



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO Y  
ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE  
ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD  
SOCIAL

# LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

**RESPONSABLE: SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA  
UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE**

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

**LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS  
EN ESPAÑA**

**Expediente FIPROS-2006/94**

**(Universidad Pablo de Olavide)**

**Investigador Responsable: Santiago González Ortega**

## INDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>8</b>
<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>I. PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>12</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>12</b>
<b>2. LAS NORMAS INTERNACIONALES ESENCIALES EN SEGURIDAD SOCIAL: LOS CONVENIOS DE LA OIT.....</b>	<b>13</b>
2.1. Consideraciones previas. ....	13
2.2. El Derecho de la Seguridad Social como Derecho humano. ....	14
2.3. La Seguridad Social en la OIT.....	16
<b>3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS. .</b>	<b>20</b>
3.1. Encuadramiento de la situación. ....	20
3.2. Los principios de derecho internacional: igualdad de trato y conservación de derechos adquiridos. ....	21
3.2.1. La igualdad de trato.....	22
3.2.2. La conservación de los derechos adquiridos o en vías de adquisición.....	24
3.3.3. Instrumentos de aplicación de los principios y eficacia de los mismos. ....	25
<b>4. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LOS CONVENIOS BILATERALES: CONSIDERACIONES GENERALES. ....</b>	<b>27</b>
<b>5. UNA VALORACION FINAL Y UNA REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>30</b>
<b>II. PROTECCION SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS COMUNITARIO EN ESPAÑA.....</b>	<b>33</b>
<b>1. LA PROTECCION SOCIAL EN EL ESPACIO COMUNITARIO Y LA NECESARIA ADAPTACION A LAS NUEVAS REALIDADES. ....</b>	<b>33</b>

**2. PROTECCION SOCIAL DE LOS CIUDADANOS QUE NO SE DESPLAZAN EN LA UNION: ARMONIZACION ..... 36**

**3. PROTECCION SOCIAL DE LOS CIUDADANOS QUE SE DESPLAZAN EN LA UNION: COORDINACION ..... 38**

3.1. El presupuesto: Ciudadanos <i>de</i> la Unión y Ciudadanos <i>en</i> la Unión.....	39
3.1.1. Los ciudadanos de la UE: Directiva 2004/38.....	39
3.1.2. Los ciudadanos en la UE: Directiva 2003/109.....	41
3.1.3. Protección social en el nuevo modelo: Reglamentos 1408/71, 859/2003 y 883/2004.....	42
3.2. Las normas de Coordinación: Los Reglamentos 1408/81, 859/2003 y 883/2004.....	44
3.2.1. Ámbito de aplicación: territorial, subjetivo y objetivo .....	45
3.2.2. Los principios de la norma de coordinación: La igualdad de trato, la unicidad de la legislación, la conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización y prorrateo), la conservación de los derechos adquiridos (exportación) y la colaboración administrativa. ....	47
3.3. Breve aproximación a la lógica de las prestaciones.....	52
3.3.1. Enfermedad y maternidad .....	53
3.3.2. Accidentes laborales y enfermedades profesionales .....	59
3.3.3. Vejez y Muerte .....	61
3.3.4. Invalidez.....	66
3.3.5. Desempleo.....	68
3.3.6. Prestaciones Familiares.....	76
3.3.7. Prestaciones no contributivas.....	78

**III. PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA “REGULARES VERSUS IRREGULARES”. ..... 82**

**1. EL DERECHO A INMIGRAR: REFLEXIÓN GENERAL..... 82**

1.1. La configuración internacional del derecho a inmigrar .....	83
1.1.1. La configuración constitucional del derecho a inmigrar.....	84
1.1.2. La configuración legal del derecho a inmigrar: la situación regular.....	87

**IV. EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACION REGULAR. 91**

**1. LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PARTICULARIDADES EN LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO..... 93**

**2. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES: PARTICULARIDADES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONVENCIONALES INTERNACIONALES. .... 95**

2.1. Principio de igualdad de trato. ....	98
2.2. Principio de preferencia de aplicación de la legislación interna.....	98

2.3. Principio de ficción del cumplimiento de la situación de alta.....	100
2.4. Principio de conservación de derechos en curso de adquisición.....	100
2.4.1. Totalización de períodos de cotización.....	101
2.4.2. Composición de la base reguladora.....	104
2.4.3. Determinación del importe de la pensión.....	104
2.5. Principio de colaboración administrativa.....	105
<b>V. EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR</b> .....	<b>108</b>
<b>V.I. PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL: ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL.....</b>	<b>108</b>
<b>1. EL ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES .....</b>	<b>110</b>
<b>2. LA COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES .....</b>	<b>111</b>
2.1. La obligación de cotizar.....	111
2.2. Dinámica de la obligación de cotizar.....	113
2.3. La determinación de la cuota.....	114
<b>3. ESPECIALIDADES EN EL SUPUESTO DE TRABAJADORES EXTRANJEROS IRREGULARES.....</b>	<b>115</b>
3.1. Los actos administrativos de extranjería como determinantes del encuadramiento y de la obligación de cotizar. ¿Prestación laboral o autorizaciones como elementos fundamentales? .....	115
3.2. Los actos administrativos de encuadramiento como determinantes de la regularidad del trabajador extranjero .....	126
<b>4. ESTADÍSTICAS .....</b>	<b>129</b>
<b>V. II. PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL: ACCIÓN PROTECTORA. LAS PENSIONES Y LOS SUBSIDIOS.....</b>	<b>131</b>
<b>V. II. I. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACION IRREGULAR A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES.....</b>	<b>131</b>
<b>1. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS, EVENTUALES BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES.....</b>	<b>131</b>

1.1. Situaciones de hecho: ¿qué irregulares?.....	131
1.2. Prestaciones de corte profesional: prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y prestaciones de desempleo en su modalidad contributiva. ....	133
<b>2. LOS EXTRANJEROS IRREGULARES COMO SUJETOS BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES: SOLUCIONES NORMATIVAS (LEGISLATIVAS, REGLAMENTARIAS, ADMINISTRATIVAS).....</b>	<b>135</b>
<b>3. LOS EXTRANJEROS IRREGULARES COMO SUJETOS BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES: SOLUCIONES JUDICIALES. ....</b>	<b>139</b>
3.1. Prestaciones de incapacidad temporal, pensiones de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional. ....	139
3.2. Prestaciones de desempleo en su modalidad contributiva. ....	141
<b>4. RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES EN RELACION CON LOS TRABAJADORES IRREGULARES. ....</b>	<b>145</b>
<b>V. II. II. IRREGULARES EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.....</b>	<b>151</b>
<b>1. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE SU ENTORNO NORMATIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR.....</b>	<b>151</b>
<b>2. LA PROTECCIÓN DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ALGUNOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL.....</b>	<b>154</b>
2.1. La inclusión en el ámbito subjetivo de los Regímenes Especiales. ....	154
2.2. La protección de las contingencias profesionales. ....	158
2.3. La protección de las contingencias comunes. ....	164
2.4. La protección de la contingencia de desempleo. ....	166
<b>V. III. LA DIMENSIÓN ASISTENCIAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EXTRANJEROS IRREGULARES .....</b>	<b>172</b>
<b>1. EL NIVEL NO CONTRIBUTIVO DE PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>172</b>
<b>1.1 Consideraciones generales. ....</b>	<b>172</b>
1.2. Elementos delimitadores de las prestaciones de nivel no contributivo.....	173

1.2.1. Requisitos de acceso a las prestaciones de nivel no contributivo: ausencia de recursos y residencia del sujeto protegido. ....	175
<b>2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY DE EXTRANJERIA: LA RESIDENCIA EN ESPAÑA COMO CRITERIO DETERMINANTE.....</b>	<b>176</b>
<b>3. EL NIVEL ASISTENCIAL DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y EXTRANJEROS IRREGULARES.....</b>	<b>183</b>
<b>VI. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS: ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES.....</b>	<b>187</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>187</b>
<b>2. LA EXTENSIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LOS EXTRANJEROS. ....</b>	<b>188</b>
2.1. Asistencia social o servicios sociales.....	188
2.2. Concepto y características de los servicios sociales. ....	192
2.3. Los sujetos titulares de los servicios sociales. ....	193
2.3.1. Equiparación a los españoles de los comunitarios, de los exiliados, refugiados y apátridas. ....	193
2.3.2. La situación de los extranjeros no comunitarios. ....	195
<b>3. LA INTEGRACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN LOS PROGRAMAS AUTONÓMICOS DE LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL.....</b>	<b>204</b>
<b>3.1. Características comunes de los Programas de Inserción Social.....</b>	<b>205</b>
3.2. El ámbito subjetivo de las Políticas de Inserción Social.....	207
3.2.1. La prestación económica de garantía de recursos mínimos. ....	208
3.2.2. Otras prestaciones económicas: Las ayudas de emergencia social.....	212
3.2.3. Las prestaciones de apoyo a la Inserción Social. ....	215
3.2.4. Las prestaciones económicas complementarias a las pensiones no contributivas del Sistema de Seguridad Social. ....	219
<b>4. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. ....</b>	<b>223</b>
4.1. Planteamiento general: la atención de la dependencia.....	223
4.2. La protección de los extranjeros: diferencias entre los regulares y los irregulares. ....	224

<b>VII.CONCLUSIONES.....</b>	<b>231</b>
<b>VIII.BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>245</b>
<b>IX. ANEXOS.....</b>	<b>266</b>
<b>1. Convenios Bilaterales.....</b>	<b>266</b>
<b>2. Jurisprudencia.....</b>	<b>269</b>

## ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
ANL	Accidente No Laboral
AT	Accidente de Trabajo
AT y EP	Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional
AS	Aranzadi Social
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCiv.	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CES	Consejo Económico y Social
CP	Código Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.
DGOM	Dirección General de Ordenación de las Migraciones
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
DT	Disposición Transitoria
DOCE	Diario Oficial de la Comunidades Europeas
DUDH	Declaración Universas de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
EC	Enfermedad Común
EP	Enfermedad Profesional
ET	Estatuto de los Trabajadores
EM	Exposición de Motivos
EEE	Espacio Económico Europeo
FOGASA	Fondo Garantía Salarial
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LAR	Ley de Asilo y Refugio
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social
LJCA	Ley Jurisdicción Contenciosa-Administrativa
LO	Ley Orgánica
LO 7/85	Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España
LO 4/2000	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,
LO 8/2000	Ley Orgánica 8/2000 que modifica la LO 4/2000
LO 13/2003	Ley Orgánica 13/2003 que modifica la LO 4/2000 (que fue modificada por la LO 8/2000)
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, tras la modificación operada por la LO 8/2000 y la LO 14/2003.

LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPSC	Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
LPAC	Ley del Régimen Jurídico e las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LBE	Ley de Empleo.
LBRL	Ley Reguladora de las bases del Régimen local.
LPL	Ley Procedimiento laboral
LPN	Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas
LSS	Texto articulado de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MAE	Ministerio de Asuntos Exteriores
MAP	Ministerio de Administraciones Públicas
NIE	Número de Identificación de Extranjero
MIR	Ministerio del Interior
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
PIDESC	Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales
PECOS	Países de la Europa Central y Occidental
RELAR	Reglamento de la Ley de Asilo y Refugio
RELOEX	RD 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000.
REDT	Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo
REGE	Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripciones de empresas y afiliación, alta, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
RPNC	RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Prestaciones no Contributivas
SAAD	Sistema de Autonomía y de Atención a la Dependencia
SNE	Situación Nacional de Empleo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

## PRESENTACION

El presente estudio se inicia con una panorámica general sobre las normas internacionales de Seguridad Social, exponiéndose así, en el apartado primero, el alcance, los principios y la incidencia que despliegan respecto a los derechos de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros que residen y trabajan en un país distinto al de su origen. Entre ellos, ocupan un lugar destacado los ciudadanos comunitarios, pues es el ordenamiento jurídico de la Unión Europea les confiere una especial posición, muy similar a la de los trabajadores nacionales en cada país miembro, fruto de la combinación de dos técnicas legislativas: la armonización y, fundamentalmente, la coordinación, cuyos resultados son analizados en el apartado segundo.

En cambio, la posición de los extranjeros extracomunitarios parte de una realidad distinta, ya que, en principio y con carácter general, no existe un conjunto normativo, como el comunitario, que la describa completamente, sino que su apoyo jurídico se encuentra en un derecho regulado de forma menos definida, como es el “derecho a inmigrar”, dependiendo sobre todo de la configuración que realizan los ordenamientos nacionales. El apartado tercero, en consecuencia, acoge una amplia reflexión sobre la tensión existente entre el derecho a inmigrar, consistente en la facultad del ser humano para residir en el Estado de su elección y para desarrollar en él una actividad profesional con la que pueda procurarse su subsistencia económica, en los tres planos normativos (internacional, constitucional y el legal) y el derecho de los Estados a autorizar a los ciudadanos no nacionales a entrar, residir y trabajar dentro de sus fronteras. El resultado de esta tensión, en cada momento, no es en absoluto intrascendente, sino que de él depende el ejercicio de otros derechos, como el derecho al trabajo y, particularmente, a la Seguridad Social.

Específicamente, en el apartado cuarto, se describe el régimen jurídico de la protección de Seguridad Social a los trabajadores extranjeros en situación regular, basado en dos presupuestos fundamentales. De un lado, las previsiones normativas de carácter general que regulan los derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España. De otro, los principios jurídicos contenidos en los convenios supranacionales celebrados entre el Estado español y otros Estados.

Acto seguido, se expone la posición jurídica de los trabajadores extranjeros en situación irregular, bien por desarrollar una prestación de servicios sin que se haya concedido la correspondiente autorización de trabajo, bien por, pese a haberse concedido, resultar ineficaz, al incumplir el empresario su obligación de encuadramiento, mediante el análisis de las siguientes cuestiones. En primer lugar, las relacionadas con los actos de encuadramiento y cotización. En segundo lugar, las relativas a la evolución legislativa y jurisprudencial sobre las prestaciones, especialmente, derivadas de contingencias profesionales y desempleo, así como el conjunto de responsabilidades que se puede derivar. En tercer lugar, la dificultad de extenderle las prestaciones previstas en los regímenes especiales. En cuarto lugar, aquellas que ponen de manifiesto, igualmente, la dificultad de proyectar para estos trabajadores la protección del nivel o brazo no contributivo del Sistema de Seguridad Social español.

Con ello, se cierra, el régimen de protección de Seguridad Social, exponiéndose, en el apartado sexto, el régimen de protección de asistencia social, dispensado, por razones competenciales, por las Comunidades Autónomas a los extranjeros no comunitarios, independientemente, en este caso, de su situación administrativa.

La versión escrita del texto, que recoge en toda su extensión la investigación realizada, se completa con la relación de las conclusiones obtenidas, una amplia bibliografía sobre la materia y dos anexos, en los que se incluyen convenios bilaterales y resoluciones jurisprudenciales.

# **I. PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.**

## **1. INTRODUCCIÓN.**

La articulación de una protección social mínima en los países constituye, sin lugar a dudas, un incentivo al desarrollo socioeconómico y constituye el fundamento de la cohesión social; lo que, a su vez, favorece ese desarrollo, haciendo sus economías más eficientes o productivas. Esta afirmación que, en principio, podría considerarse contradictoria tiene su explicación. En efecto, el coste que supone dar cobertura a una Seguridad Social, por mínima que sea, podría hacer pensar que ralentiza el desenvolvimiento económico de los Estados. Sin embargo, existe un amplio consenso acerca de la necesidad de proteger a los trabajadores y a sus familias; necesidad mayor cuanto más alto es el nivel económico del país, de tal manera que los Sistemas de Seguridad Social forman parte del marco institucional de cualquier economía de mercado eficiente, dando lugar, entre otras cosas, a la cohesión social que se necesita para un desarrollo económico a largo plazo (CICHÓN et al., 2007, pág. 189). De hecho existen estudios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que desmitifican la disparidad entre igualdad y eficiencia; lo que significa que los sistemas de protección social demuestran su eficacia como vehículos de reducción y de prevención de la pobreza y, además, como reductores de la desigualdad en los ingresos. De hecho, la comunidad mundial va asumiendo poco a poco una mayor responsabilidad en el otorgamiento de servicios y prestaciones básicas de Seguridad Social

Esta idea que se acaba de exponer, es decir, la necesaria acción de los Estados en la línea de establecer unas normas mínimas que aseguren una Seguridad Social básica para todos, es la que ha venido defendiendo durante décadas los organismos Internacionales y, muy especialmente, la OIT. La tendencia general es que se pase de la cobertura de unos umbrales mínimos a una cobertura universal. Si bien esta es la filosofía imperante, el reflejo de la misma nunca se codificó en un convenio internacional por las dificultades que esta iniciativa presenta; sobre todo para aquellos países que están en vías de desarrollo o cuyos niveles de pobreza son muy altos.

Al hilo de lo dicho, en este apartado se analizarán la incidencia de las normas internacionales de Seguridad Social en los derechos de protección social de los trabajadores extranjeros que residen y trabajan en un país distinto al de origen. Aunque es obvia la necesidad de que dichos países formen parte de las organizaciones internacionales más importantes en la materia y que hayan incorporado a su ordenamiento las normas internacionales específicas. Para ello, este estudio se detendrá en poner de relieve el papel de la OIT como organización más relevante en la materia y de los principios que sustentan las normas de Seguridad Social internacional, así como los convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados (BONET PÉREZ, J., 2007).

No se detendrá la exposición en el detalle por cuanto en páginas posteriores y en otros apartados de este trabajo se dedican a este análisis con mayor precisión y detenimiento. Ahora bien, hay que señalar que esta materia está todavía por perfilar y

completar porque, aunque la Seguridad Social ha sido elevada a la categoría de derecho humano, muchos Estados, independientemente del grado de desarrollo económico que posean, no ha asumido lo más imprescindible e inmediato, como es respaldar explícitamente los derechos de Seguridad Social básica que también se encuentran recogidos en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos.

## **2. LAS NORMAS INTERNACIONALES ESENCIALES EN SEGURIDAD SOCIAL: LOS CONVENIOS DE LA OIT.**

### **2.1. Consideraciones previas.**

Cualquier ciudadano tiene derecho, primero, a salir de un país y, segundo, a poder realizar un trabajo profesional en un país distinto al de origen. El problema surge cuando el trabajador extranjero llega al Estado de destino. En efecto, la migración es fundamentalmente laboral, es decir, es decir, que las personas extranjeras que llegan a un país lo hacen, en su mayoría, para desarrollar algún trabajo o actividad profesional; es por ello que la Seguridad Social de los extranjeros está, normalmente aunque no exclusivamente, unida de forma inexorable a la condición de trabajador. Pero hay que mencionar un vínculo, y un obstáculo, más del trabajador migrante para ser titular indiscutible de derechos sociales y es el que supone la exigencia del cumplimiento de las normas de extranjería que cada país impone para permitir el acceso de trabajadores de terceros países. A todo ello hay que añadir que dichas normas serán más o menos estrictas dependiendo de los vínculos que unan a los países de origen y de destino; es decir, no es lo mismo la libertad de circulación entre los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea que la entrada en España de ciudadanos de otros Estados fuera de la Unión, donde, con mayor o menor intensidad, las normas de acceso al trabajo (que será la puerta de entrada a una protección social mínima, aunque de tipo profesional) son más restrictivas. En todo caso, no es objeto de estas páginas realizar un estudio de las reglas administrativas de acceso sino la reflexión acerca de qué ocurre cuando el ciudadano extranjero ya se encuentra en nuestro país, al margen de que esa estancia sea de acuerdo con las normas que rigen la regularidad de dicha estancia (ÁLVAREZ CORTES, 2001, págs. 25 y ss.).

Lo que sí se puede afirmar es que la normativa internacional, como más adelante se expondrá, está contribuyendo a que los trabajadores extranjeros vayan teniendo un régimen de protección social paulatinamente mejor. Al menos para los trabajadores que han entrado en un país y que se encuentran en situación de regularidad, es decir, con permiso de residencia o de trabajo. En este caso, los extranjeros ven reconocidos, normalmente, de forma plena todos sus derechos sociales y se les concede un trato igualitario con los nacionales, en materia de Seguridad Social. No podemos olvidar que los trabajadores, sean o no extranjeros pueden encontrarse en cualquier momento de su vida en una situación de desprotección que requiere una tutela, mucho más respecto de riesgos relacionados con el desempeño de su trabajo, y respecto de los cuales los sistemas de Seguridad Social suelen exigir, en términos generales, la satisfacción de las obligaciones y cargas vinculadas a los regímenes de tipo contributivo. Frente a ello, los sistemas de Seguridad Social nacionales tienen los mecanismos suficientes para dar cobertura a dichas situaciones de forma más o menos automática. En este sentido, las normas internacionales han ido imponiendo en los Estados la conciencia de que es

necesario que los trabajadores extranjeros que se encuentren en estas situaciones de desprotección no queden privados de sus derechos de Seguridad Social. Sea porque, en ocasiones porque se trata de prestaciones que se consideran inexportables (asistencia sanitaria, por ejemplo), bien porque los derechos de Seguridad Social quedan afectados cuando los interesados salen del país de origen y tienen que esperar a cumplir con los requisitos del país de destino para poder generarlos de nuevo. La garantía de estos derechos a los extranjeros, es también, lo que es muy relevante en el plano internacional, una forma de evitar la discriminación y el surgimiento de situaciones de injusticia social o de exclusión.

A todo lo mencionado hay que añadir otro supuesto, si cabe más grave en el plano de la tutela social, y es el de los trabajadores extranjeros ilegales o irregulares. Si ya es complejo y dificultoso que los Estados integren en sus ordenamientos jurídicos reglas igualitarias de Seguridad Social para trabajadores extranjeros regulares respecto de los nacionales, cuando se trata de extranjeros irregulares, la cuestión se complica más. En este plano, las normas internacionales no han tenido el eco necesario para que los Estados hayan seguido una política de extranjería y de seguridad social igualitaria, obviando (al menos parcialmente) la condición de regular o irregular del trabajador extranjero. Con mucho la prestación que pueden recibir tales extranjeros irregulares es la de asistencia sanitaria (que en los países desarrollados suele tener un carácter más o menos universal), y, en el terreno estrictamente policial, la deportación a sus países de origen. Es cierto que los convenios bilaterales o multilaterales de han ayudado a implantar el principio de reciprocidad en cuanto a la protección de Seguridad Social, aunque existen importantes dificultades por el hecho de que los sistemas de Seguridad Social de los países son diferentes y por la exigencia (ésta sí más común) de la residencia legal, del trabajo autorizado y de las cotizaciones regulares al sistema, en conexión con el desempeño de un trabajo también regular o legal..

