

# LA INMIGRACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES DESDE UN ENFOQUE JURÍDICO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

**Fco. Javier Fernández Orrico**

*Subinspector de Empleo y de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández*

---

## Índice

### I. INTRODUCCIÓN

### II. EL TRABAJADOR EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

- a) *La autorización administrativa para trabajar*
- b) *La exigencia de la titulación o de la colegiación*
- 1. La actividad que desempeña el trabajador extranjero
  - 1.1. Trabajadores por cuenta ajena
    - a) *Renovación de autorizaciones*
    - b) *La contratación de un trabajador extranjero sin autorización para trabajar*
    - c) *La Seguridad Social del trabajador extranjero por cuenta ajena*
  - 1.2. Trabajadores por cuenta propia

### III. LA PROTECCIÓN QUE OTORGA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

- 1. Las prestaciones contributivas
- 2. Las prestaciones no contributivas
- 3. La prestación técnica de asistencia sanitaria

### IV. COMENTARIO FINAL

---

## **Resumen:**

Las vertientes en que puede mostrarse el problema de la inmigración son muy diversas. El artículo que sigue a continuación comprende dos partes perfectamente diferenciadas, en la primera, hace hincapié, en el complejo mundo de los efectos jurídicos de la relación laboral del trabajador extranjero, desde las condiciones para incorporarse al mercado de trabajo, y al sistema de la Seguridad Social con los correspondientes derechos que se generan fruto del cumplimiento de aquellas, hasta las consecuencias que tienen lugar, cuando se contrata a trabajadores extranjeros de forma irregular.

Por otro lado, el autor se adentra en aquellos aspectos más relacionados con la persona del extranjero inmigrante, sus problemas de mera supervivencia, mediante asistencia sanitaria, asistencia social y Seguridad Social.

Termina la colaboración haciendo un breve comentario relacionado con algunos problemas de la inmigración.

Finalmente, a lo largo de la colaboración se hacen continuas referencias a la legislación vigente aplicable, así como la jurisprudencia y doctrina considerada de mayor relevancia.

## **PALABRAS CLAVE:**

-INMIGRACIÓN  
-EXTRANJERO  
-TRABAJO  
-LABORAL  
-SOCIAL

## **I. INTRODUCCIÓN**

Siempre constituye una feliz noticia el nacimiento de una nueva publicación. Si además, se trata de la revista que representa a nuestra Universidad en lo que al mundo jurídico se refiere, en sus distintas ramas, verdaderamente es un motivo grande para felicitarnos. Cuando la profesora, Dña. Purificación Cremades García, me sugirió la posibilidad de colaborar en este primer número, de la Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández<sup>1</sup> no me lo pensé dos veces, pues es un honor no sólo para mí sino también para todos los integrantes de nuestra Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la participación en tan importante acontecimiento. Pero además, el tema monográfico de la revista –“La inmigración”-, viene muy a cuento, no sólo por la realidad que nos rodea, sino porque constituye parte relevante de nuestra materia docente y de investigación.

Si quisiéramos definir en un palabra el calificativo que mejor describe a la inmigración, sin duda este sería el de tratarse de un concepto muy complejo, pues afecta a diversos ámbitos de la vida social, a los nacionales del Estado receptor, en sus diferentes relaciones con los inmigrantes y cómo no a éstos.

Se ha dicho que un inmigrante es un extranjero que busca trabajo en un país que no es el suyo<sup>1</sup>. Más concretamente, el concepto jurídico de extranjero se define de forma negativa – extranjero es el no nacional- y tiene carácter relativo –adquiere su significado en relación a una comunidad política constituida como Estado soberano-, en cambio, la inmigración de extranjeros es la noción descriptiva de un fenómeno socio-económico, que, en este contexto,

---

<sup>1</sup> Cfr. GALIANA MORENO, J. M., «Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general», *Inmigración y trabajo de extranjeros* (VVAA) coordinador: Joaquín García Murcia. Edición de la Consejería de Industria y Empleo, del Gobierno del Principado de Asturias, 2005, pág. 23.

hace referencia a la venida a España de individuos de países empobrecidos para ganarse la vida mediante su trabajo<sup>2</sup>.

A nadie se le oculta que son continuas en estas fechas, las noticias de personas inmigrantes que intentan alcanzar nuestras costas con la esperanza de disfrutar de un mundo mejor. Desgraciadamente muchas de ellas, han perecido en su intento. La cuestión que se puede plantear es la de si merece la pena correr tanto riesgo, si, al fin y al cabo, caso de ser descubiertos serán inmediatamente repatriados a su país de origen, una vez detectada su procedencia.

Desde otro punto de vista, la creciente llegada masiva de inmigrantes procedentes de territorios sumidos en la pobreza, plantea la necesidad de proteger el empleo de los trabajadores nacionales, mediante la reglamentación de la ocupación y las condiciones de trabajo de los extranjeros en territorio nacional<sup>3</sup>.

¿Qué tiene que decir a todo esto el derecho del Trabajo y de la Seguridad Social?

El problema de la inmigración no es ajeno a materias tales como la contratación laboral, las autorizaciones para trabajar y de residencia, o de las prestaciones sociales. Conocer el mecanismo de funcionamiento de todo esto interesa mucho a los extranjeros que vienen a España con la esperanza de encontrar un mundo mejor, pero también interesa a los nacionales españoles, a las empresas que los contratan, a particulares que desean contratar sus servicios como enfermeros, empleados de hogar, o simplemente como personas de compañía.

El régimen jurídico de la inmigración, que tiene como antecedente remoto el *Real Decreto, de 17 de noviembre de 1852, sobre la condición de los extranjeros en España*, resulta complejo y variable, como lo demuestra la incansable reforma (llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre) de la vigente *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>4</sup> (LO 4/2000), por el que se desarrolla el artículo 13.1 de la Constitución Española de 1978, según el cual, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero de nuestra Norma Fundamental, en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Las situaciones jurídicas del extranjero que se encuentra en España pueden ser de muy variado tipo, desde el que, como comentaba, desembarca de una patera sin ningún papel, hasta el que se encuentra con residencia legal y autorización para trabajar, y de hecho presta servicios como trabajador por cuenta propia o ajena.

Desde la perspectiva social, conviene analizar, por un lado, la situación del extranjero, en su condición de trabajador, y por otro, su condición de persona que carece de empleo. En la primera confluye la normativa laboral y la de Seguridad Social, en la segunda perspectiva, desde luego no se considera la vertiente laboral, aunque sí cabría la acción protectora de Seguridad Social o en su caso, de la asistencia social.

Pues bien, desde esos puntos de vista, el de trabajador y el de inmigrante “a secas” si se puede hablar así, se pretende dar a conocer los derechos y obligaciones de los extranjeros en España, así como el análisis de algunos supuestos que han planteado algunos problemas de interpretación en la aplicación de la normativa social aplicable a los inmigrantes, sean o no, trabajadores.

Con todo, resulta paradójico que se le dé mayor relevancia al extranjero como trabajador, que como persona, siendo así que en el orden de importancia en el ser, e incluso en tiempo cronológico, nadie duda que primero es la persona y más tarde viene su consideración como trabajador. Así las cosas y pese a lo anterior, abordaré primero la condición laboral del

<sup>2</sup> Cfr. CHARRO BAENA, P., *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*. Aranzadi. Laboral-Colección derecho y práctica, Elcano (Navarra), 2000, págs. 21 y 23.

<sup>3</sup> Cfr. MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Técnicos, 25<sup>a</sup> edición, Madrid, 2004, pág. 593.

<sup>4</sup> Precepto que sustituye a la anterior *Ley 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*.

trabajador extranjero, y, a continuación sus derechos en materia de Seguridad Social como persona en España.

