delimitación y justificación del tema**
- 2. Nuestros presupuestos de partida**
- 3. Configuración del derecho a la seguridad social de los extranjeros en el ordenamiento español: interacciones entre la LOEXIS y la LGSS**
- 4. Luces y sombras en las soterradas reformas normativas y líneas jurisprudenciales de extranjería y Seguridad Social. 4.1 Tendencias regresivas. 4.2 Tendencias de equiparación efectiva. 4.3. Tendencias ambivalentes**
- 5. La adaptación del régimen jurídico de las relaciones de Seguridad Social al factor diferencial de la nacionalidad. A) actos de encuadramiento, afiliación y alta. B) relación de cotización. C) relación de prestación, responsabilidad en orden a prestaciones y automaticidad**

1. NOTAS PARA UNA DELIMITACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Muchas son las cuestiones y los problemas que se plantean en el ámbito del Derecho Internacional del la Seguridad Social. Muchas las variables jurídico-positivas a tener en cuenta y muchas, también, las implicaciones sociales, económicas, financieras, sociológicas, demográficas y políticas, en torno a la inmigración.

Todo ello, claro está, sin entrar en el análisis del mercado de trabajo y la regulación de los flujos migratorios, con los que la Seguridad Social está estrechamente vinculada, lo que nos obliga a tener en cuenta esta variable aunque sólo sea de una forma implícita y completamente funcional, al objeto de este trabajo.

Situándonos en el ámbito del Derecho Internacional de la Seguridad Social, también nos encontramos con ámbitos diferenciados de análisis jurídico: el Derecho Internacional Coordinatorio, el Derecho Internacional armonizador, el Derecho Convencional, el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario de la Seguridad Social., entre otros. Por ello es especialmente importante y hasta necesario delimitar el objeto de estudio de este estudio.

Concretamente, nos moveremos dentro de lo que podemos denominar “Derecho a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros no comunitarios”, en coherencia con el propio ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 (en adelante LOEXIS), tal y como queda definido en su artículo primero.

En segundo término, y quizá a diferencia de otras materias donde se han producido cambios normativos más expresos y *ad hoc*, aquí hemos de justificar el tema, al menos en atención a su inclusión en una obra de carácter monográfico, relativa a las recientes reformas del Sistema de Seguridad Social. Por tanto, hemos de explicar, en qué radica la novedad o el cambio desde nuestra perspectiva. Y aquí, justo es señalarlo, vemos que el “material” normativo, e,

incluso, jurisprudencial, no nos permite hablar de grandes cambios, de normas cuyo objeto sea abordar total o parcialmente esta materia.

Aparentemente, no hay cambios en las leyes presupuestarias, ni en las leyes de acompañamiento para el año 2002, ninguna otra ley, ni reglamento... Entonces en qué radica la actualidad y, por tanto, la justificación misma de la presencia aquí de este trabajo.

Éstas serían algunas de las líneas de razonamiento que debieran ser suficientes a tal fin, líneas que servirán, además, de esquema para el desarrollo de nuestro trabajo:

1º Clarificación, ya que la situación no es tan evidente como podría parecer, tras la entrada en vigor y aplicación de la LOEXIS, siendo importante “estabilizar” las interacciones entre ésta Ley y la vigente LGSS.

2º Análisis de una serie de reformas legales indirectas, tales como la supresión del requisito de la edad en el contrato para la formación en los dos primeros años de permiso de trabajo, la incidencia de la LOEXIS y de la jurisprudencia en el régimen de protección por desempleo de estos trabajadores extranjeros (renovación automática de permisos) o requisito de convivencia en determinadas prestaciones no contributivas.

3º El aumento del número de trabajadores extranjeros y la coexistencia de situaciones de regularidad e irregularidad, lo que de por sí obliga a hacer reflexiones doctrinales que evalúen su impacto y las consecuencias jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social.

El análisis de estos puntos pondrá de manifiesto cómo cualquier intervención normativa en esta materia adopta un carácter subterráneo, a veces también circular, e imperceptible tanto por la técnica normativa empleada como por su estilo indirecto. Es decir, se elude abordar la cuestión de una forma vertical y unitaria, tratando de ordenar sistemáticamente las imprescindibles adaptaciones técnicas para la aplicación del régimen jurídico a unos trabajadores cuya razón de ser de su encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social radica en la posesión de permiso de trabajo y/o de residencia.

A todo lo anterior se ha de añadir un último punto dirigido a realizar un análisis/rastreo de tipo vertical, estudiando las diferentes relaciones jurídicas que conforman la genérica relación de Seguridad Social, y ello para poner de manifiesto el lento y desigual avance de la regulación de aspectos que se plantean específicamente en torno al derecho a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros, aspectos que en la mayor parte de los casos se dejan a la decisión judicial.

Carencias que resultan en cierta medida más comprensibles en un contexto europeo como el actual, que, tal y como se ha hecho más explícito en la reciente Cumbre de Sevilla (21 de junio de 2002), el centro de atención se centra en el blindaje de fronteras comunes, descuidando la problemática de la integración de los ciudadanos extranjeros no comunitarios que viven y trabajan en los Estados miembros y sin los que, según afirman los analistas, ni nuestro sistema económico ni nuestro Sistema de Seguridad Social podrá subsistir.

Opción política de signo defensivo, que tampoco parece que vaya a dar ningún resultado policial satisfactorio, ya que el fenómeno de la globalización sobrepasa a los movimientos migratorios y a los controles policiales de fronteras.

Es cierto, además, que esta actitud defensiva aparece (o se trata de presentar) como una opción necesaria para el mantenimiento del Estado del Bienestar nacionalista¹, sin embargo, no faltan estudios que defienden los efectos benéficos de la inmigración sobre los sistemas de Seguridad Social, sobre todo desde la perspectiva financiera², siendo quizá los mayoritarios.

2. NUESTROS PRESUPUESTOS DE PARTIDA

Es claro que los fenómenos migratorios no pueden ser cabalmente apprehendidos si no es desde una perspectiva interdisciplinar (política-económica-sociológica-jurídica), y ello, más aún dentro del ámbito estrictamente jurídico, ya que la formación de una adecuada composición de la realidad exige la combinación de perspectivas tan diversas como la penal, la administrativa, la del Derecho Internacional Privado, y, evidentemente la laboral.

Sin embargo, no es menos cierto que el trasfondo de la LOEXIS nos remite a un concepto de extranjero y de inmigración netamente laboral y por ello esta dimensión entronca y eleva a un primer plano la Seguridad Social, pues sólo una vez el ciudadano extranjero tiene reconocida legalmente su condición de trabajador, es posible su integración en nuestro sistema de Seguridad Social.

Este vínculo indisoluble obliga a tener en cuenta en todo momento el régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en nuestro país, y, especialmente, la dicotomía legal entre trabajadores “legales” e “ilegales”, para, a partir de ello, determinar cuál es su posición ante el ordenamiento de la Seguridad Social.

Igualmente, nuestro sistema interno de protección social de los ciudadanos extranjeros se encuentra condicionado por el ordenamiento comunitario y muy especialmente por lo dispuesto en el Reglamento CEE 1408/1971³.

¹ Vid. en esta línea de pensamiento, REQUEIJO GONZÁLEZ, J.: *Estructura económica mundial*, Mc Graw Hill, 1999, pág. 239, donde se citan estudios punteros en EEUU. Vid. también sobre esta cuestión, ONU: *Replacement Migrations: is it a solution to declining and ageing population?*, Ginebra, 2000.

² Vid. LORCA, A., ALONSO, M. y LOZANO, L.A.: *La inmigración en las fronteras de la Unión Europea*, Madrid. Ed. Encuentro, 1997; SIMON, J.L.: “Sobre las consecuencias económicas de la inmigración. Lecciones para las políticas de inmigración”, en Coor. Magesini, *Cruzando fronteras*. Migraciones en el sistema mundial, Icaria, Barcelona, 1998, pág. 280 y ss.