Estos inconvenientes generales que se han descrito se acentúan cuando se trata no de prestaciones profesionales sino de prestaciones de garantía de ingresos mínimos y de prestaciones asistenciales o no contributivas; que generalmente quedan excluidas de las preocupaciones, objetivos y ámbito material de aplicación de las normas internacionales referidas a la protección social. En consecuencia, la configuración a nivel internacional del derecho a la Seguridad Social como un derecho humano queda de nuevo relativizada, en su aplicación práctica y real en los concretos países, debido a las circunstancias referidas; aunque esta circunstancia sí que podrán funcionar como elemento informador de la interpretación de las normas internacionales de Seguridad Social. Lo que, en su alcance real, será estudiado a continuación.

## **2.2. El Derecho de la Seguridad Social como Derecho humano.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 217<sup>a</sup> (III), de 10 de diciembre de 1948; art.22) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966; art. 9) han reconocido expresamente el derecho a la Seguridad Social como un derecho humano básico, de tal manera que la Comunidad Internacional tiene la obligación de garantizar los instrumentos necesarios para hacer efectivo este derecho. En este sentido, la

Comisión Mundial sobre la dimensión social de globalización (OIT, 2004, pág. 121) incidió en la necesidad de que los Estados intensifiquen sus regulaciones con vistas a desarrollar sistemas nacionales de protección social. Igualmente ha de citarse el Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950), cuyo ámbito material de aplicación se precisa en el Protocolo adicional que, si bien no se refieren a los derechos de protección social, han permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciarse al respecto al amparo de la lesión, que puede parecer singular, del derecho de propiedad, sí tutelado por tal Convenio Europeo, un derecho que es vinculante para los s firmantes y directamente aplicable a quienes se encuentren incluidos en su campo de aplicación subjetiva.

En todo caso, hay que recordar que no son obviamente iguales los sistemas de protección social de los países desarrollados que los de los que están en vías de desarrollo, que todavía no han asentado principios de cohesión social, de inclusión social y de democracia; aunque esos sistemas se consideren un instrumento para prevenir la pobreza y para propiciar una mejora de la productividad que les ayudaría a conseguir unos niveles de desarrollo más altos (Resolución y Conclusiones relativas a la Seguridad Social; OIT, 2002).

Pues bien, aún cuando este reconocimiento del derecho a la Seguridad Social como derecho humano básico es asumido por la comunidad internacional, todavía no se han establecido los instrumentos necesarios que definan el contenido de tal derecho, ni se han establecido los mecanismos de control para garantizar su respeto. Es cierto que la OIT ha asumido la tarea de promoción e incentivar el establecimiento de formas de reconocimiento que conviertan el declarado derecho humano básico a la Seguridad Social en juna realidad; pero quedan aún mucho camino por recorrer. Como se verá ahora, los convenios internacionales de la OIT ha venido cumpliendo, desde muy temprano, un papel esencial en la delimitación conceptual y de contenido del derecho a la Seguridad Social y se han convertido en una referencia imprescindible en la materia. A modo de ejemplo, y por ser el más significativo, el Convenio 102, llamado Norma Mínima en materia de Seguridad Social, adoptado en 1952 es el más emblemático en este ámbito, por cuanto ha diseñado las medidas necesarias para la expansión e implantación de la Seguridad social y ha respondido a los retos que deben afrontarse en un mundo globalizado. Ello no obsta para que sea imprescindible la adopción de otros convenios que complementen al Convenio 102 y que vayan dirigidos sobre todo a los países que carecen de sistemas eficaces de protección social.

Esta internacionalización del derecho a la Seguridad Social supone un reconocimiento de derechos de carácter general al conjunto de los ciudadanos; lo que comprende, incluso, tanto la protección social pública externa al sistema de Seguridad Social como la denominada Asistencia Social. De tal manera que los Estados podrán actuar sobre el derecho a la Seguridad Social solamente para mejorar los niveles o umbrales mínimos que se establecen en el ámbito internacional. Lo que sí se debe subrayar es que las normas internacionales han consagrado toda una serie de principios rectores sobre la Seguridad Social de los trabajadores migrantes que suponen que las regulaciones estatales deberán basarse en los principios de igualdad de trato, la segura determinación de la legislación aplicable y la conservación de los derecho adquiridos o en vía de adquisición. Todo ello mediante la colaboración administrativa necesaria, es decir, estableciendo los procedimientos de coordinación necesarios entre los Estados que conlleven intercambio de informaciones, coordinación y colaboración para la

resolución de conflictos, de tal manera que se remuevan todos los obstáculos para el disfrute del derecho, particularmente en los casos de los trabajadores extranjeros.

Desde el punto de vista internacional, el derecho de la Seguridad Social se ha ido configurando mediante instrumentos negociados y aceptados que lo configuran como un derecho social fundamental. Se pueden mencionar a este efecto, entre otros: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias –Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/158, de 18 de diciembre de 1990, arts. 27 y 54-; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979, arts. 11 y 14-; o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad - Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/61/106, de 13 de diciembre de 2006 ). También a nivel regional es necesario mencionar la Carta Social Europea (1961, art. 12); el tratado de Ámsterdam (DOCE, C325, de 24 de diciembre de 2002, arts. 136 y 137), o los instrumentos internacionales convencionales en el ámbito de América Latina o de África. No obstante, son dos los instrumentos internacionales que tienen una mayor significación a los efectos del análisis y que ya han sido subrayados al inicio de este epígrafe: la DUDH y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En estos dos textos se atribuye el derecho a la Seguridad Social a todas las personas independientemente de su nacionalidad; de tal manera que toda persona, y en particular todo extranjero, “tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene derecho asimismo a los seguros, en su caso, de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (art. 22 de la DUDH). Permitiendo sólo la Declaración límites al derecho a la Seguridad Social que se fundamentan en el respeto de otros derechos generales propios de todo país democrático.

Ahora bien, lo que no se contempla en la Declaración es el mecanismo de control de la efectividad del derecho, lo que puede ser razonable si se tiene en cuenta el relativo valor jurídico que tiene el Texto internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al tener un valor jurídico distinto, contiene mecanismos de control y aseguramiento de los derechos que se establecen en el mismo, bien a través de informes, bien a través de reclamaciones estatales o particulares ante el Comité de Derecho Humanos. El Pacto reconoce el derecho a la Seguridad Social (art. 99), el de protección de la familia (art. 10.1) y el de tutela de la salud (art. 12), si bien el desenvolvimiento de estos derechos queda condicionado a los recursos económicos de los Estados. En todo caso, este Pacto forma parte del ordenamiento jurídico español (de conformidad con lo establecido en el art. 96 de la CE) por lo que sirve de referente interpretativo y de criterio para la aplicación directa. De modo que son reclamables ante los Tribunales.

### **2.3. La Seguridad Social en la OIT.**

Toda la evolución del derecho a la Seguridad Social, a nivel internacional, no es nada más que el reflejo de la actividad realizada fundamentalmente por la OIT. Es decir, desde su Constitución de 1919, este organismo internacional dependiente de Naciones Unidas ha venido realizando una labor progresiva y permanente de reconocimiento y promoción de este derecho, ya que ha entendido que era imprescindible para mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores. Y este objetivo se consigue mediante la adopción de medidas que vayan dirigidas a luchar contra el desempleo, proteger a los trabajadores de enfermedades y accidentes comunes o profesionales y ampararlos en situaciones de vejez e invalidez. Así se han ido adoptando a lo largo del tiempo programas que permitan la extensión de la Seguridad Social, que garanticen unos ingresos mínimos, o que, al menos que concedan asistencia médica y protejan a la mujer y a los niños. Por supuesto, esto ha supuesto una reafirmación de la Seguridad Social como un derecho social fundamental (Conclusiones relativas a la Seguridad social, párrafo 2, OIT, 2002).

Siendo esta la premisa de partida, la definición de lo que deba entenderse como Seguridad Social en el plano internacional es el paso siguiente. A este respecto, la OIT ha señalado que puede definirse la Seguridad Social como:

“La protección que proporciona la sociedad a sus miembros mediante una serie de medidas públicas para: compensar la inexistencia o una reducción radical de los ingresos del trabajo a causa de diferentes eventualidades (en particular, enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, desempleo, invalidez, vejez y muerte del sostén de la familia); proporcionar asistencia médica y facilitar prestaciones a las familias con hijos” (OIT, 2000, pág. 32). Pues bien, para que el derecho a la Seguridad Social así concebido sea eficaz, la OIT ha aprobado una serie de convenios y recomendaciones; si bien, como se sabe, son sólo los primeros los que vinculan jurídicamente, con el alcance que puedan tener estas normas internacionales, a los Estados que los ratifican.

El Convenio 102 es, como se ha dicho, el instrumento principal en esta materia porque se configura como un texto armonizador de la Seguridad Social, permite a los Estados que lo ratifican la posibilidad de establecer las prestaciones que seleccionen para todos los residentes en el país que no superen un determinado nivel de ingresos, estableciendo que se trate de sistemas financiados mediante impuestos. No obstante el Convenio establece unas normas mínimas para las que califica como nueve ramas de la Seguridad Social; esto es: asistencia médica, prestación de enfermedad, prestación de desempleo, prestación de vejez, prestación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones familiares, prestación por maternidad, prestación de invalidez y prestación de sobrevivientes. Además de estas normas básicas, la norma internacional establece los objetivos a perseguir en materia de Seguridad Social, basados en principios aceptados por los Estados miembros.

Estos objetivos se refieren, entre otros:

- Establecimiento de un mínimo de población protegida.
- Establecimiento de un mínimo de prestaciones.
- Las condiciones para el derecho a las prestaciones.
- La actualización de la pensiones.
- La garantía de las prestaciones.
- La participación de los agentes sociales en el sistema.

- La responsabilidad de los Estados para la adecuada concesión de la prestación y de su administración.
- La financiación colectiva mediante impuesto o cotizaciones.
- Establecimiento de un régimen de asistencia social.

El Convenio 102 no exige que los Estados que lo han ratificado asuman las nueve ramas que componen la Seguridad Social, ya que se les deja que puedan organizar sólo tres, al menos, aunque una de ellas debe incluir una contingencia de larga duración o el desempleo. En el año 2003 la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones (que supervisa la implementación de las normas internacionales en los Estados) señaló que el Convenio 102 ha tenido una gran aceptación por los Estados, habiéndolo ratificado la mayoría e incorporado sus disposiciones al ordenamiento jurídico propio. Desde luego, en casi todos los países industrializados se han adoptado sistemas de Seguridad Social que comprenden las nueve ramas establecidas por el Convenio 102. Además, el Convenio 102 ha servido de modelo para el Código Europeo de Seguridad Social, así como la Carta Europea de Seguridad Social ha dispuesto que los Estados firmantes deben tener un nivel mínimo asimilable al requerido para la ratificación del Convenio 102.