## II. EL TRABAJADOR EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

A la hora de buscar las condiciones que precisa un extranjero para desempeñar una actividad en España, resulta ciertamente esclarecedor, la lectura del artículo 10.1 de la LO 4/2000, si bien resulta incompleto por remitirse a otros artículos del mismo cuerpo legal. Dice dicho artículo, que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollemos 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»<sup>5</sup>.

Con respecto a este último aspecto, referido a su inclusión en la Seguridad Social, el artículo 7.1 de la LGSS<sup>6</sup> prevé, que «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». A lo que debe añadirse, que el trabajo que realizan debe estar comprendido en las actividades por cuenta ajena y por cuenta propia que presentan las características que expresamente se prevén en la propia LGSS, en los apartados 1 y 2 del artículo 7.

El siguiente paso consiste en averiguar cuáles son esos requisitos, que permiten al extranjero trabajar en España:

### a) *La autorización administrativa para trabajar*

Con carácter general, «los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar» (artículo 36.1. LO 4/2000). Autorización para trabajar que ha sido conocida durante muchos años como *permiso de trabajo*<sup>7</sup>, que se otorgaba por el Ministerio de Trabajo, y que además constituía una autorización independiente a la del permiso de residencia otorgado por el Ministerio del Interior.

En la actualidad, la autorización habilita al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, en el caso de que no obtuviera con anterioridad la autorización de residencia<sup>8</sup>, ya sea temporal o permanente<sup>9</sup>.

Conviene tener presente, que en el caso de trabajadores por cuenta ajena, si transcurre un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la autorización y no se solicita el

---

<sup>5</sup> La redacción originaria, vigente de 1 de febrero de 2000 a 22 de enero de 2001, del artículo 10.1, era muy similar: «los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la seguridad social, en los términos previstos en esta ley orgánica y en las disposiciones que la desarrollemos».

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>7</sup> Se observa, que de acuerdo con la modificación realizada por la disposición adicional única de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, las anteriores referencias a «permiso» de trabajo han sido sustituidas por el término «autorización para trabajar».

<sup>8</sup> De acuerdo con el artículo 30 bis de la LO 4/2000, «son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir».

<sup>9</sup> Sobre el concepto de residencia temporal y residencia permanente, pueden consultarse los artículos 31 y 32 de la LO 4/2000, y Título IV (artículos 33 a 76) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

correspondiente visado, caso de precisarse, se extingue la autorización (tanto de residencia como de trabajo)<sup>10</sup>.

En principio, de acuerdo con el artículo 48 del *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social* (RD 2393/2004) se halla en situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena.

Sobre la forma de obtener la autorización administrativa previa para trabajar, requisitos, procedimiento, efectos, denegación, renovaciones de las autorizaciones, que como se ha indicado, incluyen la autorización de residencia temporal, se contienen de forma detallada en los artículos 50 a 57 (cuenta ajena, inicial y de duración determinada) y artículos 58 a 62 (cuenta propia) del RD 2393/2004.

#### *b) La exigencia de la titulación o de la colegiación*

Además de la autorización para trabajar, cuando el extranjero se proponga trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, o si las leyes exigen la colegiación, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente o la colegiación (artículo 36.2 LO 4/2000). En consecuencia, será preciso obtener tales titulaciones o la colegiación para desempeñar la actividad correspondiente, pues en realidad, estos requisitos son otro condicionante más para obtener la autorización para trabajar.

Me pregunto, si a su vez, no exigirán los Colegios profesionales la previa autorización para trabajar, caso de solicitud de colegiación, lo que indudablemente dificultaría la obtención de la preceptiva autorización.

### **1. La actividad que desempeña el trabajador extranjero**

La referencia a la actividad que realiza el trabajador extranjero permite distinguir entre aquella que, por un lado, realiza por cuenta ajena, siéndole aplicable el calificativo de actividad laboral, por reunir los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>11</sup> (ET), según el cual, el mismo es de aplicación a los trabajadores que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de una empresa, y por otro, aquella actividad que realiza por cuenta propia, y por ello con rasgos y notas diferenciadas de la anterior, por considerarse una actividad que se desarrolla de forma personal, habitual y directa, y por tanto desaparece la existencia de la bilateralidad de sujetos (trabajador-empresa).

En el presente análisis me detendré en las circunstancias comunes u ordinarias a las que se enfrenta cualquier trabajador extranjero, sin atender a las que se refieran a situaciones especiales, como el contingente de trabajadores extranjeros, excepciones a la autorización de trabajo, régimen especial de los trabajadores de temporada, o, de trabajadores transfronterizos y prestación trasnacional de servicios, que requerirían un tratamiento más amplio, incompatible con el objetivo de presentar unas pinceladas esclarecedoras acerca de nuestro ordenamiento social referido a la inmigración.

---

<sup>10</sup> Artículo 36.1. LO 4/2000.

<sup>11</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

## 1.1. Trabajadores por cuenta ajena

La modalidad de trabajo por cuenta ajena es la comúnmente escogida por las personas extranjeras que acuden a nuestro territorio. Por esa razón, conviene regular las condiciones mínimas de su contratación para que no alteren negativamente las condiciones de trabajo de los nacionales. En ese sentido, el artículo 37.1 LO 4/2000, prevé que «para la concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo». Se trata de una medida, que intenta salvaguardar las posibilidades de encontrar empleo de los trabajadores españoles, pues, en principio no sería razonable que se les equiparara al mismo nivel que a los inmigrantes. Aunque, si se mira bien, por otro lado, desde el punto de vista del empresariado, si el trabajador extranjero evidenciara que realiza su trabajo con mayor perfección, mejor acabado, con menos conflictividad, y más barato, que un español, creo que las empresas se inclinarían por la contratación de aquél.

Una vez se ha concedido la autorización, ésta presenta tres limitaciones infranqueables, una temporal, por la que tendrá una duración inferior a cinco años, otra geográfica, pues puede venir restringida a un determinado territorio, ya sea Comunidad Autónoma, provincia, municipio, y, finalmente, puede limitarse la autorización a un sector o actividad<sup>12</sup>.

Debe tenerse presente, que si se otorga una autorización para trabajar y no se respeta cualquiera de las citadas limitaciones, es como si no se encontrara en posesión de la autorización para trabajar, y por tanto, la empresa podría ser sancionada, caso de detectarse la presencia del trabajador en la actividad, por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con sanciones muy graves, a partir de más de seis mil euros, en su grado mínimo<sup>13</sup>.

En ese sentido debe advertirse que, las Administraciones de la Seguridad Social han venido detectando solicitudes de alta en la Seguridad Social de trabajadores que estaban autorizados para trabajar en un sector determinado, concretamente una gran mayoría en el sector del Hogar familiar doméstico, que dan lugar a su encuadramiento en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, y sin embargo, se les ha dado de alta en otro Régimen distinto, la mayor parte de las veces en el General. La explicación de ello, se encuentra en que hoy en día las altas en la Seguridad Social de los trabajadores, se tramitan, mediante el denominado sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), en donde es obligatorio incluir el Número de Identificación del Extranjero (NIE), sin posibilidad de adjuntar la autorización para trabajar. De modo que la empresa puede pensar que al aceptarle la administración de la Seguridad Social el alta del extranjero ello supone un reconocimiento implícito y, por tanto, puede desempeñar la actividad porque tiene una autorización para trabajar, sin fijarse en el detalle de los sectores concretos que puede desempeñar el trabajador extranjero.

A este respecto conviene tener en cuenta que es posible la modificación de las limitaciones, siempre que mediante solicitud se autorice el cambio de actividad laboral, de acuerdo con el artículo 99 del RD 2393/2004.

Asimismo, una vez autorizada la primera concesión, las siguientes renovaciones de aquella se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad. En este sentido, precisa el Reglamento en su artículo 54.7, que «cuando proceda, la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se hará por un período de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia permanente, y permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior».

### *a) Renovación de autorizaciones*

---

<sup>12</sup> Cfr. artículo 37.2 LO 4/2000.