³ Vid. MERCADER UGUINA, J.: *La protección social de los extranjeros*, Ponencia III, en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Santander, 2001, en prensa. Este autor distingue tres niveles en relación a la cláusula de nacionalidad: 1º, el de plena identidad entre comunitarios y extracomunitarios (incluyendo a los nacionales de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio), 2º Matizada igualdad (Acuerdos de Asociación y Cooperación entre de la UE con terceros Estados y 3º) Coordinación convencional y bilateralización de regímenes de protección.

El Reglamento CEE 1408/1971, proyecta el principio de igualdad de trato de los ciudadanos de la UE que residen en territorio de uno de los Estados miembros y tiene como principios básicos de la coordinación (art. 29): la totalización de los períodos para el reconocimiento del derecho y cálculo de las prestaciones (conservación de derechos en curso de adquisición y la exportación de derechos (conservación de derechos adquiridos).

Los Acuerdos de Asociación, ex art. 228 TCEE, tienden a la extensión del principio de trato igual a los nacionales de países que los suscriben con la UE. Así es emblemático el Convenio de Asociación con Turquía, ya que es el más antiguo y ha servido de modelo a otros posteriores como el Acuerdo de Asociación entre la UE y los países del Magreb (Marruecos, Túnez y Argelia), en los que el principio de igualdad tiene un alcance limitado y matizado, más acusadamente tras la firma de Acuerdos de Asociación firmados con posterioridad, incluso con estos mismos países, especialmente en lo que se refiere a las prestaciones no contributivas y, sobre todo con la introducción de una exclusión expresa de los inmigrantes irregulares.

No obstante, la Propuesta de Reglamento del Consejo por la que se modifica el Reglamento 1408/1971, en lo relativo a su ampliación a nacionales de terceros países, anuncia un cambio sustancial y plenamente coherente con las disposiciones contenidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo contenido tiene valor de principios generales del Derecho Comunitario.

No cabe duda pues de que, como conclusión, tanto en el ámbito del Derecho Internacional de la Seguridad Social como en el propio Derecho Comunitario, tiende a imponerse el principio de igualdad de trato en el ámbito de la protección social. No se puede llegar a otra conclusión ya que el derecho a la Seguridad Social es considerado ya como un derecho humano que no pertenece de forma exclusiva a los nacionales de un país, ya que está íntimamente vinculado a la dignidad humana sobre el principio de igualdad de trato⁴.

3. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ODENAMIENTO ESPAÑOL: INTERACCIONES ENTRE LA LOEXIS Y LA LGSS

Aunque son numerosos los textos internacionales que reconocen el derecho a la Seguridad Social de toda persona (Declaración Universal de Derechos del Hombre, art. 22, Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales, art. 9, Carta Social Europea, arts. 12 y 13), en nuestro texto constitucional el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE

⁴ Para un estudio pormenorizado del encuadramiento del derecho a la seguridad social entre el elenco de derechos humanos en los diferentes textos internacionales, *vid.* ALVAREZ CORTÉS, J.C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Tecnos, 2002, en especial, pág. 25 y ss.

se entiende referido con exclusividad a los españoles (STC 107/1984, de 23 de noviembre), mientras que los derechos reconocidos a los extranjeros se consideran derechos de configuración legal.

No obstante, como afirma el TC en su más reciente Sentencia 95/2000, 10 de abril, los extranjeros gozan en condiciones plenamente equiparables a los españoles de aquellos derechos de la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, tal y como se configura el derecho a la protección social y, más concretamente, a la Seguridad Social.

Hasta la Ley Orgánica 4/2000, reformada (LOEXIS), se hacía preciso realizar un análisis diferenciado de los dos niveles en que se estructura nuestro sistema de Seguridad Social (el contributivo y el no contributivo), ya que la inclusión en el mismo se hacía depender del factor de la nacionalidad.

La nacionalidad como criterio de delimitación del ámbito subjetivo de la Seguridad social comenzó su declive con la supresión de este requisito en el bloque contributivo, de la mano de las leyes de acompañamiento de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, Ley 13/1996 y Ley 66/1997, que abandonan la “exigencia de nacionalidad combinada con el viejo y complejo esquema convencional de la reciprocidad al que era necesario acudir, dando un tratamiento más actualizado y genérico desde la legalidad formal”⁵.

La inclusión en el sistema, en el nivel contributivo, quedó, a partir de este momento, determinada por criterios idénticos para nacionales y extranjeros, es decir: la profesionalidad y la residencia, por lo que en dicho nivel, y siempre que se contara con permiso de residencia y permiso de trabajo, se produciría una equiparación plena entre nacionales y extranjeros.

En el bloque no contributivo o asistencial, la situación era distinta, ya que el art. 7 LGSS mantenía la exclusión de los extranjeros, salvo el caso de los denominados extranjeros de “ascendencia ibérica” o que les correspondiera en virtud del principio de reciprocidad⁶.

La LOEXIS, como decíamos, y si bien de una forma un tanto elíptica y, desde luego, poco contundente, ha supuesto un paso más en este lento camino hacia la equiparación.

Es cierto que el art. 10 de la LOEXIS se refiere al derecho al trabajo y al derecho a la seguridad social, remitiendo, en cuanto al acceso al sistema de Seguridad Social de los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en dicha Ley orgánica y en las disposiciones que la desarrollan, “a la legalidad

⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, pgs. 380 y 381.

⁶ Para una visión anterior a la LOEXIS, vid. SÁNCHEZ RODAS, C.: *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en el ordenamiento español*, Laborum, Murcia, 1998, pág. 51 y ss.

vigente”. Esto supone, entendemos, una remisión legal a la LGSS, y más concretamente al art. 7 que regula el campo de aplicación del sistema⁷.

Sin embargo, lo cierto que es el art. 14 de la LOEXIS, y no el art. 10, el que de una forma específica regula propiamente el derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales de los extranjeros no comunitarios. En aquél precepto se consagra, sin lugar a dudas, un principio de equiparación plena y total entre extranjeros residentes legales y nacionales.

Por tanto, este precepto modifica el art. 7 de la LGSS, ya que la equiparación se hace sin ningún tipo de distinción, condicionante ni matiz, es decir, abarcando a los dos niveles en que se estructura nuestro sistema, el contributivo o profesional y el no contributivo o asistencial.

Aunque ciertamente el tenor literal del art. 10 de la LOEXIS resulta más restrictivo por la exigencia, tanto del permiso de trabajo como del permiso de residencia, lo más restrictivo es la remisión legal implícita al art. 7 de la LGSS, que llevaría a la conclusión contraria que mantenemos aquí, es decir, que los extranjeros en general estaría excluidos del nivel no contributivo. Sin embargo, existe razones suficientes para mantener una postura afirmativa en la que prevalecería el art. 14 de la propia LOEXIS⁸:

1º Ha de prevalecer el art. 14 por aplicación del principio de especialidad.

2º La LOEXIS consagra como principio hermenéutico el de no discriminación, y por esta vía resulta más coherente la aplicación del art. 14 de la LOEXIS.

3º Es aplicable el principio de igualdad de trato impuesta por las normas internacionales.

Esta interpretación es, además, la que ha acogido la propia Administración de la Seguridad Social, en sus Criterios de Aplicación 2000/67 y 68º.

En todo caso, ante la aparente antinomia legal, hubiera sido preferible una alusión expresa al efecto derogatorio de dicho precepto sobre la LGSS, y no una mera disposición derogatoria genérica tal y como se hizo. Lo cierto es que las recopilaciones legislativas al uso siguen manteniendo el texto íntegro del art. 7 LGSS, creando cierta confusión, cuando es evidente que éste choca con lo dispuesto en una ley posterior y lo correcto sería suprimir, por considerarlos derogados, los números 3 y 5 del artículo 7 de la LGSS.