En otro orden de cosas, las normas internacionales que hacen referencia a derechos sociales básicos están enlazadas con las que se refieren a otros derechos humanos también reconocidos por Naciones Unidas. Es por ello que las actividades normativas de la OIT y de Naciones Unidas están coordinadas, si bien las normas emanadas de la OIT son las que se tienen como referencia en materia de Seguridad Social, de tal forma que los instrumentos normativos de Naciones Unidas suelen ser complementarios de éstas.

Como el derecho de la Seguridad Social es un derecho económico o prestacional, las obligaciones que impone su observancia son obligaciones de conducta, es decir, requieren de una actividad razonable y adecuada de los Estados para que el derecho pueda tener virtualidad práctica. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del que se ha hablado antes impone obligaciones a los Estados para lograr los objetivos establecidos en el mismo, también en relación con el derecho a la Seguridad Social. De manera que los Estados gozan de una relativa flexibilidad para aplicar el Pacto, pero al mismo tiempo están obligados a implantar progresivamente el derecho, adoptando las medidas necesarias para que sea real y eficaz. Además, los derechos, incluido el de Seguridad Social, vienen configurados por el Pacto con un contenido mínimo o esencial, por debajo del cual los Estados no estarían cumpliendo sus obligaciones derivadas del Pacto. En cuanto al derecho a la Seguridad Social, debido a su especial trascendencia y repercusión en el ámbito de la dignidad humana, debe dársele prioridad en las políticas sociales y en las legislaciones de los Estados. De esta forma se hace necesario para éstos el aplicar todos los recursos necesarios que hagan real el contenido del derecho. En efecto, la OIT ha venido exigiendo a los Estados ese contenido mínimo del derecho de la Seguridad Social, pero configurándolo como una obligación de resultado, es decir, una obligación dirigida a conseguir y garantizar las necesidades básicas de los ciudadanos; materia esta innegociable. Se trata, como se ha dicho, de una “base social” irrenunciable y no cuestionable económicamente (Úrsula Kulke, 2007, pag.151).

Ahora bien, la dificultad estriba en la determinación de esa base social que es muy cambiante dependiendo de las circunstancias políticas, sociales y económicas de cada país, e incluso del contexto de mundialización y de globalización económica. En efecto, la exclusión social, la flexibilidad en el empleo, la inseguridad laboral en el trabajo o el desempleo son factores que inciden muy directamente en la determinación de esa base social de Seguridad Social. La OIT ha señalado que el acceso a la asistencia médica básica y las prestaciones familiares (sobre todo las que afectan a la infancia) son las prioridades actuales, mientras que, al mismo tiempo, no puede perderse de vista la necesidad de que existan subsidios de desempleo para hacer frente a la necesidad económica derivada de la carencia de ocupación.

En este sentido, la OIT ha señalado que el contenido esencial del derecho a la Seguridad Social debería integrar unos elementos básicos indispensables entre los que cabe citar (OIT, 2006, pág. 34):

1. Asistencia sanitaria básica de carácter universal.
2. Sistema de prestaciones familiares
3. Programas específicos de asistencia social
4. Sistema de pensiones básicas universales para vejez, invalidez y supervivencia.

Pues bien, siendo estas las bases actuales que el organismo internacional entiende imprescindibles, el Convenio 102 necesita de más instrumentos para conseguir estos objetivos a nivel mundial; de tal manera que el (los) nuevo (s) convenio (s) contengan la base social que se entiende necesaria para dar eficacia al derecho, promoviendo el diálogo social, el respeto a la igualdad y la solidaridad y confiando un papel principal a los Estados. Desde luego que esta nueva regulación serviría de complemento al Convenio 102 que por sí se presenta como una norma idónea para la progresiva implantación del derecho a la Seguridad Social; pero los demás instrumentos servirían para avanzar un paso más en la formación de esa “base social”.

En el ámbito interno español, y sólo haciendo una mera referencia ya que será analizado con más minuciosidad en otros apartados de este estudio, el derecho a la Seguridad Social ha sufrido una expansión progresiva en cuanto al ámbito subjetivo de tutela, esto es, respecto de las personas que se consideran sujetos incluidos en su campo de aplicación y, por tanto, potenciales beneficiarios de sus prestaciones. De esta manera, se reconoce este derecho no sólo a los nacionales, residentes legales y trabajadores regulares, sino que, incluso, en algunas facetas del derecho, también a los trabajadores irregulares. El derecho a la Seguridad Social, ex art. 41 de la CE, se configura así como un derecho universal y para todos los ciudadanos en situaciones de necesidad. Los trabajadores extranjeros regulares que acceden a un trabajo pueden, de la misma forma que un nacional, acceder al nivel contributivo del sistema de Seguridad Social; mientras que los trabajadores irregulares sólo tendrán derecho, conforme a la normativa de extranjería, a los servicios y prestaciones sociales básicas.

### **3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.**

#### **3.1. Encuadramiento de la situación.**

Cuando se habla de la Seguridad Social internacional y de la protección de los extranjeros se parte de la regulación que cada Estado establezca en materia de extranjería. A primera vista, los Estados, aunque sometidos al principio de territorialidad en cuanto a las prestaciones de Seguridad Social, abren el abanico subjetivo de la protección, incluyendo a los trabajadores migrantes; otra cosa es conforme a qué exigencias y requisitos y con qué alcance. De hecho, este criterio de ampliación subjetiva se recoge en casi todos los convenios bilaterales de Seguridad Social. Por otra parte, el ya clásico principio internacional de igualdad de trato al margen de la nacionalidad debe suponer, aun con limitaciones, que todo trabajador extranjero tenga reconocido el derecho a la Seguridad Social de la misma forma que si se tratase de un trabajador nacional (ALVAREZ CORTES, 2001, págs.40 y ss.).

De este modo, nacionales y extranjeros comparten los mismos derechos y deberes en el mismo sistema nacional de Seguridad Social. Pese a ello, no siempre esa equiparación está garantizada por lo que las normas internacionales intentan proporcionar soluciones a los problemas que se plantean con la protección social del colectivo de trabajadores migrantes, intentando evitar la desprotección y la consiguiente exclusión social que en muchas ocasiones se genera. Es por esta razón que se han establecido a nivel internacional principios básicos tendentes a garantizar una protección integral a los trabajadores extranjeros y a sus familias que se ven obligados a residir (ya a trabajar) en un lugar diferente al de origen.

Hay que subrayar que son numerosos los convenios que se han adoptado, esencialmente aunque no en exclusiva por la OIT, para la protección de los trabajadores extranjeros en materia de Seguridad Social. Baste citar el Convenio 19, sobre igualdad de trato en accidentes de trabajo (de 5 de junio de 1925); el Convenio 97, sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949 (ratificado por España el 21 de marzo de 1967, BOE del 7 de junio); y el Convenio 118, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social. Pues bien, dos son los principios esenciales que la OIT ha implantado como de Derecho Internacional en esta materia: la igualdad de trato, aunque muchos de los convenios basados en este principio se sostienen en el principio cercano pero no igual de la reciprocidad entre los Estados; y el principio de conservación de derechos de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros cuando emigran a otro país. Lo que supone, además de cierta tutela a lo largo del proceso de generación del derecho, el que el trabajador extranjero pueda conservar las prestaciones que ha generado en el país de destino y que puedan ser exportadas a su país de origen.

En todo caso, no se puede dejar de mencionar, antes de entrar en el estudio concreto de los principios citados, al Consejo de Europa donde se han adoptados distintos textos dirigidos a la protección, en materia de protección social, de los trabajadores extranjeros y migrantes. Estas regulaciones están contenidas en el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972, donde se establece un régimen

complejo de conservación de los derechos de los trabajadores. Por supuesto, también es esencial el papel que juega la Unión Europea, si bien es una materia que será analizada en los siguientes apartados del trabajo. Tampoco puede olvidarse que una de las labores más importantes de coordinación de las legislaciones se ha llevado a cabo mediante el acuerdo entre los Estados estableciendo convenios bilaterales o multilaterales que, de forma directa, protegen a los trabajadores migrantes. Estos convenios, que suelen tener una sistemática muy parecida, recogen los principios internacionales mencionados de igualdad de trato y conservación de derechos, aplicándolos al caso concreto de las relaciones entre los sistemas de protección social de los países firmantes. Si bien las diferencias más importantes se observan en cuanto a las ramas de la Seguridad Social que regulan, ya que, en unos casos se opta por todas las prestaciones, y en otros se discrimina y se acogen sólo algunas de ellas.

### **3.2. Los principios de derecho internacional: igualdad de trato y conservación de derechos adquiridos.**

Dada la naturaleza nacional y fuertemente territorializada de los sistemas de Seguridad Social, es normal que los países protejan primordialmente a sus nacionales, extendiendo, mediante convenios o tratados con otros países, los derechos de Seguridad Social de sus nacionales que emigran a esos otros países, a la vez que aceptan, dentro de los sistemas nacionales que tutelan, la protección correspondiente de los trabajadores extranjeros que residen y trabajan en el país de acogida. Por esta razón se habla de bilateralidad en relación con estos convenios internacionales, que tienen como objetivo principal el reconocimiento recíproco de derechos y su puesta en práctica mediante una coordinación adecuada entre los ordenamientos nacionales de Seguridad Social. Es claro que los Estados tendrán en cuenta los flujos migratorios que se producen entre ellos, de tal manera que la mayor o menor protección a los trabajadores migrantes, o incluso la propia existencia de estos convenios bilaterales, vendrá condicionada por el grado de intensidad de los flujos migratorios.

Pero, además, hay otro condicionante y es la distinta configuración de los sistemas de Seguridad Social de cada uno de los Estados y la forma cómo dicha configuración (sujetos protegidos, financiación, encuadramiento, requisitos para obtener el derecho a las prestaciones, prestaciones en sí mismas consideradas, dinámica del derecho) se establezcan en las legislaciones nacionales; lo que conlleva, como no puede ser de otra manera, una desigual dificultad a la hora de suscribir los convenios y de establecer los niveles de protección. De esta forma, cuando se hace referencia a convenios más generales, estos suelen ser más flexibles y lo que hacen es regular suelos o estándares mínimos de protección adaptables a las peculiaridades y matices de los distintos sistemas de Seguridad Social que pueden relacionarse en el marco del convenio. Sin embargo, cuando se trata de convenios bilaterales, los acuerdos son más cerrados y eficaces ya que se establecen reglas directamente aplicables de garantía del surgimiento y del disfrute del derecho.