<sup>13</sup> Cfr. artículo 55.1.c) en relación con el artículo 54.1.d) de la LO 4/2000.

La expiración de la autorización para trabajar, implica que ordinariamente, de seguir trabajando en las mismas condiciones, aquella puede renovarse. El artículo 38.3 LO 4/2000, amplía otros supuestos en que procede la renovación:

- a) Cuando persista o se renueve el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente<sup>14</sup>.
- b) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.
- c) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.
- d) Cuando concurran las circunstancias que se establezcan reglamentariamente.

Con relación a la forma y plazos de solicitud de renovación de las autorizaciones, se prevé que «la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los 60 días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido»<sup>15</sup>.

Opera el silencio positivo, pues «transcurrido el plazo para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero»<sup>16</sup>.

#### *b) La contratación de un trabajador extranjero sin autorización para trabajar*

El itinerario mostrado anteriormente corresponde a trabajadores extranjeros que han superado las diversas condiciones exigidas para poder desempeñar un trabajo por cuenta de una empresa (autorización, titulación, colegiación...), es decir situaciones de trabajadores extranjeros que prestan servicios por cuenta ajena legalmente en España. Pero, habría que preguntarse lo que sucede con aquellos trabajadores inmigrantes que sin tener autorización para trabajar, deciden ponerse al servicio de un empresario. En definitiva, ¿Qué consecuencias jurídicas se producen en el ámbito laboral, respecto al empresario que lo contrata, y especialmente, cuáles son los efectos que dicha relación laboral ilegal produce en el propio trabajador extranjero?

Soy consciente de que toco en la llaga de un problema jurídico que se solapa con un problema humano al que es necesario alcanzar una solución ponderada.

---

<sup>14</sup> Reglamentariamente, prevé el artículo 54.3 del RD 2393/2004, que «se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.
- b) Disponga de una nueva oferta de empleo que reúna los requisitos establecidos en el artículo 50, con excepción del párrafo a).

<sup>15</sup> Artículo 54.1 RD 2393.

<sup>16</sup> Artículo 54.10 RD 2393.

El problema ha sido abordado, si bien sin precisar demasiado, por el apartado 3 del artículo 36 de la LO 4/2000, en los siguientes términos:

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

Este párrafo ha sido objeto de distintas interpretaciones por la doctrina. A primera vista, da la sensación de que se contradice con el artículo 10.1 LO 4/2000, en donde se precisa que «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrolle 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». Y la legislación vigente se concreta en primer lugar, con el artículo 36.1 LO 4/2000, en donde se prevé como requisito previo para ejercer cualquier actividad lucrativa la autorización para trabajar. Con lo que, según parece desprenderse del artículo 36.3 LO 4/2000, en realidad, daría lo mismo que esté o no autorizado para trabajar, pues en definitiva «no invalidará el contrato de trabajo», si bien únicamente a los efectos de los derechos trabajador extranjero que se deriven del citado contrato. Sin que se contenga en la LO 4/2000, ninguna previsión acerca de las consecuencias o efectos concretos que produce la falta de la autorización en el contrato de trabajo.

Son pues, a mi modo de ver dos los problemas: el primero que abordaré, sin solución de continuidad, se refiere a si esa afirmación de que no se invalida el contrato es correcta desde el punto de vista de técnica jurídica, habida cuenta de que falta uno de los requisitos esenciales –la autorización para trabajar-. A este respecto, viene siendo muy diversa la respuesta doctrinal, como se desprende de las interpretaciones que se han vertido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Hasta la LO 4/2000, los tribunales sostenían que cuando el trabajador extranjero no se encontraba en posesión del requisito de la autorización para trabajar, ese contrato de trabajo era nulo. Con la nueva redacción, existe una afirmación de la validez que para un sector de la doctrina no resulta clara, pues parece que sigue siendo un contrato ilícito en la medida en que no concurre el requisito de legitimación que se exige a los inmigrantes de poseer una autorización de residencia y trabajo, en otras palabras, que hayan superado los obstáculos que el derecho de extranjería español exige para que sean considerados como inmigrantes, sin que, por otro lado, se trate de una cuestión de capacidad, como parece desprenderse de la redacción del artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores<sup>17</sup>. La consecuencia de ello, sería que tales contratos con causa ilícita, no producen efecto alguno, de acuerdo con el artículo 1275 del Código Civil, en donde se precisa que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral», y en consecuencia se produce la nulidad del contrato de trabajo.

Para otro sector de la doctrina, sin embargo, hay causa lícita, pues la voluntad del extranjero es intercambiar remuneración por servicios, y ello no se contrapone a las leyes ni a la moral<sup>18</sup>.

También se ha fundamentado como causa de nulidad la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, según el cual, «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Ese efecto distinto, sin embargo, se ha interpretado que es el que figura en el artículo 36.3 LO 4/2000 de reconocimiento de todos los derechos que asisten al trabajador que se derivan de cualquier relación de trabajo. Con ello se dota de estos efectos al contrato sin autorización, sin perjuicio

<sup>17</sup> Cfr. GALIANA MORENO, J. M., «Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general», *Inmigración y trabajo de extranjeros*, cit., págs. 39-40; en el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, M., *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid. 1989, pág. 90.

<sup>18</sup> Cfr. CHARRO BAENA, P., *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, cit., pág. 135.

de las responsabilidades a que dé lugar ese incumplimiento<sup>19</sup>, encontrándose entre ellas, la comisión de infracción muy grave [artículo 54.1.d) LO 4/2000], con la consiguiente promoción de la sanción con multa desde 6001 euros hasta 60.000 euros [artículo 55.1.c) LO 4/2000].

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantuvo de forma mayoritaria, incluso hasta la llegada de la LO 4/2000<sup>20</sup> la doctrina de que la celebración de un contrato de trabajo sin la obtención de los permisos de residencia y trabajo, «es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores».

Creo que ha sido desafortunada la redacción de ese apartado 3 del artículo 36 de la LO 4/2000, pues, al declarar que la falta de autorización para trabajar no invalidará el contrato, le otorga unos efectos jurídicos mucho más amplios que si fuera nulo, cuando ya en este caso, según el artículo 9.2 del ET, «el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». Y ello se justifica en evitación del enriquecimiento injusto que en otro caso produciría a favor de la empresa<sup>21</sup>. Luego, si siendo nulo le otorga tales efectos, ¿Qué efectos producirá el contrato si se declara como no válido? Y en el caso de que no se produzca ninguna restricción de derechos, como parece indicarse, no se entiende, qué sentido tiene la autorización, si no es, a falta de ella la mera promoción de la correspondiente sanción por tal infracción<sup>22</sup>, para obtener la obtención de la autorización de residencia y trabajo a través de las figuras del «arraigo laboral» [artículos 45.2.a) y 46.2.b) RD 2393/2005], o, de la «colaboración con las autoridades administrativas<sup>23</sup>, policiales, fiscales o judiciales» (artículo 45.5 RD 2393).

En consecuencia, el bien jurídico protegido que aporta al contrato la LO 4/2000, es sin duda, evitar el enriquecimiento injusto del empresario que habiéndose beneficiado del trabajo recibido por el trabajador, pudiera verse librado del cumplimiento de sus deberes con respecto al trabajador. El legislador ha querido impedir que el empresario pueda beneficiarse de la acción de nulidad cuando por su voluntad u omisión ha contribuido a generar la causa que podría provocar la invalidez del contrato<sup>24</sup>.

Y es que, en definitiva, según la normativa actual, se da la paradoja de que, por un lado, es válido el contrato suscrito por extranjero que carece de autorización para trabajar porque en él se reúnen los elementos esenciales de todo contrato, y sin embargo, por otro, la autorización se configura en la LO 4/2000, como un condicionante de la eficacia del contrato de trabajo<sup>25</sup>, con lo que en realidad, según otra postura, se trata de un contrato nulo, que no impide que el trabajador disfrute de todos los derechos laborales correspondientes a un contrato válido<sup>26</sup>, pero, sin embargo hay quien lo entiende como una nulidad *relativa* distinta de la total del artículo 9.2

<sup>19</sup> Cfr. RAMOS QUINTANA, M. I., «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003, págs. 558-559.