⁷ Se puede ver sobre la incidencia de la LOEXIS sobre el art. 7 LGSS, BARRIOS BAUDOR, L. y CHARRO BAENA, P.: “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas tras la Ley 4/2000”, comunicación presentada en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001.

⁸ En la misma línea interpretativa, vid. en la doctrina, por todos, RAMOS QUINTANA, M.: “Trabajadores extranjeros e integración social”, TL, nº 54, 2000.

⁹ “Régimen Jurídico de las prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos consultados” INSS, Madrid, 2000, pág. 207 y ss.

4. LUCES Y SOMBRAS EN LAS SOTERRADAS REFORMAS NORMATIVAS Y LINEAS JURISPRUDENCIALES DE EXTRANJERÍA Y SEGURIDAD SOCIAL

A estas alturas de nuestro discurso parece que claro que, partiendo del presupuesto de la existencia de un permiso de trabajo y/o un permiso de residencia, la equiparación entre nacionales y extranjeros es plena en nuestro Sistema de Seguridad Social, tanto en el bloque contributivo como en el no contributivo o asistencial. Principio de igualdad que, coherentemente, haría innecesaria cualquier iniciativa normativa específica o *ad hoc*, a salvo de las imprescindibles referencias a las peculiaridades derivadas de la exigencia del permiso de trabajo y del permiso de residencia. Es decir, que lo coherente, sería la existencia de normas de mera adaptación y de carácter técnico.

En esta línea (adaptaciones de tipo técnico) se sitúa el RD 84/1996, de 26 de enero de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, en adelante RGA, cuyo art. 42 exige para la afiliación y alta de trabajadores extranjeros, copia del permiso de trabajo, entre la documentación a presentar.

Por ello, más allá de la propia LOEXIS, no parece coherente que se dictaran “normas gueto” en un contexto normativo de equiparación plena. Sin embargo, lo cierto es que se están dando “movimientos normativos” de diferente signo y alcance, ya incidiendo en el allanamiento del camino hacia la equiparación plena, real y efectiva, ya en la vía de la segregación o infraprotección.

4.1. Tendencias regresivas

Veamos, en primer lugar, esta segunda tendencia, la del “apartheid”, aun, en muchos casos camuflados de una apariencia tuitiva:

- Análisis del art. 11.2 a) del ET (modificado, primero, por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, y, posteriormente tramitado como ley por la Ley 12/2001, de 9 de julio, art. 1, apartado 2):

Al regular el contrato para la formación, este precepto dispone que el límite máximo de edad “no será de aplicación cuando el contrato se concierte con desempleados incluidos en alguno de los siguientes colectivos:

- minusválidos
- trabajadores extranjeros, durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, salvo que se acrediten la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo
- quienes se encuentren en situación de exclusión social
- aquéllos que lleven más de tres años sin actividad laboral
- los que se incorporen como alumnos-trabajadores a los programas de escuelas taller, casas de oficios y talleres de empleo.

El objetivo, no vamos a prejuizar si aparente o real, de esta ampliación del ámbito subjetivo de contrato para la formación, parece ser el de facilitar la colocación (y la formación) de determinados colectivos con mayores dificultades de inserción.

Al margen de cuestiones estrictamente laborales, en las que no entraremos aquí, no podemos perder de vista que esta modalidad contractual laboral tiene como uno de los factores diferenciales del régimen jurídico-laboral común un especial tratamiento protector en la Seguridad Social, desde luego a la baja, en comparación con el resto de trabajadores. En efecto, y como es sabido, sólo abarca como contingencias, situaciones protegidas y prestaciones, las derivadas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, la asistencia sanitaria por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad y las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes, maternidad y pensiones (art. 11.2, i) ET). Es decir, y como señalábamos, un nivel de protección inferior, que precisamente deja fuera, entre otras, las prestaciones y subsidios por desempleo.

Uno de los colectivos expresamente "llamados" a esta modalidad son precisamente los trabajadores extranjeros en los dos primeros años de vigencia de su contrato. Además, de una forma indirecta, también se incluyen de forma genérica en los colectivos que se encuentren en situación de exclusión social, ya que la Disposición Adicional 15ª de la LET define éstos, entre otros, como personas que sean preceptoras de rentas de inserción o que no lo sean por falta del período de residencia o empadronamiento exigido (lo que afecta tanto a emigrantes nacionales de una a otra Comunidad Autónoma como también muy especialmente a los extranjeros por falta de períodos de residencia previa).

Es decir, que nuestra legislación laboral abre múltiples vía para que la modalidad de contrato aplicable a un extranjero sea la del contrato para la formación, más barata y con un nivel de protección social rebajado.

Sin entrar en cuestiones sobre su virtualidad de inserción para este colectivo, nos preguntamos hasta qué punto esta medida es conforme con el principio de igualdad de tratamiento y hasta qué punto es constitucional sentar una diferencia (aunque sólo sea como medida de fomento) sobre la base de la nacionalidad.

Es cierto que el precepto establece una salvedad: "salvo que se acrediten la formación y experiencia necesarias", pero, esto por definición también sería aplicable a los nacionales, por tanto, la ampliación se basa en el factor nacionalidad. Y la cuestión que esto suscita es ¿tienen los extranjeros sin cualificación mayores dificultades de ocupación que los nacionales sin cualificación? La respuesta obviamente, es negativa, ya que las posibilidades de empleo de los extranjeros viene determinada no por sus características personales ni profesionales (cultura, idioma, títulos...), sino por la situación nacional de empleo y el principio de preferencia de los nacionales frente a los extranjeros

en el mercado de trabajo nacional (lo que se traduce en la exigencia de una doble autorización administrativa, permiso de trabajo y permiso de residencia). Es decir, no es un colectivo con dificultad de inserción propiamente dicho, el extranjero lo será si es minusválido, alcohólico, toxicómano..., pero no por su condición de extranjero.

Se produce, desde otro punto de vista, se estaría también produciendo una discriminación indirecta desfavorable para los trabajadores españoles sin cualificación, que está sometidos al límite general de los veintiún años de edad. Y a la vez, desde otra perspectiva, se produce un abaratamiento del coste del factor trabajo de los trabajadores extranjeros, con una inducida protección social a la baja.

La excepción del nivel de cualificación y experiencia no se concreta en la norma y tampoco parece que tenga mucho sentido, dado el tipo de trabajo que predominantemente se deja a estos trabajadores, donde el nivel de cualificación requerido es mínimo.

Si alguna razón genérica de marginalidad se observa en los trabajadores extranjeros, no es otra que la exigencia de permiso de trabajo, pues de entre ellos los hay cualificados, no cualificados y generalmente no son inválidos.

Finalmente, se ha de tener en cuenta otro efecto inducido de esta medida sobre la protección social de los trabajadores extranjeros, y es que tras la finalización de estos contratos, al no contar con protección por desempleo, se produce un efecto perverso adicional: la imposibilidad de renovación automática de los permisos de trabajo, prevista en los apartados b y c del art. 38 de la LOEXIS.

4.2. Tendencias de equiparación efectiva

En segundo término, también se observan “movimientos normativos” de signo inverso, tendentes a la implantación progresiva del principio de equiparación real y efectiva, a través de una labor mínima de adecuación al hecho inmigratorio. Esta tendencia está fundamentalmente protagonizada por el la jurisprudencia y por nuestros tribunales de justicia (en algún caso con respaldo normativo a posteriori).

Estos serían los cambios más significativos:

1. Prestaciones contributivas por hijo a cargo:

El art. 180 a) LGSS exige para acceder a la prestación familiar por hijo a cargo que el causante esté a cargo del beneficiario. Adicionalmente, el art. 3. b) del RD 356/1991, de 15 de marzo, en la modalidad contributiva, vincula esta prestación a la condición de trabajador por cuenta ajena afiliado a la Seguridad Social, no siendo necesaria la residencia legal en territorio español (a diferencia de la modalidad no contributiva en que sí se exige, art. 168 a) LGSS, aunque sí exige la convivencia, previendo, art. 2.1 y 2, que la reparación transitoria por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico y rehabilitación, entre otras causas, no interrumpe la convivencia. De ello se deriva la existencia de un principio de igualdad de trato entre nacionales y extranjeros.