### 3.2.1. La igualdad de trato.

Las leyes de seguros sociales excluían a los extranjeros de la protección ya que realizaban una ponderación en términos de coste-beneficio. De tal forma que los costes que se generaban debían beneficiar exclusivamente a los nacionales; y, sólo cuando los Estados llegaban a acuerdos de reciprocidad, se reconocían para ese colectivo concreto de trabajadores extranjeros los derechos de Seguridad Social. En efecto, ha sido el principio de reciprocidad el que ha inspirado, históricamente, las relaciones coordinadoras en materia de Seguridad Social. Cuando se fueron perfilando y consolidando los sistemas nacionales de Seguridad Social es cuando el principio de igualdad fue ganando el terreno; sobre todo porque, en la mayoría de los casos, los sistemas empezaron a financiarse con fondos públicos. No se puede ocultar que hay convenios que, aunque proclaman la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, incluyen supuestos en los que se permite excepciones a las reglas de igualdad. Es decir, no consagran la igualdad en términos absolutos, sino que condicionan dicho principio al de reciprocidad entre los Estados y no les obligan nada más que respecto de los extranjeros originarios de los Estados que ratifican el convenio, sin extenderlo sin distinción hacia todos los extranjeros (MONTROYA MELGAR, 1964, págs.395 y ss.).

Consecuentemente, igualdad y reciprocidad vienen, en ocasiones, armonizadas y combinadas; lo que ocurre es que en muchas ocasiones el contenido del sistema de Seguridad Social de los Estados es desigual para bien o para mal y, difícilmente, puede aplicarse la igualdad de trato cuando no se pueden asegurar las mismas prestaciones de Seguridad Social. Por ello que se hace necesario que los Estados estén dispuestos a aceptar la reciprocidad y que además tengan un sistema más o menos completo de Seguridad Social que pueda coordinarse. Así, el concepto de reciprocidad es más amplio, no se refiere a comparativas de prestaciones sino a la posibilidad de coordinar legislaciones con un nivel de distinta intensidad dependiendo del sistema instaurado en cada país. Con todo, es el principio de igualdad el que mejor respuesta da a las necesidades de los trabajadores extranjeros porque quedan encuadrados en el sistema como nacionales y se pueden beneficiar de cualquier tipo de prestación, existente o futura, que el sistema proporcione. Aún así se pueden encontrar excepciones al principio sobre todo las referidas a determinadas prestaciones respecto de las que se niega el derecho de los extranjeros a acceder a ellas, o bien el derecho queda condicionado por requisitos específicos, como es el de un cierto tiempo de residencia previa en el país de destino.

En la mayoría de los supuestos la protección va dirigida a los extranjeros que adquieren la condición de trabajadores y a sus familias, independientemente de la nacionalidad. Es normal que la igualdad de trato, en la actualidad, se acepte sin ningún condicionamiento de nacionalidad, aunque suela exigirse (lo que, en general, es un requisito razonable, por otra parte exigido por igual a los nacionales, conforme puede apreciarse en el contenido del art. 7 LGSS) que tengan residencia en el país. Pero eso sí, debe tratarse de trabajadores autorizados a residir y trabajar en el país de destino; esto es, deben cumplir con todos los requisitos legales para considerarse como regulares. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha señalado de forma contundente que no puede existir una discriminación en materia de Seguridad Social basada en razones únicamente de nacionalidad, sino que la diferencia de trato debe ser

justificada, objetiva y razonable. Ello no obsta para que los Estados tengan márgenes de apreciación en cuanto a determinar en qué medida las diferentes situaciones consideradas similares justifican diferencias de trato, pero deben ser consideraciones muy justificadas las alegadas para que el Tribunal considere esa diferencia de trato por razón de nacionalidad compatible con las exigencias derivadas del principio de igualdad (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de septiembre de 1996, TEDH 1996/40, caso Gaygusuz c. Austria, si bien se trata de una resolución basada en la tutela del derecho de propiedad sobre las prestaciones sociales de tipo contributivo).

Conforme al art. 13 CE y la normativa de extranjería de desarrollo, los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales. Es verdad que la Ley de Extranjería, cuando se refiere al ejercicio de los derechos de Seguridad Social lo hace en relación con los trabajadores residentes legales en España. Ello, por lo tanto, conlleva que se trate de trabajadores con permiso de residencia y autorización para trabajar. Surge la duda de si la protección de los extranjeros en España que se encuentran en una situación irregular, por aplicación directa de este principio, tienen derecho a acceder a algún tipo de protección. Sin embargo salvo excepciones muy puntuales, la protección que se les otorga (y no de manera general), se refiere únicamente a las contingencias profesionales (Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 –AS 2007, 900-).

En efecto, además de las sentencias mencionadas hay que señalar dos que son muy relevantes a estos efectos, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 (RJ 2003/3936) y de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008/2065), en ambos casos recursos de casación para la unificación de doctrina. En la primera de ellas, el Tribunal extiende el campo de aplicación de la Seguridad Social para el supuesto de accidente de trabajo aún cuando se trataba de un ciudadano irregular de nacionalidad ecuatoriana que no contaba con permiso de trabajo. Ecuador tiene suscrito un Convenio Bilateral con España, firmado desde 1960, en el que se reconoce la igualdad de trato recíproca en todo caso cuando se trate de accidente de trabajo o enfermedad profesional. El Tribunal reconoce finalmente el derecho a la asistencia sanitaria y a la incapacidad derivada de contingencia profesional apoyándose tanto en el Convenio Bilateral firmado como en el Convenio 19 de la OIT, referido a los riesgos profesionales (accidente de trabajo).

La segunda Sentencia más reciente (2008) enjuicia el supuesto de un trabajador extranjero que no cuenta ni con permiso de trabajo ni de residencia, por lo que no tiene derecho a inscribirse como demandante de empleo ni a percibir las prestaciones de desempleo que le correspondería por el tiempo trabajado y cuyo despido ha sido declarado improcedente. Pues bien, en este caso el Tribunal Supremo establece que el trabajador no tiene derecho a estas prestaciones por desempleo porque la Ley Orgánica de Extranjería confiere un derecho al trabajador frente al empresario que lo contrató ilegalmente y no con la Seguridad Social, ya que, de lo contrario, al no establecerse diferencias en el plano de la protección social entre extranjeros regulares e irregulares, ello vendría a incentivar la emigración ilegal. Por tanto, concluye, los derechos de protección social del trabajador ilegal se circunscriben únicamente a los derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ya que, en estas materias, España tiene adquiridos compromisos internacionales, derivados básicamente del Convenio 19 OIT.

La conclusión principal que se deriva de lo dicho es que, en primer lugar, el derecho a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros depende de que tal

derecho esté expresamente reconocido, sin condicionamientos, en textos internacionales suscritos por España (lo que sucede con lo relativo a los riesgos profesionales). En caso de ausencia de tales textos (no suscripción de Convenios Bilaterales, riesgos que no sean de origen profesional), los Estados están sujetos a la aplicación del principio de reciprocidad; es decir, que la protección del trabajador migrante en territorio nacional quede limitada y sea equivalente a la del nacional en territorio extranjero. Aunque pueda tenderse, con un nivel menor de vinculabilidad, a la aplicación directa y eficaz del principio de igualdad que tiene un carácter más absoluto y fundamental para los ciudadanos.

### **3.2.2. La conservación de los derechos adquiridos o en vías de adquisición.**

Para realizar un análisis aplicativo de este principio ha de comenzarse por señalar que, por un lado, se bifurca en, por una parte, la situación de conservación de los derechos que viene disfrutando el trabajador migrante y, por otro, en la tutela de aquellos derechos que el trabajador extranjero aún no ha disfrutado o ejercitado por no haber cumplido los requisitos normativos para poderlos ejercer, pero que tiene la perspectiva o expectativa de disfrutarlos en el futuro.

Las normas internacionales de Seguridad Social suelen establecer que los ciudadanos incluidos dentro de su ámbito subjetivo de aplicación y pertenezcan a un Estado firmante de tales normas puedan mantener sus derechos adquiridos, independientemente de su nacionalidad; eso sí siempre que residan en el territorio de uno de los Estados firmantes del convenio. El problema se presenta cuando el trabajador extranjero quiere volver a residir a su país de origen. En efecto, en este supuesto se debe delimitar el alcance y grado de conservación de los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social en el Estados de residencia y que puede seguir ejercitando en el Estado de origen. En principio, razonablemente, el beneficiario extranjero debiera seguir percibiendo la prestación correspondiente a la que tenga derecho, indistintamente del lugar de residencia. En esto es en lo que consiste la exportación de las prestaciones. Lo cierto es que los convenios internacionales suelen establecer que sólo las prestaciones contributivas son exportables, lo que sin duda está relacionado con el carácter contributivo de los regímenes profesionales y en la conexión que se establece entre la obligación de contribuir a la financiación del sistema y el derecho a solicitar del mismo las prestaciones necesarias frente a la actualización de las contingencias protegidas; por su parte, el desempleo y las prestaciones familiares suelen presentar problemas para su exportación.

Por supuesto, en los casos donde se reconoce a los extranjeros prestaciones de tipo asistencial, estas no son exportables ya que al fundarse en el principio de solidaridad general y financiarse con impuestos, sólo se disfrutan cuando se reside en el país que las reconoce. En ocasiones, el derecho a determinadas prestaciones viene condicionado a que se resida en el territorio nacional que las concede. No obstante, se suele establecer, cuando la prestación es de naturaleza económica, una equiparación entre el territorio nacional y el territorio donde reside el beneficiario. Circunstanacialmente, los ingresos y transferencias que los Estados realizan al permitir la

exportación de las prestaciones suelen beneficiar al Estado donde reside el trabajador migrante, puesto que ayudan al desarrollo y crecimiento económico.

Una situación distinta es la de la conservación de los derechos en vías de conservación. Por lo que se refiere a las prestaciones contributivas, lo normal es que los Estados exijan unos determinados requisitos, sobre todo de cotización y carencia, para tener derecho a disfrutarlas. De esta manera, el ejercicio de los derechos de Seguridad Social queda condicionado al cumplimiento de determinados factores de empleo, contribución, residencia o semejantes. Los trabajadores migrantes no sólo tienen dudas acerca de si conservarán sus derechos expectantes cuando abandonan su país de origen sino también en el caso contrario, es decir, si la generación de esos derechos se verá interrumpida por el abandono del país donde han sido trabajadores extranjeros. Estas situaciones se hacen más problemáticas y trascendentes en términos de protección cuando de lo que se trata es de prestaciones que requieren amplios periodos de cotización (la jubilación como ejemplo típico, pero también, aunque en menor medida, las prestaciones por incapacidad permanente y por muerte y supervivencia) y el trabajador migrante no ha conseguido alcanzarlos. En este orden de cosas, los convenios internacionales suelen establecer mecanismos de ajuste para que los trabajadores no pierdan dichos derechos o, al menos, no se vea afectado el proceso de generación y de adquisición de los mismos. Así, se establece en muchos convenios que a los trabajadores migrantes que realicen actividades profesionales en un determinado Estado –siempre que sea parte del convenio- se les reconocerán los períodos de residencia y cotización mediante la fórmula de la totalización o serán tenidos en cuenta para la adquisición cuando el hecho causante se genere.

Obviamente, la aplicación del criterio de totalización supone la ruptura del principio de territorialidad ya que el país de emigración va a proteger a sus trabajadores residentes en el extranjero y el país de inmigración accede a reconocer los períodos de cotización, seguro o trabajo exigidos por su legislación y cumplidos parcialmente fuera. Desde luego, la totalización es una ventaja para el trabajador extranjero y los inconvenientes que se generan para el Estado que debe llevarla a cabo quedan atenuados por la aplicación del principio *pro rata temporis*, mediante el cual el pago se realiza en proporción a los periodos cumplidos por el trabajador migrante en cada uno de los Estados.