<sup>20</sup> SSTS (Sala 4<sup>a</sup>) de 1-6-1987, 23-2-1987, 23-9-1986, 30-10-1985, 2-3-1984, 2-11-1983, 21-6-1983, 23-2-198, 15-2-1983 20-12-1982.

<sup>21</sup> Cfr. CHARRO BAENA, P., *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, cit., pág. 143.

<sup>22</sup> Como así se desprende de la expresión «sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar» del citado apartado 3 del artículo 36 LO 4/2000.

<sup>23</sup> Sobre el procedimiento de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en estos supuestos, véase, la Instrucción nº 104/2005, por la que se establecen criterios técnicos y operativos en relación con el plan de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Economía Irregular y del Trabajo de extranjeros (quinta Instrucción).

<sup>24</sup> Cfr. RAMOS QUINTANA, M. I., «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», cit., pág. 559.

<sup>25</sup> Cfr. CHARRO BAENA, P., *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, cit., pág. 138.

<sup>26</sup> Cfr. CAIRÓS BARRETO, D. M., «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena en España», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 629.

ET, pues de haber querido el legislador erradicar la doctrina jurisprudencial de la nulidad del contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo, podría haberlo hecho de modo expreso, por lo que pudiera entenderse que el legislador continúa partiendo de la nulidad de base del contrato, aunque *relativa* por no afectar a los derechos del trabajador<sup>27</sup>.

Esta última posición me resulta, ciertamente sugestiva, pues se intenta mantener la nulidad del contrato, salvo con relación a determinados efectos que se refieren a los derechos del trabajador que resultan de la contratación laboral, y entonces se explica como un contrato nulo *relativo*. Explicación que personalmente no me satisface, pues no creo que pueda hablarse de «nulidad relativa», puesto que el propio concepto de nulidad, alude a ineficacia total y absoluta en su esencia, por lo que no casan dos conceptos antagónicos como es el “absoluto” de nulidad y el calificativo de “relativo”. En otras palabras no es posible que la nulidad del contrato irregular sea “relativa” y “absoluta” al mismo tiempo. Quizá pudiera haberse entendido como un contrato inválido o válido con respecto a determinados efectos, de los que tan sólo se ha preocupado el legislador de aquellos que afectan al trabajador extranjero (y no todos), presumiéndose que los referidos al empresario permanecen incólumes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, parece dulcificar la eficacia de las contrataciones de trabajadores sin autorización, al entender que la expresión que aparece en el artículo 36.3 LO 4/2000, *no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero*, es una «matización que establece con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo» (STS 29-9-03, f.d. segundo), recogiendo a su vez la doctrina de la STS de 9-6-2003, en donde su f.d. Tercero, apartado 2 justificaba tal interpretación, sobre la base de que «no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo»<sup>28</sup>.

En consecuencia, con esta doctrina de la no nulidad del contrato suscrito con trabajador sin autorización para trabajar (combatida por un sector de la doctrina) cabe preguntarse cuál es entonces la consideración de tales contrataciones<sup>29</sup>. Creo que simplemente habría que entender, siguiendo el lenguaje que emplea el precepto, como no inválido o eficaz aquellos aspectos que se refieran a los derechos de los trabajadores, y a determinadas prestaciones de Seguridad Social, particularmente las que se derivan de contingencias profesionales, manteniéndose su ineficacia en los demás efectos, sin perjuicio de las responsabilidades por las que tuviera que responder el empresario (prestaciones, cotizaciones, sanciones administrativas).

El segundo problema, una vez aceptada la validez del contrato respecto a determinados efectos, aun sin autorización para trabajar, se plantea la cuestión de por qué la Ley no delimita los contornos de los derechos del trabajador extranjero sin autorización. Mas sencillo, ¿A qué derechos concretos se refiere?

La expresión, de que la carencia de la autorización no invalidará el contrato de trabajo, pero sólo respecto a los derechos del trabajador extranjero parece dar a entender que se refiere a todos los derechos que se deriva de su relación laboral ilegal, es decir, no sólo la remuneración por su trabajo que ya preveía el citado artículo 9.2 ET<sup>30</sup>, sino también otros derechos que

<sup>27</sup> Cfr. GÓMEZ AVELLEIRA, 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», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003, págs. 788-789.

<sup>28</sup> Doctrina reiterada en la STS de 7-10-2003.

<sup>29</sup> Resulta esclarecedora la consulta del itinerario que ha sufrido, la consideración de la contratación ilegal de extranjeros, desde su nulidad hasta la más reciente de su validez, en MARÍN MARÍN, J., y GALLEGOS MOYA, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2000, págs. 31-39.

<sup>30</sup> En este sentido, MARTÍN MARTÍN, J. «El Status laboral del inmigrante irregular», *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España (Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo)*. Editorial Lex Nova, abril 2005, págs. 201-202.

contempla el ET, como son: los básicos de la libre sindicación<sup>31</sup>, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo, la huelga, la reunión, o la participación en la empresa. Así como los que se refieren al trabajo, como son, el derecho a la ocupación efectiva, a la promoción y formación profesional en el trabajo, a no ser discriminados, a su integridad física, al respeto de su intimidad, a la percepción puntual de la remuneración, al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 4 ET), o, la readmisión en caso de despido<sup>32</sup>.

No deja de ser llamativo que una institución como la de la nulidad, poco utilizada en el contrato de trabajo reaparezca en primer plano para exonerar de toda responsabilidad a una de las partes en el contrato para perjudicar a la otra<sup>33</sup>. Con ello, se confirma que las partes del contrato de trabajo se encuentran en desigualdad de condiciones, pues mientras al trabajador extranjero sin autorización para trabajar se le mantienen sus derechos, al empleador, se le sanciona, sin posibilidad de remediar su situación, de la que, como se ha visto, incluso el propio trabajador ilegal se vale para obtener su propia autorización de trabajo y residencia.

Con esta medida se consiguen dos objetivos fundamentales, el primero, la tutela del emigrante irregular en cuanto trabajador, y el segundo, y no menos importante, desplazar las consecuencias perjudiciales de la situación irregular que debe corresponder al que emplea indebidamente a un trabajador no regularizado. Y es que las exigencias de la política de inmigración no justifican la negación de los derechos de la persona que trabaja, aunque se encuentre en una situación formalmente irregular<sup>34</sup>.

### *c) La Seguridad Social del trabajador extranjero por cuenta ajena*

En primer lugar cabe destacar, a los trabajadores extranjeros con autorización administrativa para trabajar, con contrato de trabajo, afiliados y dados de alta en la Seguridad Social, como grupo mejor colocado socialmente, pues además de tener una profesión que le proporciona unos ingresos para vivir, obtienen correlativamente el derecho a las prestaciones que otorga el Sistema, siempre que reúnan los requisitos exigidos para ello.

Conforme a ello, el artículo 7.1 de la LGSS incluye en el sistema de la Seguridad Social a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que (...) ejerzan su actividad en territorio nacional.

Como se ha examinado, el requisito de encontrarse en posesión de la autorización administrativa para trabajar, es condición exigida para realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, siendo asimismo indispensable para darse de alta en la Seguridad Social.

En ese sentido, el artículo 10.1 de la LO 4/2000 previene, que *los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen*

<sup>31</sup> A este respecto, VELASCO PORTERO, M.T., «El Derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros», págs. 227-254; BELTRÁN MIRALLES, S., «La regulación del Derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO 8/2000», págs. 339-356; LAIZABAL SAIZAR, O., «La libertad sindical de los inmigrantes extracomunitarios», págs. 357-376, todas en, *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

<sup>32</sup> Cfr. MARTÍN MARTÍN, J. «El Status laboral del inmigrante irregular», cit., págs. 202-203.