De conformidad con ello, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia había mantenido una interpretación flexible del requisito de convivencia, destacando que lo realmente exigible es la dependencia económica de los hijos¹⁰, en algún caso, incluso, se ha admitido el derecho a percibir la prestación en el país de la nacionalidad del trabajador¹¹.

Expresamente referido al caso de hijos de trabajadores extranjeros en España, que residan en otro país, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social dictó una Resolución de 19 de junio de 1998, en la que se reconoce el derecho a esta prestación con independencia del lugar de residencia del hijo a cargo.

2. Prestaciones por desempleo

A partir del modelo normativo de protección por desempleo, se había venido considerando que la falta de permiso de trabajo supone la imposibilidad de acceder a prestaciones por desempleo porque falta la posibilidad de trabajar (requisito imprescindible para el reconocimiento de estas prestaciones). De tal forma, que, aún cotizando por este concepto, se entendía que la falta de permiso de trabajo (y la prohibición legal de trabajar sin él) implica falta de capacidad para trabajar y, por ello, imposibilidad de reconocimiento de una prestación.

Así una primera línea jurisprudencial exigía el permiso de trabajo para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo, por lo que la extinción de aquél impedía el acceso a esta prestación. Otras sentencias, más flexibles, defendieron que lo único exigible era el permiso de residencia (y, en algún caso, ni esto, en virtud de disposiciones de Derecho Internacional convencional, en que se prevé la posibilidad de exportación de prestaciones), y ello de conformidad con lo dispuesto en los Convenios 44 y 97 de la OIT, pues, en tal caso, resultaría un contrasentido y los extranjeros nunca accederían en nuestro país a prestaciones por desempleo.

Fue la STS, UD, de 21 de diciembre de 1994, Ar. 10349, la que clarificó y estabilizó los criterios a seguir, siendo los más importantes los siguientes: la falta de permiso de trabajo no equivale a prohibición absoluta para trabajar, ello no elimina la Situación Legal de Desempleo, ya que el extranjero puede continuar en territorio español si tiene permiso de residencia, busca otro empleo y solicita la prestación por desempleo.

En la misma dirección se dictaron otras posteriores, como las SSTS de 21 de septiembre de 1995 (Ar. 6787) y de 25 de septiembre de 1995 (Ar. 6887), pudiendo hoy afirmar que existe ya una línea muy consolidada a favor de

¹⁰ A título ilustrativo, vid. STSJ Madrid, de 3 de mayo de 1996, AS 1552.

¹¹ Vid. la STSJ Madrid, de 31 de mayo de 1994, AS 2003, el país de la nacionalidad del trabajador era Marruecos con el que España tiene suscrito un Convenio de Seguridad Social de 8 de noviembre de 1999.

considerar que existe posibilidad de trabajar una vez se ha extinguido el permiso de trabajo, mientras se cuente con autorización de residencia, y ello aunque se hubiera denegado un permiso de trabajo.

Estas soluciones jurisprudenciales han quedado plenamente consagradas en el marco normativo vigente, tal y como dispone el art. 38.3 de la LOEXIS, la renovación del permiso de trabajo es automática cuando se hubiera reconocido al trabajador extranjero una prestación contributiva de desempleo (apartado b) o cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma (apartado c)¹², lo que sin duda se refiere, entre otros, a los preceptores de prestaciones no contributivas por desempleo.

Una referencia especial merecen los trabajadores marroquíes, dada, relativamente, abundante doctrina constitucional y peculiaridades de su régimen, ya que si bien el Convenio Hispano-Marroquí no contemplaba la prestación por desempleo, si lo hace el Acuerdo de Cooperación CEE y Reino de Marruecos, aprobado por el Reglamento del Consejo 2111/1978, cuyo art. 41 garantiza la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad. En este sentido, la STC 130/1995, de 11 de noviembre, en su fundamento jurídico 4º, y sobre la base de dicho Acuerdo de Cooperación, reconoció el derecho a prestación por desempleo de un súbdito marroquí, lo que ocasionó su posterior inclusión en el Convenio Bilateral.

En el nivel no contributivo, también se han producido cambios y adaptaciones del régimen jurídico de estas prestaciones al fenómeno de la inmigración, concretamente en lo que se refiere a la exigencia del permiso de residencia, que ha sido objeto de una interpretación flexibilizadora por el TS en unificación de doctrina.

En nuestro ordenamiento el nivel no contributivo no responde a las características de un modelo propiamente asistencial, en la medida en que el derecho a prestaciones no está desligado de una contribución previa, así como de la inclusión anterior en el sistema de Seguridad Social. En efecto, las prestaciones no contributivas tan sólo cubren selectivamente determinadas deficiencias del bloque contributivo, aplicando controles de tipo asistencial (carencia de recursos económicos...).

Básicamente, son el agotamiento (o imposibilidad por insuficiencia de período cotizado) de las prestaciones contributivas, junto con la insuficiencia de rentas y la existencia de cargas familiares los requisitos exigidos para el

¹² Vid. OLARTE ENCABO, S.: "Renovación automática del permiso de trabajo por reconocimiento o disfrute de una prestación por desempleo", en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000, LO 8/2000)*, coord., Moya Escudero, Comares, Granada, 2001, págs. 321 a 337, aunque por errata de imprenta se imputa a otro autor.

acceso a subsidios por desempleo (al margen de algunos colectivos específicos, como los liberados de prisión o inmigrantes retornados).

La existencia de cargas familiares se define legalmente sobre la base de la existencia de un grado de parentesco, la dependencia económica y la convivencia. Ciertamente, este último requisito no aparece directamente en el art. 215 LGSS, sino que se contiene en el art. 18 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (en adelante RPD), en el que, con dudoso acomodo al principio de legalidad, la responsabilidad familiar queda conformada no sólo por el parentesco y la dependencia económica (estar a cargo) sino que también exige la convivencia, salvo que, aun no existiendo ésta, exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial.

Aunque esta es una cuestión problemática de alcance general, es claro que la exigencia de convivencia plantea mayores problemas en el caso de los trabajadores inmigrantes que dejan sus familias en los países de origen.

En este punto los Tribunales Superiores de Justicia siguieron líneas contradictorias en cuanto a la exigencia o no del requisito de convivencia de estos trabajadores, si bien el TS, en unificación de doctrina, ha terciado la cuestión en un sentido flexibilizador o “humanizador”¹³, afirmando que la exigencia legal de “tener a cargo” familiares debe interpretarse en un sentido estrictamente gramatical, es decir, como indicativo de una relación de cuidado y de atención, o, en otros términos, de sostenimiento económico, aun cuando no se viva bajo un mismo techo, como es frecuente en el caso de trabajadores migrantes, ya que la finalidad del precepto es proveer a la subsistencia de personas sin recursos.

Eliminación del requisito de convivencia, que, como recuerda la doctrina del TS, es además una exigencia de acomodo a la normativa internacional, concretamente al Convenio 157 OIT sobre el Establecimiento de un Sistema para la Conservación de derechos en materia de Seguridad Social, de 21 de junio de 1982, ratificado por España el 26 de julio de 1985, que es posterior a la publicación del RD 625/1985.

4.3. Tendencias ambivalentes

En tercer lugar, se puede distinguir un terreno menos claro, donde lo predominante es la ambivalencia: la ambivalencia de las soluciones en materia de prestaciones no contributivas de trabajadores extranjeros.