### **3.3.3. Instrumentos de aplicación de los principios y eficacia de los mismos.**

Dos son las cuestiones que deben subrayarse en este epígrafe, por un lado, la legislación aplicable y, por otro, la colaboración entre las administraciones de Seguridad Social.

En relación con la primera de ellas, esto es, la legislación aplicable, aunque hay tesis diferentes en cuanto a la concepción que se tenga de la naturaleza de las relaciones de Seguridad Social, lo más acertado es entender que los Estados suelen establecer en los convenios que suscriben la norma aplicable al supuesto. En todo caso, la norma internacional coordinadora de las legislaciones de Seguridad Social suele determinar dicha legislación para los supuestos de conflicto. Cuando surgen interferencias entre las distintas normas reguladoras de la Seguridad Social de cada uno de los Estados, es la norma internacional la que coordina la respuesta a las mismas. Y esta norma

internacional incluye en el ámbito subjetivo de aplicación al trabajador migrante que así queda protegido frente a dichas interconexiones. Lo habitual en los convenios internacionales es que se aplique la regla de la legislación del lugar donde se prestan los servicios aunque haya excepciones para determinados grupos de trabajadores.

De esta forma los trabajadores que realicen su actividad profesional en un determinado país se encontrarán protegidos por la legislación de Seguridad Social del mismo. Y, en los supuestos de pluriactividad internacional, se aplican las reglas correctoras siguientes:

- Para los trabajadores por cuenta propia que realicen actividades en distintos países, se aplicará la regla del lugar de residencia habitual para la determinación de la legislación aplicable de Seguridad Social.
- Cuando a un trabajador pueda aplicársele la legislación de protección social de dos o más países por ser por cuenta ajena en territorio de uno y por cuenta propia en territorio de otro, se aplicará la regla de la ajenidad, es decir, se cotizará en el país en que se estén prestando los servicios por cuenta ajena.
- Las excepciones a la *lex loci laboris* se centran en determinados colectivos que son: personal al servicio de la administración de una de las partes que ejerza su prestación laboral en territorio de otro Estado; trabajadores destacados, es decir trabajadores que prestan servicios por cuenta ajena en un país temporalmente y que por esa temporalidad no se les aplica la legislación de Seguridad Social; los trabajadores de empresas mixtas donde ambos países aportan capital o cooperan en obra nacional de ambos Estados; y personal al servicio de empresas de transporte internacional.

En relación con el segundo de los mecanismos mencionados, es decir, el de la colaboración administrativa, hay que empezar señalando que la misma debe existir siempre que haya un convenio internacional de Seguridad Social. De tal forma es exigible dicha colaboración que se ha llegado a decir que el principio de colaboración de las administraciones públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social se sitúa en el plano del derecho internacional público y en el plano del derecho de la coordinación administrativa internacional (Montoya, 1964, pág. 412).

Para que un convenio sea verdaderamente efectivo, necesita que se establezcan mecanismos de cooperación y colaboración internacional entre los países, de tal forma que exista un intercambio de información, una coordinación financiera, un tratamiento fiscal igualitario y una solución pacífica de conflictos. Por supuesto, la complejidad de la materia hace que sean los técnicos de Seguridad Social los que tengan que delimitar un sistemas de colaboración que suele reflejarse en los convenios. Dichas colaboración debe ir dirigida a una ejecución rápida de las obligaciones que dimanen de estos convenios y proporcionar a los trabajadores migrantes beneficiarios las prestaciones a las que tienen derechos con el mínimo de dificultad. Siendo realistas, la complejidad de los sistemas de colaboración a veces imposibilita la eficacia del reconocimiento de los derechos internacionales de Seguridad Social.

Para conceder una mayor eficacia a los convenios suelen crearse organismos que actúan como intermediarios o como enlace entre las administraciones y coordinan las

actividades administrativas de las mismas; sobre todo, cuando de los que se trata es del reconocimiento de prestaciones.

En todo caso, la coordinación administrativa tiene distintas manifestaciones, entre las que cabe citar:

1. La realización de reconocimientos médicos solicitados por una parte.
2. La posible utilización del idioma de cada Estado miembro.
3. No poner dificultades en cuanto a la presentación de los documentos, sea en uno u otro Estado de los que forman parte del convenio
4. El intercambio de información
5. La posible bonificación fiscal por la presentación de documentos (la mayoría de los mecanismos coordinadores de Seguridad Social establecen el principio de gratuidad)..
6. La no necesidad de autenticar los documentos, aunque se exijan que vayan con el sello oficial
7. La coordinación financiera.
8. Establecer los medios de solución de conflictos en el caso de que aparezcan discrepancias entre los Estados contratantes en cuanto a la interpretación y aplicación del convenio.

#### **4. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN LOS CONVENIOS BILATERALES: CONSIDERACIONES GENERALES.**

Aunque en otro capítulo de este estudio se analizarán con detalle los aspectos principales de los convenios bilaterales, en este momento se realizará una valoración general de los mismos destacando sus rasgos más relevantes.

Se debe partir de la premisa de que los convenios bilaterales surgen para proteger a efectos de la Seguridad Social a los trabajadores nacionales de países no comunitarios. No obstante, puede ocurrir que haya convenios bilaterales que queden afectados por la normativa comunitaria y, en concreto por el Reglamento 1408/71. Se puede afirmar que, en la actualidad, la Seguridad Social internacional está condicionada por los sistemas que en cada país existen; incluso, la llamada Seguridad Social comunitaria (en todo caso, no más que un mero mecanismo de coordinación) queda afectada por la de sus Estados miembros.

En todo caso, la Seguridad Social que deriva de los convenios bilaterales es un conjunto de normas entre Estados (dos o más) que tienen como objetivo proteger a los trabajadores extranjeros para que sus derechos y prestaciones sociales no se vean menoscabadas al cambiar su lugar de residencia y de trabajo. Ello no quiere decir que los convenios alteren las legislaciones estatales pero sí que las coordinan. El convenio bilateral es una norma convencional que se muestra eficaz a la hora de amparar los derechos de Seguridad Social de los ciudadanos de manera recíproca. Esto es, nacionales que residen en un país extranjero y extranjeros de ese país que se encuentra en el territorio del otro Estado. De tal manera que se configuran unas reglas de protección social conectadas y comunes que, a su vez, tienen naturaleza coordinadora, armonizadora o de unificación normativa e, incluso de reenvío.

No es habitual que se celebren convenios bilaterales entre países industrializados y países en vías de estarlo. Sin embargo, el caso de España es la excepción debido a los vínculos que la unen, sobre todo, con los Estados latinoamericanos. Pero no sólo por esta razón, sino también porque España ha sido un país de emigración y ha recibido extranjeros de diversas nacionalidades (de Europa del Este o África), de la misma forma que, en otras circunstancias históricas ha sido país de emigración hacia esos otros con los que se establecen convenios bilaterales. Lo que suele describirse como el hecho de que España ha pasado de ser un país de emigración a un país de inmigración. Por otra parte, la entrada en la Unión Europea ha supuesto que muchos de los convenios bilaterales hayan sido sustituidos por los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social, principalmente en lo que afecta a Estados miembros de la Unión. Esto ha provocado que España tenga limitaciones a la hora de suscribir convenios porque queda vinculada a la normativa comunitaria. Debido a la cesión de soberanía que supone la integración europea, se ha perdido autonomía e independencia para pactar con terceros países.

En otro orden de cosas, hay que señalar que los convenios bilaterales proporcionan la ventaja de que se adaptan a las situaciones de los sistemas de Seguridad Social de cada parte contratante y se consideran como complemento de las normas internacionales en la materia que nos ocupa. En efecto, en los convenios bilaterales siempre se trasluce la impronta de los convenios internacionales, y los mecanismos de coordinación de ambos tipos de convenios, finalmente, actúan como vasos comunicantes y se informan entre sí. No obstante, los convenios bilaterales deben respetar el contenido protector de Seguridad Social de los convenios internacionales cuando los Estados pertenecen a dichas organizaciones internacionales que los suscriben.

Pues bien, en un análisis comparativo de convenios como el 48 y el 157 de la OIT, dedicados a la protección de los trabajadores en lo que hace a la conservación de sus derechos de Seguridad Social con los convenios bilaterales (en el caso español suscritos con distintos países como Argentina, Canadá, Brasil, Ecuador, Filipinas, Marruecos, Túnez, Ucrania, Rusia, etc.), se puede comprobar que existen rasgos de identidad muy llamativos. Avanzando en el análisis, se debe tener en cuenta que los convenios bilaterales sólo afectan a un colectivo restrictivo de trabajadores, lo que provoca a su vez que existan multitud de convenios que abarcan las posibles relaciones migratorias de los distintos países y, a mayor abundamiento, sólo las partes negociadoras conocen con exactitud el alcance de los mismos y de las reglas que establecen. Todo ello refleja la complejidad de establecer con exactitud el contenido básico y la repercusión de aquellos.

En todo caso, puede destacarse que los convenios bilaterales tienen un contenido mínimo más o menos común a todos ellos. Así y a modo de ejemplo se puede señalar (SANCHEZ CARRIÓN, 2003, págs. 17 y ss.)

- Los convenios establecen la legislación aplicable para evitar, como ya se ha señalado, los conflictos de leyes. Habitualmente, se establece la ley del lugar de prestación de servicios como la reguladora de las relaciones de Seguridad Social.
- En todos ellos se abandona el criterio de la nacionalidad como discriminador del acceso a los derechos de protección social. De esta manera el principio de igualdad de trato alcanza sus más altas cotas. En

efecto, con mínimas excepciones, imponen recíprocamente el mismo tratamiento para los trabajadores migrantes que estén en uno u otro país y, como mucho, se establece que el Estado no concederá ni más ni menos prestaciones que las que sean reconocidas por el otro país firmante (reciprocidad).

- En el ámbito jurisprudencial, el TC ha venido también definiendo el principio de igualdad de trato y no discriminación (STC 95/2000) al establecer que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades garantizadas en el Título I de la CE, aunque en los términos que se establezcan en los Tratados y la Ley. No se puede producir una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros. De tal forma, que deben gozar de los mismo derechos que los nacionales en condiciones plenamente equiparables, en especial de aquellos derechos que afectan a la persona en cuanto y tal y que son indispensables para su desarrollo y para garantizar su dignidad. No obstante, en ocasiones no se podrá acceder a otros derechos que quedan supeditados a la configuración legal que se realicen de los mismos.
- Se admite la conservación de los derechos en vías de adquisición así como la posible totalización de los mismos y la prorrata por el período transcurrido de residencia del país que se abandona por el trabajador. Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que en algunos convenios se mantiene la regla del cumplimiento de los requisitos internos para tener acceso a las prestaciones.
- Los convenios pueden o no establecer los criterios para el acceso a las prestaciones. Si abarcan a la totalidad de ramas de Seguridad Social el orden que se establece es el siguiente:
  - Las prestaciones por enfermedad sean sanitarias o económicas.
  - Las pensiones de jubilación, invalidez y muerte.
  - La protección por accidente de trabajo.
  - Las prestaciones familiares
  - Sólo en ocasiones, las derivadas de la protección por desempleo.
- La colaboración administrativa en estos convenios deviene esencial ya que es la manera más eficaz para que se desenvuelvan con la mayor virtualidad práctica posible.