<sup>33</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 102; acerca de los distintos supuestos, según se considere inexistencia o ilicitud del despido, véase MARÍN MARÍN, J., y GALLEGOS MOYA, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, págs. 39-49.

<sup>34</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», cit., pág. 104.

*tendrán derecho (...) al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.*

Y uno de los requisitos imprescindibles para proceder a la afiliación de los trabajadores inmigrantes en nuestro sistema de Seguridad Social se contempla en el artículo 42 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social,<sup>35</sup> a tenor del cual se establece, que “*a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo*”.

En definitiva, será el momento en que obtenga la autorización administrativa para trabajar, cuando el trabajador extranjero estará en condiciones de incorporarse al sistema de la Seguridad Social a través del acto administrativo de la afiliación en la Seguridad Social.

A este respecto la Circular de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 13-2-2001, mantiene el criterio sustentado anteriormente por esa Dirección<sup>36</sup>, disponiendo en su instrucción primera que no podrá ser estimada solicitud alguna de afiliación y alta inicial de los trabajadores extranjeros si no se les ha concedido previamente el respectivo permiso de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena regulados respectivamente, en los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica 4/2000, no siendo suficiente a tal efecto el haberla solicitado<sup>37</sup>. A continuación señala que serán nulas tales afiliaciones y altas sin el cumplimiento del requisito de concesión de permiso de trabajo, «*por tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico en supuestos en los que se carece de un requisito esencial para la adquisición de la condición legal de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, conforme el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*» (instrucción segunda).

La mencionada circular se hace eco, a efectos de la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, de la doctrina ya comentada acerca del principio general de que el contrato de trabajo celebrado con extranjero sin autorización para trabajar se debe calificar como nulo de pleno derecho, por aplicación del artículo 6.3, del Código Civil en donde se establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas.

La cuestión que se plantea es, si, no siendo posible su incorporación al sistema de la Seguridad Social, por no encontrarse en posesión de la autorización para trabajar, tendría derecho a las prestaciones que dispensa la Seguridad Social.

Con respecto a esta cuestión, entendemos que se debe distinguir en función del origen de la contingencia concreta, pues si la misma deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, el trabajador extranjero no autorizado para trabajar accede a los derechos que se derivan de la relación laboral, sin que, por el momento, en tal supuesto exista base suficiente, a nuestro juicio, de que puedan otorgarse prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social, cuando el origen del riesgo actualizado derive de una contingencia común.

Y es que, cuando se trata de un accidente de trabajo, la reciprocidad se considera reconocida presuntamente, tanto en el ámbito internacional como nacional<sup>38</sup> al establecerse la plena equiparación de los trabajadores extranjeros y los nacionales con respecto a las indemnizaciones por contingencias profesionales, quedando amparado todo extranjero, con independencia de su situación frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>39</sup>,

<sup>35</sup> Aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

<sup>36</sup> Resolución de 20 de febrero de 1998 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE de 4-3-98).

<sup>37</sup> Sobre el desarrollo de la normativa jurídica que regula la situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, véase el Capítulo II del RD 2393/2004.

<sup>38</sup> Véanse los Convenios OIT 19 y 97, la resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 sobre normas de aplicación y desarrollo del campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario; y artículo 14.e) del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria.

<sup>39</sup> A este respecto, la STS de 7-10-2003, resume la doctrina, respecto a un trabajador que sufrió un accidente de trabajo sin la autorización oportuna, con el siguiente razonamiento: «A tenor de las

sin perjuicio, por otra parte, de que La Inspección de Trabajo y Seguridad Social extienda las liquidaciones que afectan a las cotizaciones derivadas de contingencias profesionales, como se viene realizando hasta el momento. En ese sentido, se aprecia una cierta coordinación entre las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional a que tienen derecho los trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar, y la extensión de actas de liquidación, solamente por contingencias profesionales que afectan a tales trabajadores.

En realidad, se trata de una asimilación con respecto al trabajador extranjero sin permiso de trabajo del principio de automaticidad de las prestaciones<sup>40</sup>, por el que en el caso de incumplimiento de las obligaciones del empresario para con el trabajador (alta en la Seguridad Social, cotización, etcétera) la entidad gestora anticipa el pago de la prestación, sin perjuicio de repercutir, a su vez ulteriormente, contra el empresario infractor<sup>41</sup>. O la situación que se produce con el derecho de los trabajadores menores de dieciséis años a las prestaciones de asistencia sanitaria, pese a no haber sido dados de alta ni haber cotizado a la Seguridad Social, precisamente por prohibición legal<sup>42</sup>.

Una vez los extranjeros cumplen con este requisito de encontrarse autorizados para trabajar, celebran el correspondiente contrato de trabajo y son dados de alta en la Seguridad Social, pueden acceder, en su caso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, en las mismas condiciones que a los trabajadores españoles, es decir, que deberán acreditar que están de alta en la Seguridad Social, así como en su caso, la acreditación de un período de cotización previo, y el resto de requisitos exigidos, en su caso.

## 1.2. Trabajadores por cuenta propia

Con respecto a los trabajadores extranjeros que decidan iniciar una actividad por cuenta propia, «habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo» (artículo 37 LO 4/2000).

---

expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4 y 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuyo país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT, pues al estar también ratificado por España obliga a este Miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueron víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, en su número 1, en relación con el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994» (f.d. tercero). En el mismo sentido, respecto a un trabajador, con permiso de residencia pero sin permiso de trabajo, en STS de 7-11-2002.

<sup>40</sup> Principio recogido en el artículo 125.3 LGSS.

<sup>41</sup> Un completo estudio de los efectos que las contingencias profesionales producen en materia de Seguridad Social puede consultarse en, MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y TASCÓN LÓPEZ, R., «el extranjero “sin papeles” ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las sentencias del tribunal supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la “ley de extranjería”)», *Información Laboral*, núm. 14, Valladolid, 2004.

<sup>42</sup> véase el artículo 10 del decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que dicta normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE del 28).

No le ha dedicado demasiado espacio la Ley a la regulación de los trabajadores autónomos, algo más su Reglamento<sup>43</sup>. Si acaso merece comentarse, que la infracción por desarrollar una actividad por cuenta propia en España sin haber solicitado autorización para trabajar, y sin permiso de residencia, se considera grave, es decir una sanción mínima de 310 euros, mientras que si se encuentra en posesión de autorización de residencia temporal, se considera infracción leve, siendo sancionable con multa de hasta 300 euros. Como se desprende de ello, la falta de autorización para trabajar en los extranjeros que desarrollan la actividad por cuenta propia se considera menos grave, habida cuenta de que su relación le afecta a él mismo, sin que tenga repercusiones sobre un tercero, lo que constituiría, caso de encontrarse en la circunstancias del artículo 1.1 del ET, una relación bilateral de naturaleza laboral.

En cuanto a la exigencia de encontrarse en posesión de la autorización para trabajar, como requisito para darse de afilarse en la Seguridad Social y darse de alta en el Régimen que corresponda como trabajador por cuenta propia, es de aplicación lo dicho antes para los trabajadores por cuenta ajena.

### III. LA PROTECCIÓN QUE OTORGA EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

La protección que dispensa la Seguridad Social a los ciudadanos extranjeros<sup>44</sup>, no restringe su campo de aplicación exclusivamente a los trabajadores como antaño, pues desde la promulgación de la Constitución, en especial, su artículo 41, la protección se amplía no solo a los trabajadores sino que se extiende a toda la población de forma universal, al proclamar que *los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos...*, y ciudadanos, no son solamente los nacionales sino también los que residen en territorio nacional, que pueden ser tanto españoles y comunitarios como extranjeros<sup>45</sup>. Dicho artículo constitucional, que proclamaba la universalidad de la protección para todos los ciudadanos, no pudo ser aplicado directamente, pues se encontraba ubicado en el Capítulo III, sobre “los principios rectores de la política social y económica”, y por eso era necesaria la existencia de una norma con rango de ley que lo desarrollara. Esa norma apareció 12 años más tarde con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se crearon las prestaciones no contributivas, finalmente incorporadas en el Texto Refundido de la Ley General de 1994, y desarrolladas reglamentariamente<sup>46</sup>.