Aunque los trabajadores extranjeros son considerados potencialmente como uno de los colectivos más importantes en este nivel, hasta hace poco ello no ha sido posible por la exigencia de la nacionalidad, que unida al principio

¹³ *Vid. las SSTS de 11 de abril de 2000, Ar. 3485 y de 3 de mayo de 2000, Ar. 6619.*

de territorialidad (exigencia de residencia en el país), sirviendo estos elementos configuradores como “mecanismos de blindaje” y de cierre de este tipo de prestaciones para los ciudadanos extranjeros¹⁴.

La LOEXIS, tal y como hemos señalado, modifica esta situación incluyendo a los extranjeros residentes, también, en este nivel de protección¹⁵. No obstante, para determinadas prestaciones no contributivas, nuestro ordenamiento exige no sólo el requisito de la residencia legal, sino también un período mínimo de residencia (así en las de invalidez y jubilación no contributivas).

En el caso de la prestación no contributiva de invalidez se exige haber residido previamente en España durante cinco años y en la prestación no contributiva de jubilación cinco años, exigiéndose, además, una residencia cualificada, es decir, que de dichos períodos una parte (dos años en la de invalidez, art. 144 LGSS, y dos años también en la de jubilación, art. 167 LGSS) deber ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

Respecto de la prestación no contributiva por hijo a cargo sólo se exige la residencia legal en el momento de la solicitud (art. 183 LGSS y art. 3.2 a) RD 356/1991).

Además, en general, se exige el mantenimiento de la residencia con posterioridad al reconocimiento de la prestación y durante su percepción.

Por tanto, la residencia, tanto en la LGSS como en la LOEXIS, es el elemento sobre el que se configura el régimen jurídico de las prestaciones no contributivas, lo que de por sí supone un límite que afecta de forma muy especial a los trabajadores extranjeros¹⁶.

Desde nuestro punto de vista resulta difícil en estos casos hablar de discriminación cuando la propia jurisprudencia comunitaria sostiene que los Estados miembros, ante la ausencia de una armonización comunitaria en la materia, son competentes para regular los requisitos necesarios para el acceso

¹⁴ Ello, claro está a salvo de previsión expresa en contrario en convenios bilaterales, tal y como sucede en los Convenios con Canadá, Rusia y Ucrania. Un supuesto en que esto no se contemplaba específicamente, según la doctrina del TS, se refiere al Convenio bilateral de Seguridad Social con el Reino de Marruecos, Instrumento de ratificación de 5 de julio de 1982, por ser anterior a la introducción de la rama no contributiva en nuestro Sistema. Vid. al respecto, el comentario a la STS, Sala 4ª, de 1 de abril, de 1988, Ar. 2689, MONTOYA MELGAR, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 1 de abril de 1988, en recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, RMTAS, 1998, nº 9.

¹⁵ En este sentido, *vid.* QUINTANA RAMOS, M.: Trabajadores extranjeros e integración social, TL, nº 54, 2000.

¹⁶ *Vid.* GONZALO GONZALEZ, B.: “Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre”, RMTAS, 1997, nº 3, pág. 103, en la que este autor sostiene la existencia de una verdadera discriminación indirecta.

a prestaciones sociales¹⁷. No obstante, los requisitos establecidos en cada legislación, según sostiene el TJCE, no podrán suponer discriminación entre trabajadores comunitarios y, de hecho en la STSJCE de 25 de febrero de 1999, Asunto Swadling (C. 90/1997) se cuestionó precisamente la compatibilidad del requisito de residencia previa con el derecho a la libre circulación de trabajadores, y el Alto Tribunal consideró al respecto que basta con demostrar la voluntad de permanecer en el Estado, no pudiendo denegar la prestación “por el mero hecho de que la duración de la residencia en su Estado de origen no sea suficiente”¹⁸. No obstante, no puede afirmarse que esta doctrina ampare el turismo social, ni siquiera en el ámbito comunitario, ya que cabe denegar el derecho de residencia a los ciudadanos que constituyan una carga para la asistencia social del Estado miembro receptor¹⁹.

Por tanto, parece difícilmente sostenible el argumento de la discriminación, ni siquiera indirecta, de los ciudadanos extranjeros no comunitarios. Además, el propio RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante RLOEXIS), prevé en su art. 42.2, relativo al permiso de residencia permanente, la concesión a los extranjeros, entre otros supuestos, que sean:

a) Residentes beneficiarios de una prestación de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social.

b) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistente en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su mantenimiento.

Es decir, que a través de una legislación indirecta, ya que en ningún momento se alude a la nacionalidad sino a la residencia o, más concretamente, períodos de residencia legal, y una legislación de tipo “circular” (la obtención del permiso de residencia permanente se condiciona a la garantía de sostenimiento por el individuo, no con cargo a presupuestos del Estado), la realidad no es otra que una situación de dificultad que frena de forma importante el acceso de este colectivo de trabajadores a prestaciones de financiación presupuestario.

¹⁷ Vid. STJCE 20 de febrero de 1997, Asunto Martínez Losada y otros acumulados.

¹⁸ Vid. un completo estudio de esta sentencia de MALDONADO MOLINA, J.A.: “El requisito de residencia en el nivel no contributivo de la seguridad Social. A propósito de la STSJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, Swaldding”, AL, 2000, nº 6.

¹⁹ Sobre esta cuestión, vid. SÁNCHEZ RODAS, C.: “La configuración jurídica de las pensiones españolas en su modalidad contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el Reglamento CEE 1408/1971, RL, 1995, II.

En el caso de las prestaciones no contributivas por hijo a cargo, ya señalábamos que se exige también la residencia legal en España y siempre que ninguno de los progenitores tenga derecho a prestación de idéntica naturaleza en cualquier régimen público de protección social (principio de subsidiariedad).

Puede afirmarse, pues que nuestro ordenamiento ha ido evolucionando hacia posturas más abiertas impulsadas por la doctrina del TS, a partir de su Sentencia de 28 de octubre de 1999, art. 8413, en la que dicho tribunal reconoció el derecho a prestaciones no contributivas por hijo a cargo a un súbdito marroquí que había trabajado y residía legalmente en España. Estas cuestiones están hoy, en buena medida, superadas tras la aprobación de la LOEXIS, que, al margen de la existencia o no de un permiso de trabajo, reconoce el derecho de los extranjeros que residen legalmente a acceder a prestaciones no contributivas en condiciones de igualdad respecto a los españoles.

Finalmente, las nuevas prestaciones contenidas en el RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, desarrollado por el art. 2 del RD 1368/2000, de 10 de julio, en donde se establecen dos prestaciones de pago único, una por nacimiento de tercero o posterior hijo y otra por parto múltiple, también abarcan a los extranjeros, que residen legalmente en nuestro país²⁰.

5. LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL AL FACTOR DIFERENCIAL DE LA NACIONALIDAD

5.1. Actos de encuadramiento, afiliación y alta

Nuestro Sistema de Seguridad Social, aun predominantemente contributivo y profesional, requiere para su organización de determinados mecanismos dirigidos a la determinación del colectivo de sujetos que se encuentran dentro de ámbito de aplicación. La relación jurídica de Seguridad Social, entre la persona incluida en su ámbito de aplicación y los Entes gestores queda integrada por una serie de relaciones jurídicas: los denominados actos de encuadramiento (inscripción, afiliación y altas), relación de cotización y relación de protección, siendo ésta última la principal y las otras de carácter instrumental.

El sentido de los actos de encuadramiento, que actúan como verdaderos controles administrativos y no tanto como actos de naturaleza propiamente constitutiva, tiene especial sentido en el nivel contributivo, al menos en teoría, ya que en el asistencial no debiera ser un requisito previo al desencadenamiento de la mecánica protectora la afiliación, el alta y la cotización.

²⁰ No analizaremos aquí los derechos de los extranjeros no comunitarios en el campo de la Asistencia Social ni de la Asistencia Sanitaria.

La LOEXIS dispone en su art. 10.1 que “los extranjeros que reúnen los requisitos previstos en el 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 Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente”.