Para el caso español, la mayoría de los convenios son muy amplios y suelen abarcar casi todas las prestaciones. Ello no obsta para que existan convenios que se centran exclusivamente en alguna/s prestaciones, sea las pensiones o las derivadas de contingencias profesionales, o bien que se apliquen a una sola rama de la Seguridad Social. También, como ya se señaló en otro lugar, los funcionarios suelen quedar excluidos de la protección que dispensan estos convenios y suelen ser más o menos amplios dependiendo del desarrollo económico y del sistema de Seguridad Social que tenga el país con el que se suscribe el convenio.

Finalmente, hay que decir que, en la actualidad, los convenios bilaterales de Seguridad Social tienden a la unificación de manera que se consiga una armonización de las legislaciones y de los sistemas de protección social. Es obvio que esta unificación será más o menos compleja dependiendo de que se trate de países en vías de desarrollo económico o con un grado mayor o menor de industrialización. Sería bueno que se

promoviera para alcanzar este objetivo un Texto único básico de Seguridad Social que fuera obligatorio para todos los Estados.

## **5. UNA VALORACION FINAL Y UNA REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Como se ha querido poner de manifiesto a lo largo de este apartado, el reconocimiento internacional del derecho a la Seguridad Social en tratados o convenios de esta naturaleza, al margen de la generalidad de dicho reconocimiento, no supone la incorporación simultánea de instrumentos de control de la aplicación efectiva de tales derechos en cada uno de los países firmantes del instrumento internacional de que se trate. Sólo la inclusión de los Estados firmantes en organizaciones internacionales de tipo particular, como es el caso de la Unión Europea, con lo que ello supone de cesión de soberanía y de sumisión de los Estados miembros a lo establecido en las normas comunitarias dictadas en ejercicio de las competencias establecidas en los tratados originarios, se traduce en una aplicación práctica y efectiva, en un país concreto de lo establecido en dichas normas internacionales en relación con el derecho a la Seguridad Social, tanto respecto de los nacionales del país como, sobre todo, en relación con los trabajadores de otra nacionalidad comunitaria que se desplacen en el interior de la Unión. Algo semejante sucede con los convenios bilaterales, suscritos y ratificados por España que, en la medida en que se incorporan al ordenamiento interno mediante su publicación en el diario oficial, son directamente aplicables y exigibles ante los órganos jurisdiccionales; algo que la propia naturaleza específica del convenio y el tipo de previsiones que contiene hacen posible.

Lo anterior no puede declararse respecto de las normas internacionales que reconocen, de forma muy general, el derecho de los ciudadanos a la Seguridad Social y, más concretamente, el derecho de los trabajadores extranjeros a la Seguridad Social del país en el que residen y trabajan. De forma que la aplicabilidad de ese derecho, y su eventual exigencia ante los tribunales nacionales, dependen, primero, de la propia formulación del derecho (habitualmente lo suficientemente genérica como para remitir, necesariamente, a la legislación nacional de desarrollo, sin que sea posible realizar controles directos de su aplicación); segundo, de la recepción que cada ordenamiento interno haga de las exigencias contenidas en tales normas internacionales (lo que supone cumplir determinados requisitos formales que, en España, se contienen en el art. 9y6 CE: suscripción, ratificación, publicación en el diario oficial); tercero, que las normas internas contengan previsiones de efectividad del derecho en cuestión (como puede argumentarse acerca del Convenio 19 OIT respecto del principio de igualdad y los riesgos profesionales); cuarto, que su aplicación se haga posible de forma indirecta merced al valor que los tribunales nacionales otorguen a esos derechos (en el caso español, un ejemplo de ese condicionamiento es el art. 10.2 CE que obliga a los tribunales a interpretar los derechos fundamentales y libertades de la Constitución, conforme a la DUDH y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España; quinto, porque el derecho a la Seguridad Social se ampare en derechos fundamentales reconocidos en la legislación interna equivalentes a los derechos de igual contenido establecidos en las normas internacionales (como es el caso del principio de igualdad y de la prohibición discriminatoria del art. 14 CE).

En todo caso, es la legislación interna de desarrollo y aplicación del derecho reconocido a nivel internacional la que dará la medida de la efectividad del derecho; que sólo cede ante la prohibición de un trato desigual injustificado o, respecto de los extranjeros, ante la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. Sin que pueda entenderse discriminatoria la imposición de ciertos requisitos que, o bien son comunes a nacionales y extranjeros (por más que a éstos últimos les sea más dificultoso cumplirlos, como es el caso de la residencia durante un cierto tiempo), o bien diferencian entre nacionales y extranjeros de conformidad con el cumplimiento de ciertos requisitos vinculados a la regularidad de la situación de trabajo y estancia en España.

A este respecto resultan de interés las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han resuelto acerca de reclamaciones relacionadas con las prestaciones sociales, amparadas (por tratarse de prestaciones económicas derivadas de cotizaciones previas) en la tutela del derecho a la propiedad. Así, en el caso *Gaygusuz contra Austria* (16 de septiembre de 1996), el Tribunal estableció que una diferencia de tratamiento entre nacionales y extranjeros está justificada sólo cuando se basa en razones objetivas, persigue un objetivo legítimo y existe una adecuada relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se persigue. Lo que no consideró existente en el caso, donde, pese a tratarse de una ayuda asistencial (al margen, pues, de cotizaciones previas) consideró la denegación del Estado de residencia (Austria) contraria a la CUDH por cuanto el reclamante había realizado aportaciones financieras generales al sistema de Seguridad Social en términos de cotizaciones y las razones aportadas por el Estado en cuestión no se consideraron suficientes para eliminar la sospecha de discriminación por razón de nacionalidad. Resoluciones semejantes, si bien basadas en la discriminación por razón de sexo son las producidas en los asuntos *Antonakopoulos contra Grecia* (14 de diciembre de 1999), *Wessels-Beergervoet contra los Países Bajos* (4 de junio de 2002), o *Willis contra el Reino Unido* (11 de junio de 2002).

En todo caso, y en relación con los trabajadores extranjeros, la regulación nacional contenida en la Ley de Extranjería respecto de los derechos de los extranjeros en España en materia de Seguridad Social, al establecer, como principio, la equiparación entre nacionales y extranjeros regulares (algo que, en cuanto a los comunitarios sí es de aplicación directa) respeta las exigencias de igualdad de todas las normas internacionales. Y en cuanto a los trabajadores en situación irregular, la diferencia de trato (que es exclusión del régimen jurídico común de igualdad) no necesariamente ha de afectar al principio de igualdad; dependerá de las causas de la exclusión y de las consecuencias de dicha diferencia de trato. De forma que sólo tras el análisis del régimen jurídico de la tutela de Seguridad Social, caso de existir, respecto de los trabajadores extranjeros irregulares, podrá concluirse en qué medida dicho tratamiento vulnera el principio de igualdad. Algo que, desde luego, no sucede en relación con los riesgos profesionales (donde la igualdad viene impuesta tanto por la norma internacional como por las normas internas que han recogido esa exigencia); y tampoco en gran medida respecto de los demás riesgos, ya que la última versión del art. 36 de la Ley de Extranjería en cuanto acepta que la prestación del trabajo en situación de irregularidad no afecta a los derechos de Seguridad Social de los que puedan ser titulares los trabajadores extranjeros. En apartados siguientes de este trabajo, esta previsión normativa se analizará con más detenimiento; tras lo cual podrá emitirse el

juicio, favorable o no, a la existencia de una discriminación por razón de nacionalidad en la estructuración del Sistema español de Seguridad Social.

## II. PROTECCION SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS COMUNITARIOS EN ESPAÑA

### 1. LA PROTECCION SOCIAL EN EL ESPACIO COMUNITARIO Y LA NECESARIA ADAPTACION A LAS NUEVAS REALIDADES.

Al abordar el tema de la protección social en la Unión Europea no está de más recordar que es una organización supranacional fruto de la evolución de unas Comunidades que, inicialmente centradas en la consecución de unos fines meramente mercantiles, fueron ampliando su ámbito territorial, subjetivo, material e institucional. Los pasos hacia un espacio más social parten del Tratado de la Unión (1992), que introduce entre sus misiones el alcanzar *un alto nivel de empleo y protección social* (art. 2 TCE), y se consolida con el Tratado de Ámsterdam (1997), que integra el Acuerdo sobre Política Social del TCE como Título XI “*política social, de educación, de formación profesional y de juventud*”, y el de Niza (2001) que subraya la vía de la coordinación interestatal como prioritaria también en materia de política social, llevando a un segundo plano la tradicional vía armonizadora y creando el Comité de Protección Social destinado a *fomentar la protección social entre los Estados miembros y con la Comisión* ( art. 144 TCE) .

En el mencionado título XI, el art. 137 TCE señala que para alcanzar una *protección social adecuada* la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros respecto de la Seguridad Social de los trabajadores, la lucha contra la exclusión social, la modernización de los sistemas de protección social, etc. En este sentido el art. 42 TCE – vinculado a la libre circulación de los trabajadores- establece la creación de un sistema que permita que las prestaciones sociales no se vean afectadas porque los trabajadores se desplacen en el espacio comunitario. Sin embargo, como el propio art. 137.4 TCE advierte, *las disposiciones adoptadas (...), no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste. Asimismo, no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el Tratado.*

De la *seguridad social y ayuda social* conoce el propio art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (texto vinculante de llegar a buen término el Tratado de Lisboa) cuando señala que “ *la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan la protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho Comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales* “. Protección que se desmarca de la mera libertad de circulación vinculada al trabajo, al indicar que “*toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales.*

Estos propósitos se han materializado – dada la inviabilidad de crear un sistema único de Seguridad Social en el espacio comunitario – a través de dos técnicas: a) la armonización, en la que se incide en los sistemas internos propiciando una protección social que garantice unos mínimos en los Estados que conforman la Unión; y, b) la coordinación, destinada a que el ejercicio de la libertad de circulación no se vea obstaculizado. A pesar de las diferencias entre ambas técnicas sus objetivos están íntimamente relacionados, pues cuanto más homogeneidad exista entre los diferentes sistemas, más fácil resultará la coordinación entre ellos.

Aunque no puede negarse cierto avance en la armonización de los derechos de Seguridad Social, ésta es muy leve e incluso en muchos casos opera como mero mecanismo para la consecución de otros fines – por ejemplo, en lo que se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres o a la protección de los trabajadores en caso de crisis empresariales –. En cuanto a la coordinación, el ámbito territorial actual: el Espacio Económico Europeo (EEE), Suiza y, en determinados supuestos, los terceros países, la ha configurado aún más compleja de lo que de por sí ya es. Por todo lo expuesto, antes de abordar la normativa concreta de armonización y de coordinación, conviene esbozar las dificultades a las que se ha de hacer frente al tratar la protección social.