En consecuencia, con la creación en 1990, de las prestaciones no contributivas, se puede afirmar que nace una auténtica Seguridad Social, entendida como aquella que combina las ya existentes técnicas del Seguro Social, eminentemente contributivo, en donde se atiende fundamentalmente a la actualización de los riesgos, y las nuevas técnicas de la asistencia social, más preocupada de otorgar ayuda a las personas en situación de necesidad, sean o no trabajadores. Desde entonces se encuentra vigente un sistema mixto de Seguridad Social<sup>47</sup>, con

<sup>43</sup> Con relación a los requisitos exigidos para desempeñar la actividad por cuenta propia, procedimiento, efectos del visado, denegación y renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia véanse los artículos 58 a 62 del RD 2393/2004.

<sup>44</sup> Puede consultarse un estudio de las prestaciones de Seguridad Social dirigida a extranjeros en PAREDES RODRÍGUEZ J. M., «Extranjeros y prestaciones de Seguridad Social», *Información Laboral*, núm. 3, 2006, págs. 2-20.

<sup>45</sup> La protección social dirigida a extranjeros que se regula en la LO 4/2000, viene sintetizada con acierto en, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Coordinadas de la protección social de los inmigrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ediciones Laborum, Murcia, 2005, págs. 117-124.

<sup>46</sup> Un año antes, apareció la protección no contributiva de la prestación técnica de asistencia sanitaria, con la promulgación del *Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre*, por el que se extendió la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

<sup>47</sup> Véase recientemente, entre otros muchos, CONSEJO ECONOMICO SOCIAL, *La protección social de las mujeres*, Colección Informes núm. 4/2000, Madrid, 2000, pág. 15; ALONSO SECO, J. M. y

dos niveles, uno contributivo cuyos protagonistas son los trabajadores, a los que nos hemos referido anteriormente, y otro no contributivo<sup>48</sup> de carácter universal, dirigido a los ciudadanos.

## 1. Las prestaciones contributivas

El nivel contributivo, cuyos destinatarios son los trabajadores, se financia por cotizaciones de empresas y trabajadores, se integra por prestaciones que se dirigen a los trabajadores y al actualizarse el riesgo, si se cumplen los requisitos (hecho causante) causan derecho a la prestación que corresponda (incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo, jubilación, viudedad, etcétera).

No se considera la necesidad del beneficiario, sino, solamente si cumple los requisitos típicos del nivel contributivo, es decir, encontrarse de alta en la Seguridad Social, cotización, y la actualización del riesgo correspondiente, como puede ser la aparición de una enfermedad o accidente, fallecimiento, riesgo para la salud de la madre o el feto, etcétera. Se presume en este nivel contributivo, que la aparición del riesgo implica al mismo tiempo una situación de necesidad, con independencia de que ésta sea real, por eso se habla de una presunción *iuris et de iure* de necesidad. Presenta, por tanto, el típico esquema del seguro social eminentemente contributivo.

## 2. Las prestaciones no contributivas

La modalidad no contributiva, segundo nivel de la acción protectora de la Seguridad Social, destinado a los ciudadanos, no se encuentra suficientemente desarrollado, pues en la actualidad tan solo se contempla junto a la asistencia sanitaria, la protección a los minusválidos que presentan un grado mínimo de minusvalía del 65%; la dispensada a los ancianos mayores de 65 años; y a los hijos menores de 18 años o mayores con minusvalía, reuniendo todos ellos los requisitos de que carezcan de recursos económicos suficientes y de un período mínimo de residencia en territorio nacional.

Por tanto, quedaría por desarrollar el resto de prestaciones como la incapacidad temporal, la maternidad, la viudedad, orfandad, e incluso el desempleo como en este último supuesto se encarga de remarcar la Constitución en el artículo 41.

La cuestión que nos afecta es la de si los extranjeros pueden acceder al derecho de pensiones no contributivas, y en caso afirmativo en qué condiciones.

La LGSS reconoce en el artículo 7.3, el derecho de las prestaciones no contributivas a los *españoles residentes en territorio nacional*, y a continuación –en el apartado 5 del citado artículo–, extiende ese derecho a una serie de ciudadanos extracomunitarios, ya sea por razones de origen como los hispanoamericanos, en virtud de tratados, convenios, o merced a la reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Con lo que tales prestaciones no contributivas vienen limitadas en función de la nacionalidad del ciudadano extranjero. Por otro lado, el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000, prevé que los extranjeros *residentes* tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las *mismas condiciones que los españoles*. Lo que supone:

1º) Que para que un ciudadano extranjero pueda acceder a la protección de Seguridad Social debe ser *residente*, habiendo obtenido un permiso de residencia temporal (superior a 90

---

GONZALO GONZALEZ, B., *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, Boletín Oficial del Estado. Estudios Jurídicos, septiembre, Madrid, 2000, pág. 114, en donde se citan algunas Sentencias del Tribunal Constitucional; LOPEZ-TAMES IGLESIAS, R., *Jurisdicción laboral y contencioso administrativa* (doctrina y jurisprudencia), Editorial Dijusa, enero 2001, pág. 392.

<sup>48</sup> Véase a este respecto, ALARCON CARACUEL, M. R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Técnicos, 4<sup>a</sup> edición, Madrid, 1991, pág. 391.

días e inferior a 5 años)<sup>49</sup> o de residencia permanente (tiempo indefinido)<sup>50</sup>, no bastando la mera estancia (no superior a 90 días)<sup>51</sup>.

2º) Cumpliendo el anterior requisito la protección otorgada por el Sistema a los extranjeros es idéntica a la de los españoles.

Con ello parece que ambos preceptos no casan bien. En consecuencia, se ha entendido por la doctrina que debería reformarse el artículo 7.5 de la LGSS<sup>52</sup>, porque este artículo establece, ciertas preferencias de acceso a la modalidad no contributiva con determinados extranjeros según su origen, o como consecuencia de la suscripción de Tratados, Convenios, etcétera, o por la aplicación de la reciprocidad reconocida. Sin embargo, en el artículo 14.1 sólo se exige, la residencia legal del extranjero. No veo sin embargo la contradicción, y quizás podrían armonizarse ambos preceptos, permitiendo un uso alternativo de su respectivas condiciones.

Cabe resaltar que al no considerarse su condición de trabajador, no precisaría autorización para trabajar, aunque debería reunir otros requisitos relacionados con la acreditación de la falta de recursos económicos suficientes, cierto grado de minusvalía, determinada edad, o cargas familiares, así como un determinado período de residencia en España<sup>53</sup>.

Finalmente, las prestaciones no contributivas se financian a través de una partida especial, en los Presupuestos Generales del Estado dirigidos a esta finalidad, y por tanto, se sufragán por la población a través de impuestos.

El artículo 14.1 de la LO 4/2000, no distingue, cuando se refiere a las condiciones de acceso a la Seguridad Social, entre la modalidad contributiva y la no contributiva, con lo que podría entenderse que son iguales para ambas modalidades. Esto no es así, pues se exige en el nivel contributivo, como se ha examinado, un requisito más, la autorización para trabajar. Por tanto, con la actual redacción, parece darse a entender que el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000 se refiere a las prestaciones no contributivas, como protección subsidiaria o residual del contenido del artículo 10 de la Ley Orgánica 4/2000, más directamente referido a la modalidad contributiva de la Seguridad Social.