Ya señalábamos que es el art. 14 de dicha ley el que regula el derecho a la seguridad social y a los servicios sociales de los extranjeros y, por tanto, también su inclusión en el sistema. Por tanto, el art. 10 parece quedar limitado literalmente al término “acceso”, es decir, a algo más mecánico, que, desde nuestro punto de vista, remite a la afiliación y alta, remitiendo para ello a la legislación vigente, que aquí sí es la LGSS y disposiciones de desarrollo.

De otro lado, es claro que las condiciones de afiliación a los regímenes públicos de Seguridad Social son hoy por hoy materia reservada a las legislaciones nacionales en las que la Unión Europea no puede entrar, ya que el Reglamento 1408/1971 tiene una finalidad meramente coordinadora de los diferentes regímenes nacionales.

LA LOEXIS, art. 36, exige a los extranjeros, para ejercer cualquier actividad lucrativa en nuestro país, además del permiso de residencia, un permiso para trabajar, tanto para el trabajo por cuenta propia (art 37) como para el trabajo por cuenta ajena (art. 38).

Esta diferencia entre trabajadores nacionales y trabajadores extranjeros, es tenida en cuenta específicamente por el RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en adelante RGA).

En su art. 42 se dispone que “a las solicitudes de afiliación y alta de trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberán acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo” (es decir, fundamentalmente, los no comunitarios).

De ello se desprende la prohibición expresa de afiliación y altas de trabajadores sin la correspondiente resolución de la Autoridad Laboral de concesión, renovación o, en su caso, modificación, del permiso de trabajo, autorización para trabajar o excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo.

No obstante, la TGSS establece en su Circular 5-004, de 13 de febrero de 2001, expresos efectos para el caso de afiliación y alta en la Seguridad Social de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. A tal efecto dispone en la Instrucción 1 que, en tales casos, no podrá ser estimada solicitud alguna de afiliación y alta inicial, no siendo suficiente la acreditación de haber solicitado dicho permiso. Por tanto, se cierra la posibilidad de una práctica hasta entonces extendida de utilizar el alta como una vía de pseudo-legalización de estas situaciones y de elusión de responsabilidad por parte de los empresarios.

Adicionalmente en la Instrucción 2 de esta Circular de la TGSS, se prevé que las afiliaciones y altas que pudieran darse sin el cumplimiento del requisito del permiso, serán nulas por tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico. Y, finalmente, en la Instrucción 3 se dispone que las Direcciones Provinciales de la TGSS y Administraciones de las mismas, al amparo del art. 145 de la LPL y art. 55 de RGA, procederán a adoptar las medidas necesarias y actos necesarios para la revisión de oficio de sus actos de afiliación y altas ilegales.

Los efectos de la revisión de oficio determinarán la reposición a la situación existente en el momento anterior a las mismas (arts. 59 y 60 RGA) y en cuanto a las posibles cotizaciones, se procederá a su devolución (arts. 59.2 y 3 del RGA).

Del análisis del régimen jurídico vigente se puede concluir que existe una perfecta sincronía entre legislación de extranjería y legislación de Seguridad Social en orden a los actos de afiliación y alta, sincronía que implica la introducción de irrelevantes adaptaciones técnicas que tengan en cuenta el régimen del trabajo de los extranjeros en nuestro país.

5.2. Relación jurídica de cotización

Es necesario partir de la configuración de esta relación como una relación independiente y autónoma respecto a las de afiliación y prestación. En efecto el art. 106 de la LGSS independiza esta relación de los actos de inmatriculación de tal forma que la obligación de cotizar “nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo” y “la mera solicitud de afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social surtirá en todo caso idéntico efecto”.

Nada específico se dispone respecto a los trabajadores extranjeros, ni en la LGSS ni en el RGC, aunque hemos de dar por sentado que la solución será diferente según el trabajador tenga o no permiso de trabajo.

En el primer caso, es decir, cuando el trabajador extranjero cuenta con el correspondiente permiso de trabajo, regirá idéntica regla que respecto a los nacionales, y, por tanto, si el inicio de la prestación fue anterior al alta, la obligación de cotizar nacerá en aquél momento, sin perjuicio de las sanciones derivadas del empleo de trabajadores sin autorización, a los que, previsiblemente, tampoco se les dio de alta.

En el segundo caso, cuando se trata de trabajadores sin permiso, lo procedente, tras la declaración de oficio de nulidad del alta ilegal, será la devolución de cuotas conforme dispone el art. 59.2 y 3 del RGA.

Ciertamente, no existe un tratamiento normativo claro en relación con la problemática de la prestación de servicios por extranjeros en situación irregular y la obligación de cotizar del empresario. Tampoco a nivel jurisprudencial se han sentado a estas alturas criterios claros ni unánimes, de hecho existe un claro enfrentamiento entre las posiciones de la Sala 3ª y la Sala 4ª del TS.

En efecto, la Sala de lo Contencioso se inclina por la tesis afirmativa, considerando que existe obligación de cotizar. Así muy contundentemente, la STS, 3ª, de 28 de mayo de 1991, Ar.4215, aun en caso de nulidad del contrato por falta de permiso de trabajo, ya que ello “no excluye los efectos derivados del trabajo realizado en tales condiciones, pues, según el art. 9.2 del Estatuto (de los Trabajadores)... el trabajador podrá exigir, por el trabajo que hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, norma... en la que se encuentra el engarce de la obligación de cotizar a la Seguridad Social...”²¹.

En el orden social abundan sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en las que mayoritariamente se vincula la falta de afiliación y alta, de tal forma que la falta de éstas conllevaría la no obligación de cotizar, manteniendo una posición eminentemente formalista, al considerar que la relación de seguridad no nace de una realidad material sino de la concurrencia de elementos como la afiliación y el alta, tras la obtención de un permiso de trabajo. Es decir, que los actos de inmatriculación son elevados a un valor constitutivo²², lo cual, desde nuestro punto de vista responde a una visión doctrinalmente superada con carácter general y que debiera extenderse a supuestos en que concurre un elemento de extranjería.

En el caso de trabajadores extranjeros por cuenta propia (y tras la modificación del art. 7.1 de la LGSS operada por Ley 13/1996 de 30 de diciembre), su inclusión en el RETA resulta obligatoria y coherentemente con ello el art. 72.2 del RLOEXIS, sobre renovación de permisos de trabajo por cuenta propia, que “para la renovación de los permisos de trabajo se tendrá en consideración el cumplimiento por parte del trabajador, como sujeto responsable de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social inherentes al ejercicio de la actividad económica de que se trate”. Consecuencia lógica y coherente puesto que en este Régimen el sujeto obligado y responsable es el propio trabajador.

El permiso de trabajo por cuenta propia se denegará directamente en estos casos, ya que la obligación de cotizar en el RETA surge el primer día del mes natural en que opera la solicitud o concurren las circunstancias determinantes de la inclusión (art. 43.1 y 45.2 RD 2064/1995).

En cambio (art. 72.4 ROEXIS), respecto de los trabajadores por cuenta ajena, “los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad”, pues el sujeto responsable es el empresario y, en tal caso, “la autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social la situación de descubierto en la cotización a efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan”.

²¹ En términos similares se expresa la STS, 3ª, de 2 de diciembre de 1998, Ar. 10268, en que realza el pleno carácter autónomo de la obligación de cotizar de otras obligaciones previas formales.

²² *Vid.*, a título ilustrativo, las SSTSJ de Murcia, de 4 de octubre de 199, AS 3206, de Andalucía/Granada de 13 de mayo de 1992, AS 2628, entre otras.

Un sector de trabajadores extranjeros de cierta importancia son los trabajadores al servicio del hogar familiar, que cuentan con un Régimen Especial de Seguridad Social. En éste se han de aplicar idénticas consecuencias, en función de que se considere trabajador por cuenta propia (cuando no presta servicios en exclusiva para un hogar familiar, menos de veinte horas) o por cuenta ajena (si los servicios se prestan en exclusiva, o más de veinte horas semanales).

Otro sector donde la inmigración tiene especial importancia es el agrario, donde se ha de estar a las mismas consecuencias en el ámbito de la cotización y por tanto no habría ninguna peculiaridad. No obstante, aunque de nuevo nos encontremos con “movimientos normativos” no específicos, sí se ha de destacar la comparativamente mayor importancia de algunas de las modificaciones introducidas por el RDL 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad”.

En efecto, este RDL, que ha supuesto una fractura importante en el proceso de diálogo social, tendrá una muy especial incidencia entre los trabajadores extranjeros especialmente en lo referente a la reordenación del subsidio agrario en la medida en que se limita la entrada de nuevos beneficiarios. Y si tenemos en cuenta que la oferta de puestos de trabajo en el campo se cubre, cada vez menos, con mano de obra nacional, la realidad es que esta medida tendrá por destinatarios fundamentales a los extranjeros, ya que los nacionales ya incluidos no se verían afectados. Este efecto negativo se amplía si tenemos en cuenta, además, la introducción en el régimen de los eventuales agrarios de criterios fuertemente contributivos.

Técnicamente no podemos hablar de una medida discriminatoria, aunque se produce una discriminación inducida, ya que, basándonos en datos de la Encuesta de Población Activa del INE, estas medidas de reforma del sector agrario encubren o camuflan materialmente recortes sociales selectivos que tienen como punto de mira el recorte de prestaciones asistenciales a los trabajadores extranjeros, como principales beneficiarios tendencial y potencialmente (por el aludido efecto de sustitución en el sector agrario).

5.3. Relación jurídica de prestación. Responsabilidad en orden a prestaciones y automaticidad

La relación de Seguridad Social es básicamente una relación de protección en virtud de la que un ente público reconoce prestaciones a los sujetos beneficiarios que la solicitan y cumplen los requisitos generales y particulares de cada prestación²³.

²³ Vid., OLARTE ENCABO, S. *El derecho a prestaciones de Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997, pgs. 36 a 45.

Lo realmente relevante dentro de la genérica relación jurídica de Seguridad Social es, por tanto, la relación de prestación, mientras que los actos de encuadramiento y la relación de cotización constituyen relaciones jurídicas instrumentales y accesorias respecto de ésta, que tienen su origen en el esquema del seguro privado.

No obstante, estos actos de encuadramiento se configuran como obligaciones jurídico-públicas que inciden relativamente sobre la relación de protección, modulando el juego de la responsabilidad en orden a las prestaciones (art. 126.2 LGSS).

Por ello, aunque a la luz de lo dispuesto en el art. 124 de la LGSS, el derecho a prestación está condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos similares a los del seguro privado, cuyo cumplimiento se hace depender, además, de un sujeto privado y extraño a la relación de protección, lo cierto es que la relación de prestación tiene una existencia independiente de aquéllas, pues en ésta se juega una función del Estado (naturaleza y función jurídico-pública de la relación de seguridad social), se juega el propio sentido de los Sistemas de Seguridad Social que hemos conocido en el siglo XX.

Coherentemente con estas consideraciones de tipo dogmático, nuestra jurisprudencia, además de la existencia de diferentes mecanismos legales dirigidos a garantizar la independencia de la relación de protección (automaticidad, alta presunta, asimilación a alta...), aun con oscilaciones, puede decirse que mantiene una posición antiformalista, elevando a un primer plano la existencia de una prestación de servicios por cuenta ajena retribuida y reconociendo derecho a prestaciones en supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta, situación de al corriente en el pago de cuotas.

Si esto es así en general, no podemos afirmar de una forma absoluta que la falta de afiliación y o alta y de cotización de un trabajador extranjero impide el desencadenamiento de la mecánica protectora. Ya hemos señalado, y esto es importante, que la situación de descubierto empresarial cuando se trata de un trabajador con permiso de trabajo no altera la situación jurídica de éste en la legislación de extranjería (art. 72.4 RLOEXIS), y, por tanto, se han de aplicar idénticos criterios que a los nacionales en cuanto a la imputación de responsabilidad y eventual automaticidad en el pago de prestaciones. Consideraciones que consideramos también serían extensibles a los supuestos de prestación de servicios con permiso de trabajo sin afiliación o y/o alta.

La situación es más compleja cuando se incumplen los requisitos generales (afiliación, alta, estar al corriente) y el trabajador no cuenta con permiso de trabajo. En tales supuestos es necesario distinguir entre contingencias comunes y contingencias profesionales, ya que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales gozan en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen privilegiado mantenido en la LGSS, que, en lo que aquí interesa, supone el nacimiento de la relación de protección aún en el caso de que el trabajador no cuente con permiso de trabajo.

La propia legislación de extranjería reconoce a estas contingencias un estatuto jurídico privilegiado, así, el art. 57.5 d) de la LOEXIS prohíbe la expulsión de territorio español de los beneficiarios de la prestación de incapacidad permanente por accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, salvo que incurran en determinadas infracciones graves o sean reincidentes²⁴.

En el ámbito de las fuentes internacionales, el Convenio 19 OIT impone la igualdad de trato en materia de accidente de trabajo “sin ninguna condición de residencia”, a los nacionales que hayan ratificado el Convenio. Y, la aun considerada vigente Orden de 28 de diciembre de 1966 reconoce en todo caso la reciprocidad respecto de las contingencias profesionales, sin ninguna limitación.

Este tratamiento favorable de las contingencias profesionales, no es sin embargo absoluto, en el sentido de que nuestro ordenamiento no ha resuelto la cuestión de la responsabilidad en orden a prestaciones en supuestos de AT de inmigrantes carentes de permiso de trabajo. A nivel jurisprudencial, sin embargo, va ganando consistencia la doctrina favorable a la imputación de responsabilidad empresarial en estos casos, acudiendo a argumentos de carácter teleológico, tales como la necesidad de contrarrestar o no promocionar el empleo de extranjeros sin permiso²⁵. En la doctrina de suplicación son numerosas las sentencias que imputan responsabilidad al empresario en tales casos, siendo especialmente claras la Sentencia del TSJ Adalucía/Granada de 7 de enero de 1998 (AS378) y la del TSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999, AS 3206²⁶.

Un aspecto a destacar de esta doctrina es la tendencia a diferenciar la respuesta en función de la prestación de que se trate. Concretamente, la doctrina de suplicación no es tan unánime a la hora de imputar responsabilidad al empresario en orden a la prestación de incapacidad permanente. Y, en estos casos se recurre al viejo argumento de la nulidad del contrato de trabajo por falta de permiso de trabajo y de ahí se concluye en la imposibilidad de derivar de él efectos de seguridad social²⁷.

²⁴ Se ha de advertir que el actual RLOEXIS no prevé la renovación de permiso de trabajo en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo y enfermedad profesional, tal y como sí se preveía en el RD 155/1996, de 2 de febrero, art. 78.4).

²⁵ En ocasiones se acude a argumentos más peregrinos como el de considerar que la no denegación de permiso de trabajo supone que se trata de un contrato sometido a condición resolutoria.

²⁶ Con anterioridad es destacable la STSJ Madrid de 10 de mayo de 1995, AS 2202 y STSJ Cataluña de 26 de abril de 1995, AS 1612, que imputan responsabilidad al empresario en orden a la prestación de incapacidad temporal. En la doctrina *vid.* CHARRO BAENA, P.: “Trabajadores extranjeros “ilegales y accidentados de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social. Comentario a la STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999, AS 1999, III, pág. 2948 y ss.

²⁷ A título ilustrativo *vid.* STSJ Andalucía/Sevilla de 15 de enero de 1998, AS 2141. *Vid.* Sobre ésta CARDENAL CARRO, M.: “Extranjero ilegal y ámbito de cobertura de la Seguridad Social (Comentario a la STSJ Andalucía de 15 de enero de 1998, AS 1998, I, pág. 2503 y ss.