### 3. La prestación técnica de asistencia sanitaria

El derecho a la protección de la salud se reconoce por la Constitución en el artículo 43, y se configura como un derecho de la personalidad, que desarrolla un papel complementario respecto al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, consagrados en el artículo 15 de la Constitución. Vinculándose asimismo, el derecho a la salud, con el valor constitucional de

---

<sup>49</sup> Artículo 31 de la LO 4/2000.

<sup>50</sup> Artículo 32 de la LO 4/2000.

<sup>51</sup> Artículo 30 de la LO 4/2000.

<sup>52</sup> Véanse los comentarios acerca del artículo citado en: SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas*, Ediciones Laborum, Murcia, 1998, pág. 51; MORGADO PANADERO, P., y MORENO DE VEGA y LOMO, F., «Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 96, diciembre, 1998, pág. 28.

<sup>53</sup> La regulación positiva de las pensiones no contributivas se encuentra en los artículos 144 a 149 para la invalidez, y del artículo 167 al 170, para la jubilación, y del 180 al 190 para la protección familiar por hijo a cargo, todos ellos de la LGSS. Véase asimismo el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Para las prestaciones familiares por hijo a cargo, véase el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 de nuestra norma fundamental, y siendo tal derecho una condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales<sup>54</sup>.

Tradicionalmente, se ha vinculado la asistencia sanitaria con la Seguridad Social. De hecho todavía se encuentra por la calle a personas que buscan el ambulatorio de la “Seguridad Social”, sin haberse enterado que se trata de una competencia que en su mayor parte ha sido transferida a las Autonomías. Bien es verdad que es una cuestión no resuelta del todo. De hecho, por un lado, sigue regulándose básicamente a través de la, todavía vigente, Ley General de la Seguridad Social de 1974<sup>55</sup> en esta materia<sup>56</sup> y desarrollada por normas muy antiguas<sup>57</sup>. Incluso en la actual LGSS, la asistencia sanitaria, figura en primer lugar, entre la enumeración de las prestaciones que otorga la acción protectora del sistema de la Seguridad Social [artículo 38.1.a) LGSS], por eso, la incluye por el momento como prestación de Seguridad Social. Sin embargo, la tendencia es que vaya desgajándose la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad, ubicándola como un derecho general a la salud. La razón de ello, se ha dicho, estriba en que al dejar de estar sostenida la financiación de la asistencia sanitaria a través de cotizaciones de empresarios y trabajadores, y estando prevista su financiación a través de los Presupuestos del Estado, ya no se podría considerar como de Seguridad Social.

No parece convincente tal aseveración, pues entiendo que la naturaleza de la prestación, en el presente caso la asistencia sanitaria, no se encuentra en su forma de financiación, ni depende de la procedencia de los recursos, según el organismo que los otorga<sup>58</sup>. Un ejemplo elocuente son las pensiones no contributivas, cuya financiación corre a cargo de los Presupuestos del Estado, y no por ello dejan de ser materia de Seguridad Social, siendo reguladas por la LGSS.

La Ley General de Sanidad<sup>59</sup>, en su artículo 1.2, reconoce como titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a «todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional» (principio de universalidad). La realidad, es que, si bien alcanza a la práctica totalidad de los ciudadanos, subsisten algunos preceptos, como el vetusto *Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que dicta normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social*, que regulan quienes tienen o no derecho a disfrutarla a cargo de la Seguridad Social, pues en realidad se trata de un derecho al que se llega por diversos caminos<sup>60</sup>.

Con respecto al derecho de asistencia sanitaria de los extranjeros en España, el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 prevé que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria, en *iguales condiciones que los españoles* en los siguientes supuestos:

---

<sup>54</sup> Cfr. MERCADER UGUINA, J. R. en, “La protección social de los trabajadores extranjeros”, *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, pág. 1194.

<sup>55</sup> Capítulo IV del Título II del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

<sup>56</sup> Véase a este respecto la disposición derogatoria única de la LGSS, que mantiene la vigencia de la LGSS de 1974, en lo referido a la asistencia sanitaria, regulada en el Capítulo IV, del Título II.

<sup>57</sup> Véase a este respecto, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que dicta normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE del 28).

<sup>58</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha vedado que la facultad de gasto público sea un título legitimador de la competencia (SSTC 147/1986, f. j. tercero, y 13/1992, de 6 de febrero, f. j. cuarto), ya que el hecho de invertir fondos propios en una actividad no es título competencial propio, ni el solo hecho de financiar puede erigirse en algo que atraiga hacia sí la competencia (STC 144/1985, de 25 de octubre, f. j. cuarto).

<sup>59</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

<sup>60</sup> Véase en este sentido, ALARCON CARACUEL, M. R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág.188; Con respecto a la situación actual de la universalización de la asistencia sanitaria, véase, ALARCON CARACUEL, M. R., *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 76-86.

**1º) Cuando se encuentren inscritos en el padrón del municipio de su residencia habitual.**

Por empadronamiento debe entenderse según el artículo 16 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*<sup>61</sup> «el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio». De modo, que por el mero empadronamiento, los extranjeros se convierten en titulares del derecho a la misma asistencia sanitaria que cualquier español<sup>62</sup>.

Como consecuencia de ello, en los casos en que los extranjeros carezcan de recursos económicos suficientes, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social idéntica en extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General, de acuerdo con el artículo 2 del *Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes*.

El legislador ha considerado la protección a la salud como un derecho relacionado directamente con la dignidad de la persona, y pese a la existencia de extranjeros ilegales, ha querido reconocer el derecho a la asistencia sanitaria con la misma amplitud que a los nacionales, con la condición de que se inscriban en el Padrón municipal en que se encuentre el extranjero<sup>63</sup>.

Conviene recordar, a este respecto, que la inscripción en el Padrón no es un acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función. Por ello, en el Padrón municipal deben estar dadas de alta todas las personas que habitan en el municipio, sean nacionales o extranjeras y, en este último caso, tengan o no regularizada su situación en el Registro del Ministerio del Interior<sup>64</sup>.

De forma que nos encontramos ante un paso más hacia el principio de universalidad de la asistencia sanitaria, al no exigirse como en el resto de prestaciones, el requisito de la residencia legal, exigiéndose la inscripción en el Padrón cuando son mayores de 18 años, pues de no alcanzar dicha edad, no se exige tal inscripción<sup>65</sup>.

**2º) Que sean menores de 18 años y se encuentren en España.**

El artículo 39.4 de la Constitución prevé, que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

En ese sentido, tanto la Ley Orgánica 4/2000, como la Ley de Protección Jurídica del Menor, trasladan al derecho interno los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 en donde se establece «el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud», esforzándose cada Estado «por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios» (artículo 24).

En ese sentido, la Ley de Protección Jurídica del Menor, señala que «tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España»<sup>66</sup>.

Por tanto, mientras el menor no cumpla 18 años tendrá derecho pleno a la asistencia sanitaria. Al cumplir los 18 años, puede seguir percibiéndola, aunque para ello deberá empadronarse en el municipio de su residencia habitual.

<sup>61</sup> En la redacción operada por la Ley 4/1996, de 10 de enero.

<sup>62</sup> Sin embargo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal, no constituye prueba de su residencia legal en España, como previene el artículo 18.2 de la citada Ley de Bases de Régimen Local. Son dos cuestiones que de momento se encuentran separadas: la exigencia de empadronarse a los nacionales y extranjeros que habitan en un municipio, y la residencia legal que se adquiere por otra vía.

<sup>63</sup> DE VAL TENA, A. L., «Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública», *Aranzadi Laboral*, núm. 20, junio 2001, pág. 2.

<sup>64</sup> Cfr. MERCADER UGUINA, J. R. en, «La protección social de los trabajadores extranjeros», cit., pág. 1203.

<sup>65</sup> Cfr. DE VAL TENA, A. L., «Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública», cit., pág. 2.

<sup>66</sup> Artículo 10.3 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

**3º)** También tienen derecho a la asistencia sanitaria *de carácter urgente* los extranjeros que se encuentren en España, si contraen enfermedades graves o accidentes, «cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica»<sup>67</sup>. Es decir, que no sólo se atiende al extranjero durante el momento que precise la intervención de los servicios de urgencia hospitalaria, sino que esa atención se prolonga durante el posterior proceso de recuperación.

Por asistencia sanitaria urgente, puede considerarse “aquella situación de riesgo grave que, para la vida del paciente o su salud, puede suponer el retraso en la prestación de la asistencia sanitaria requerida”<sup>68</sup>. En ese mismo sentido, la STS de 22 de octubre de 1987, ha entendido como Asistencia Urgente de carácter Vital, «la situación objetiva de riesgo que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social porque la tardanza en obtener la asistencia de esos servicios o el hecho de que éstos no estén en condiciones de prestarla en la forma requerida ponga en peligro la vida o curación del enfermo».

Este tercer supuesto es del todo coherente con las normas internacionales y en concreto<sup>69</sup>, con lo dispuesto en el artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, a tenor del cual «los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo».

**4º)** Por último, tienen derecho a la asistencia sanitaria, durante el embarazo, parto y postparto, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España<sup>70</sup>.

Además por los términos empleados en el precepto, la asistencia sanitaria, cubre no solo la propia del período de gestación y alumbramiento sino cualquier otra causa.

Se observa que en estos tres últimos supuestos, en que se otorga la asistencia sanitaria a los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles, únicamente se exige la condición de *encontrarse en España*, sin que sea necesaria la condición de ser residente, ni siquiera es preciso empadronarse (primer supuesto), por lo que bastaría la mera estancia. Lo que podría entenderse en este último caso como un agravio comparativo en el caso de las españolas embarazadas, que no tengan acreditado el derecho de acceso a esta prestación, o que lo tienen en menor amplitud<sup>71</sup>. De ahí, que pudiera pensarse, incluso, que la vigente legislación otorga un trato más favorable a los extranjeros que acceden a las prestaciones sanitarias en determinadas circunstancias de riesgo específico para la salud por cuanto la población de nacionalidad española que no tuviera reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social está obligada a reembolsar los gastos siempre que sus rentas anuales superen los umbrales mínimos que dan derecho a la asistencia gratuita. Sin embargo, tal discriminación positiva, no es tal, puesto que según el criterio general de interpretación consignado en el artículo 3 de la LO 4/2000, «los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

---

<sup>67</sup> Artículo 12.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

<sup>68</sup> ROMAN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Madrid, Edersa, 1998, pág. 113.

<sup>69</sup> Cfr. MERCADER UGUINA, J. R. en, «La protección social de los trabajadores extranjeros», cit., pág. 1205.

<sup>70</sup> El Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño exige en el artículo 24, “asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

<sup>71</sup> Véase, en este sentido, DE VAL TENA, A.L., «Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública», cit, págs. 3-4.

En definitiva y respecto a los ciudadanos enfermos tiene que jugar el principio de la especial protección, no solo porque constitucionalmente así está previsto, sino también porque para ellos el dotarles de un contenido máximo a su derecho a la salud, es la única y última posibilidad de conservar su dignidad de seres humanos.

Se alcanza de esta forma la universalidad, tantas veces demandada, en la protección dispensada por el Sistema público sanitario español.

#### IV. COMENTARIO FINAL

Son múltiples las cuestiones que podrían abordarse en esta complicada faceta de la vida que supone la inmigración, asimismo, son diversas las soluciones que tendrían que adoptarse a todas aquellas cuestiones.

Muy brevemente, en lo que nos afecta (ámbito laboral y social), entiendo que, lo primero, es atender a las situaciones reales de las personas que llegan a España, mediante ayudas de asistencia sanitaria y asistencia social, para los casos de mayor penuria económica. En segundo lugar, procede la ocupación de los inmigrantes a través de actividades en condiciones legales, en lugar de intentar atender sus necesidades a través de la contratación irregular que tantos problemas puede acarrear a la empresa y al propio trabajador. Todo ello, respetando el interés de los trabajadores nacionales.

Creo, finalmente que la llegada de inmigrantes, si se canaliza de forma adecuada es un factor muy positivo, para ellos en primer lugar, y también para el sistema de Seguridad Social, que junto con la creciente incorporación de la mujer a las distintas actividades laborales, supondrá sin duda un medio de atenuar la anunciada crisis del sistema de la Seguridad Social, materializada en nuestras futuras pensiones.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALARCON CARACUEL, M. R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 4<sup>a</sup> edición, Madrid, 1991.

- *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZALEZ, B., *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, Boletín Oficial del Estado. Estudios Jurídicos, septiembre, Madrid, 2000.

BELTRÁN MIRALLES, S., «La regulación del Derecho de sindicación y huelga de los trabajadores extranjeros por la LO 8/2000», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

CAIRÓS BARRETO, D. M., «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena en España», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003

CHARRO BAENA, P., *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*. Aranzadi. Laboral- Colección derecho y práctica, Elcano (Navarra), 2000.

CONSEJO ECONOMICO SOCIAL, *La protección social de las mujeres*, Colección Informes núm. 4/2000, Madrid, 2000.

DE VAL TENA, A. L., «Derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria pública», *Aranzadi Laboral*, núm. 20, junio 2001.

GALIANA MORENO, J. M., «Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general», *Inmigración y trabajo de extranjeros* (VVAA) coordinador: Joaquín García Murcia. Edición de la Consejería de Industria y Empleo, del Gobierno del Principado de Asturias, 2005.

GÓMEZ AVELLEIRA, 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», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

LAIZABAL SAIZAR, O., «La libertad sindical de los inmigrantes extracomunitarios», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003

LOPEZ-TAMES IGLESIAS, R., *Jurisdicción laboral y contencioso administrativa* (doctrina y jurisprudencia), Editorial Dijusa, enero 2001.

MARÍN MARÍN, J., y GALLEGO MOYA, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2000.

MARTÍN MARTÍN, J. «El Status laboral del inmigrante irregular», *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España (Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo)*. Editorial Lex Nova, abril 2005.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y TASCÓN LÓPEZ, R., «el extranjero “sin papeles” ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las sentencias del tribunal supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la “ley de extranjería”)», *Información Laboral*, núm. 14, Valladolid, 2004.

MERCADER UGUINA, J. R. “La protección social de los trabajadores extranjeros”, *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Técnos, 25<sup>a</sup> edición, Madrid, 2004.

MORGADO PANADERO, P., y MORENO DE VEGA y LOMO, F., «Las responsabilidades familiares en el nivel no contributivo de Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 96, diciembre, 1998.

PAREDES RODRÍGUEZ J. M., «Extranjeros y prestaciones de Seguridad Social», *Información Laboral*, núm. 3, 2006.

RAMOS QUINTANA, M. I., «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

ROMAN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Madrid, Edersa, 1998.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas*, Ediciones Laborum, Murcia, 1998.

-*Coordenadas de la protección social de los inmigrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ediciones Laborum, Murcia, 2005.

VELASCO PORTERO, M.T., «El Derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros», *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (VVAA). Gobierno de Cantabria, 2003.

#### ANTECEDENTES CURRICULARES DEL AUTOR:

El autor, Fco. Javier Fernández Orrico, de nacionalidad española, es en la actualidad, Subinspector de Empleo y de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor Asociado del Área de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández. Asimismo es Gestor Administrativo (no ejerciente) y ha publicado cinco libros relacionados con la materia de Derecho de la Seguridad Social. Ha participado en la elaboración de una veintena de libros colectivos, y ha publicado más de treinta artículos en revistas especializadas tales como la “Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”, “Aranzadi Social”, “Tribuna Social”, “Información Laboral”, “Revista de Trabajo y Seguridad Social”, y “Relaciones Laborales”.