No obstante, en otros pronunciamientos, se mantiene la protección en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional aun el caso de que el extranjero no posea permiso de residencia, imputando responsabilidad al empresario en orden a prestaciones por incumplimiento de las obligaciones de alta²⁸.

Se ha argumentado que en la práctica este problema no se dará porque los inmigrantes “ilegales” no reclamarán sus derechos ante la posibilidad de expulsión al desvelarse su situación. Sin embargo, esta no es una respuesta al problema en un Estado de Derecho, como tampoco puede aceptarse el argumento de que la imposibilidad de tutela jurídica de sujetos que se encuentran al margen de la ley, pues esto olvida que también es sujeto infractor el empresario que emplea extranjeros sin los correspondientes permisos, pues lo contrario supone aceptar un enriquecimiento injusto y, lo que es más importante, no cabe “convalidar” una actuación ilegal por otra.

Es cierto que, a la luz del régimen jurídico vigente en materia de afiliación, el empresario no puede afiliarse a un trabajador sin permiso de trabajo, y por tanto no puede cumplir con su obligación legal. Esto podría dar lugar a pensar en la imposibilidad de aplicar el art. 126.2 LGSS sobre responsabilidad empresarial en orden a prestaciones, sin embargo, no es menos cierto que estos actos administrativos de control no impiden la constitución de la relación de seguridad social desde el momento que hay una prestación de servicios de una parte y una retribución por la otra (profesionalidad como criterio de inclusión en el Sistema). Por ello, más que acudir a mecanismos decimonónicos como la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 del CC²⁹, lo propio sería la aplicación de lo dispuesto específicamente en la legislación de Seguridad Social, es decir, el art. 126.2, pues, de lo contrario, estaríamos favoreciendo la inmigración ilegal y el uso abusivo de la mano de obra extranjera por parte de los empresarios que se ampararían en la imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones legales de afiliación y alta para ocultar una actuación ilegal de dar empleo a quienes carecen de permiso de trabajo. Es decir, si sostenemos estas conclusiones estaríamos actuando de forma correcta ante un auténtico fraude de ley, aplicando la norma que se ha tratado de eludir.

Directamente relacionado con la cuestión de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones está, la no menos importante, del juego y alcance del principio de automaticidad de prestaciones, previsto en el art. 126.3 de la LGSS. Como es sabido este precepto condiciona su aplicación a un ulterior desarrollo reglamentario que, lamentablemente, no se ha producido, y consecuencia de ello la jurisprudencia del TS, aun con matices impor-

²⁸ En esta línea SSTSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999, AS 3206, Andalucía/Granada de 7 de enero de 1998, as 378, entre otras.

²⁹ Sobre estas posibilidades vid. ALVAREZ CORTEZ, J.C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario...*, op. Cit., pág. 68.

tantes, viene sosteniendo la vigencia transitoria y residual de los arts. 94 al 97 de la LSS/66 (arts. 94 a 97), lo cual casa mal con el espíritu y finalidad de la vigente LGSS inspirada claramente en dicho principio.

Aunque la jurisprudencia es en este punto bastante poco lineal, ya que se observan constantes avances y retrocesos³⁰, no parece haber duda alguna en el caso de las contingencias profesionales. Ahora bien, en el caso de que el trabajador no dado de alta sea un trabajador extranjero sin permiso de trabajo se plantean mayores dudas, que no obstante tienden a disiparse en sentido afirmativo interpretando conjuntamente lo dispuesto en el art. 9.2 del ET y en el art. 36.3 de la LOEXIS –este último bastante polémico y oscuro–.

El art. 36.3 de la LOEXIS establece que la carencia de la correspondiente autorización “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”, derechos entre los que se ha de incluir los de seguridad social, en cuanto derechos económicos (no salariales) derivados del contrato de trabajo³¹.

La automaticidad, en estos casos, parece que se acepta restringida a las contingencias profesionales, no habiendo prosperado, hasta el momento, en el resto de las contingencias cuando el trabajador extranjero carece de permiso de trabajo, afiliación y alta. Y ello ni siquiera en la prestación por desempleo cubierta en general por el principio de automaticidad³².

Por tanto, hasta el momento, y a salvo de aquéllos supuestos (AT y EP), el trabajador extranjero sin permiso, sin afiliación ni alta no podrá obtener prestaciones de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y sus derechos de seguridad social, ex art. 36.3 de la LOEXIS, habrá de ejercitarlos contra el empresario responsable por incumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta³³. Sin embargo, las soluciones en el futuro han de variar necesariamente a la luz de dicho precepto ya que la automaticidad entronca directamente con la garantía de derechos que derivan de un contrato nulo por falta de permiso de trabajo.

³⁰ Para una visión del tema, vid. ALONSO SECO, J.M.^o: “Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones de seguridad social, regulación, jurisprudencia, alternativas para una modificación legal”, RTSS, n^o 4, 1991.

³¹ En este sentido, vid. GOMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Notas sobre la nulidad “relativa” del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador”, comunicación presentada al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, *cit.*

³² En tal sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S., en coord. Rodríguez- Piñero, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, pág. 239 y MONTOYA MELGAR, A., coord., *Curso de Seguridad Social*, Madrid, 2002, pág. 71.

³³ En esta línea DE LA VILLA (dir), *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 1999, pág. 330. También entran en la cuestión, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la LO 4/200 y en su ley reformadora”, *Seguridad Social Mes a Mes*, n^o 61, 2001. Y CHARRO BAENA: “Trabajadores extranjeros “ilegales” y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el Sistema de Seguridad Social...”, *op. Cit.*

A modo de conclusión puede afirmarse que la exigencia de permiso de trabajo a los trabajadores extranjeros tiene importantes incidencias en el régimen de Seguridad Social, siendo uno de los más problemáticos el de la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones y el alcance del principio de automaticidad. Por ello es necesaria una intervención legal que determine estos aspectos sobre la base del principio de igualdad de tratamiento, lo que, muy probablemente pasaría por una modificación en sentido clarificador de lo dispuesto en el art. 36.3 de la LOEXIS.

En todo caso, si hasta el momento no ha habido unanimidad jurisprudencial en materia de accidentes de trabajo de extranjeros sin permiso, entendemos que la LOEXIS impone una clarificación y definitiva solución favorable al juego de la responsabilidad empresarial y al principio de automaticidad en los mismos términos y con las mismas limitaciones que se admite respecto a los nacionales que prestan sus servicios sin afiliación ni alta, y ello no sólo en el ámbito de las contingencias profesionales sino también en el de las comunes.

Aunque, ciertamente el tema de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones y el alcance del principio de automaticidad son cuestiones no resueltas a nivel general (ni para nacionales ni para extranjeros), siendo intolerable que a estas alturas tengan que ser resueltas por la jurisprudencia, acudiendo a normas extemporáneas como la LSS de 1966, sí se observa un mayor rigor jurisprudencial en los supuestos de trabajadores extranjeros, que hoy carece de fundamento a la luz de lo dispuesto en el art. 36.3 de la LOEXIS. Precepto, que exigirá a nuestros tribunales un replanteamiento de la cuestión, en orden a la equiparación a estos efectos entre nacionales y extranjeros, ya que, pese a lo dispuesto por el RGA, la no afiliación y alta sigue siendo, en estos casos, un incumplimiento empresarial, en la medida en que la imposibilidad de afiliarse y dar de alta viene dada por un previo incumplimiento empresarial de emplear a extranjeros sin permiso. De tal forma que, si el empresario lo hace, éste ha de asumir todas las consecuencias, entre ellas la responsabilidad en orden a prestaciones, lo contrario supondría en el plano estrictamente jurídico admitir el fraude de ley, y en el plano político-jurídico favorecer la continuidad de flujos migratorios en situación de ilegalidad, en contra del discurso político oficial.