Ciertamente, la Unión está circunscrita en una comunidad internacional que vive un proceso muy significativo de cambio, donde la globalización – entendida, *grosso modo*, como supresión de las fronteras – ha motivado un mundo más inestable, más móvil, más cambiante y, en definitiva, más complejo. No deja de ser reveladora la creación de un Fondo Social Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG) que en armonía con los objetivos generales de estimular el crecimiento económico y la creación de empleo en la Unión, tiene como fin el permitir a la Comunidad prestar ayuda a los trabajadores despedidos, como consecuencia de los grandes cambios estructurales en los patrones del comercio mundial provocados por la globalización (AAVV.: 2008, pág. 570). Pero, a pesar de esta realidad, *sería un error centrarse exclusivamente en la globalización a la hora de analizar las tensiones que afectan a los diversos sectores de bienestar social* (GIDDENS, A.: 2007, pág.21). Por tanto, sin soslayar las circunstancias globales, corresponde realizar una breve aproximación a los problemas “locales” propios de la Unión que son, entre otros:

a) El envejecimiento de la población europea: En el presente año 2008, unos 84 millones de personas tienen más 65 años de edad y las previsiones para el año 2060 apuntan a que se elevarán a unos 151 millones de personas (véanse las estadísticas de Eurostat del Anexo).

b) La concentración de la vida laboral: Hay un periodo que está <empaquetado> en lo que puede denominarse como la <hora punta de la vida>, de tal manera que en ese momento vital las personas desarrollan sus carreras profesionales, se dedican al cuidado de sus familias, de sus hogares, y todo ello simultáneamente (UTE KLAMMER: 2007, pág. 141)

c) La nueva configuración de los núcleos familiares: En la mayoría de países de la UE, las tasas de divorcios son superiores (y las de matrimonios, inferiores) a las del pasado. Las familias son más móviles y pueden carecer de relaciones de parentesco más amplias que antaño, lo que ciertamente constituían una fuente de apoyo social. Hay que tener también en cuenta el auge de la <familia no convencional>, esto es: mujeres solas

con hijos, compañeros o compañeras sentimentales del mismo sexo que conviven en el mismo hogar, etc. Son tendencias complejas y, a menudo, de difícil interpretación, pero han influido claramente en la naturaleza de la pobreza y de otras formas de privación. Las mujeres y los niños componen un elevado porcentaje de los <nuevos pobres> en la mayoría de los países de la UE (GIDDENS, A.: 2007, pág. 23)

d) Una comunidad que necesita de mano de obra de terceros Estados: No sólo para llevar a cabo aquellos trabajos que por su precariedad no son satisfechos por los autóctonos, que también, sino para desarrollar aquellos en los que dada su especial cualificación no son cubiertos por los nativos. Lo cual supone, por otro lado, tener en cuenta que además de los ciudadanos *de* la Unión – los que poseen una nacionalidad de un Estado miembro – también debe ser integrados los nacionales de terceros países, esto es, los que aquí se denominarán ciudadanos *en* la Unión.

Esta sucinta radiografía de los retos de la actual Unión, pone de manifiesto que la protección debe acomodarse a las nuevas necesidades sociales, sin que ello suponga la reducción de la seguridad, bien al contrario, se trata de diseñar, corregir o crear - de forma imaginativa y consecuente – una protección que dé respuesta a la afortunada longevidad de la que disfrutaban los ciudadanos de la Unión, a la igualdad entre hombres y mujeres, a la conciliación de la vida familiar, a las formas de familia menos convencionales, a la diversidad cultural, etc., sin que esto implique hacer dejación de los derechos sociales que tan arduamente se han conquistado y que no deben dejar de ser señas de identidad de la Unión.

A la dificultad de hacer frente a los retos expuestos ha de añadirse la circunstancia de que en el actual espacio comunitario ni el concepto de familia, ni de igualdad, ni de conciliación – por señalar algunos – gozan de homogeneidad. También se carece de uniformidad, en la idea de protección social, en los sistemas que se encargan de ella, en el coste económico que cada Estado esta dispuesto a destinar para darle contenido; así, aunque el gasto en protección social en la UE-27, en el año 2005, alcanzó el 27,3% del Producto Interior Bruto, algunos Estados (Suecia contaba con el 32,5%) representar más del doble del gasto de otros (Estonia y Letonia estaban en un 12,5%). (Véanse las estadísticas de eurostat que se incluyen en el Anexo)

No sólo es reveladora de la diversidad en la Unión, que también, las diferencias presupuestarias en cuanto al gasto que cada Estado destina a la protección social, sino la propia existencia de una pluralidad de modelos sociales. Ciertamente ha habido múltiples intentos de clasificar los Estados del bienestar europeos en diferentes tipos, pero, con mucho, el más ampliamente utilizado es el que ofreció en su momento el politólogo danés G. Espin-Andersen que distingue entre tres tipos principales de *capitalismo del bienestar*, a saber: a) el tipo nórdico (basado en una elevada fiscalidad y unas extensas oportunidades de empleo en el seno de la propia administración pública del Estado del bienestar); b) el conservador o corporativista de Alemania, Francia o Italia (construido, principalmente, sobre las deducciones salariales); y, c) el liberal o anglosajón, representado por el Reino Unido e Irlanda, que es una forma más *residual* de sistema de bienestar cuya base compositiva es más reducida y recurre a políticas que tienen grupos de destinatarios más específicos. Hay quien ha añadido una cuarta modalidad a las tres originalmente reconocidas por Espin-Andersen: el tipo mediterráneo (España, Portugal, Grecia), que también se caracteriza por una base fiscal bastante baja y depende en gran medida de la provisión familiar. Actualmente habría

que incluir un quinto tipo: el poscomunista de los países de la antigua Europa del este, que se esfuerzan por desarrollar Estados de bienestar de corte occidental (GIDDENS, A.: 2007, pág. 25)

## **2. PROTECCION SOCIAL DE LOS CIUDADANOS QUE NO SE DESPLAZAN EN LA UNION: ARMONIZACION**

En el escenario europeo coinciden y conviven sistemas contributivos y no contributivos, de reparto y de capitalización, dirigidos a la protección de trabajadores o de ciudadanos, financiados por impuestos o por cotizaciones, de cuantía única o variable, basados en periodos de residencia o de seguro. Es decir en el panorama comunitario prima la multiplicidad, la riqueza, la heterogeneidad. (GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C.: 2003, págs.71-72) A tenor de la diversidad expuesta es inviable, por el momento, dirigirse hacia un sistema *único* de Seguridad Social Comunitario. Además, como es sabido, la UE no tiene competencia en el diseño de los sistemas públicos nacionales de pensiones y sus competencias en este campo están limitadas conforme al principio de *subsidiariedad*.

Así las cosas, las opciones que se presentan para dar contenido a la protección social en la Unión son la armonización y la coordinación. La armonización incide, de una forma u otra, en la legislación de los Estados miembros y contempla la protección de los ciudadanos en sus propios Estados de origen; por el contrario, la coordinación no penetra en los sistemas internos de protección y sólo, que no es poco, trata de crear puentes entre los diferentes sistemas para que los ciudadanos no se vean perjudicados cuando ejercen su derecho a libre circulación. De la primera se tratará en este epígrafe y a la segunda se dedicará el resto del capítulo.

La armonización, desde el punto de vista de las fuentes y, por tanto, de la fuerza vinculante que tiene para los Estados miembros, podría ser estructurada en: las recomendaciones y directrices, por un lado y, las directivas, por otro.

Por lo que se refiere a las Recomendaciones y Directrices, en el año 1992 se publicó una Recomendación del Consejo sobre convergencia de los objetivos sociales y las políticas de protección social, como base de los principios rectores de la evolución de los regímenes sociales. Años después, en 1996, la Comisión retomó el debate sobre el futuro de la protección social en la UE, y en 1997 se presentó la Comunicación sobre modernización y mejora de la protección social en Europa. En 1999 se aprueba otra Comunicación en la que se aborda *una estrategia concertada para modernizar la protección social* de las sociedades europeas haciéndose hincapié, de nuevo, en la necesidad de adecuar los sistemas de pensiones a las condiciones cambiantes del mercado de trabajo y a la estructura demográfica de cada país (MILLAN GARCIA. A: 2005, pág.201)

En varios Consejos Europeos (Lisboa/2000, Estocolmo/2001, etc.) se han puesto de manifiesto las implicaciones que el envejecimiento de la población va a tener en el mantenimiento de unas pensiones adecuadas y sostenibles a largo plazo. En concreto en el Consejo de Lisboa se insistió en la necesidad de estudiar la evolución futura de la protección social, prestando particular atención a la sostenibilidad de los sistemas de

pensiones en distintos espacios temporales hasta el año 2020 y más allá, de ser necesario. En marzo de 2006, el Consejo Europeo adoptó un nuevo marco para el proceso de protección social y de inclusión social. Desde entonces hay un nuevo conjunto de objetivos comunes: tres globales - políticas de la inclusión social, las pensiones y la sanidad y los cuidados de larga duración - , y otros específicos para cada una de las tres áreas.

Los objetivos fundamentales para la protección social y la inclusión son: a) fomentar la cohesión social, la igualdad entre hombres y mujeres y la igualdad de oportunidades para todos mediante sistemas de protección social y políticas de inclusión social adecuados, accesibles, financieramente viables, adaptables y eficientes; b) fomentar la interacción efectiva y mutua entre los objetivos de Lisboa de mayor crecimiento económico, más y mejores puestos de trabajo y mayor cohesión social, así como con la estrategia de desarrollo sostenible de la UE; c) fomentar una buena gobernanza, transparencia e implicación de los interesados en el diseño, la ejecución y la supervisión de la política.

Precisamente tratándose del empleo, la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 (2005/600/CE) recoge una serie de directrices sobre políticas de empleo que en algunos casos suponen la adopción de medidas de seguridad social. Así la directriz nº.18 se fija en promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida mediante – entre otros aspectos- el apoyo al envejecimiento activo, la mejora del estado de salud y unas medidas apropiadas que incentiven el trabajo y disuadan de la jubilación anticipada. También la modernización de los sistemas de protección social, con el fin de apoyar la participación en el empleo. Y, en esta misma línea, en febrero de 2005 la Comisión lanzó su nueva Agenda Social (2005-2010) para modernizar el modelo social europeo conforme a la Estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo. La nueva Agenda está enfocada hacia el empleo y la igualdad de oportunidades para todos y también en asegurar que el beneficio del crecimiento y el empleo de la UE enriquezcan a todos los miembros de la sociedad. La Agenda, en su prioridad de lucha contra la pobreza y promoción de la igualdad de oportunidades, se centra en: a) analizar el impacto del envejecimiento de la población y el futuro de las relaciones entre las distintas generaciones, con la presentación de un Libro Verde sobre Demografía; b) apoyar a los Estados miembros para la reforma de las pensiones y la asistencia sanitaria y la eliminación de la pobreza; c) luchar contra la discriminación y las desigualdades; la Comisión examinará los sistemas de rentas mínimas de los Estados miembros y elaborará un planteamiento político para eliminar la discriminación, especialmente la que se ejerce contra las minorías étnicas; d) fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, entre otras cosas creando un Instituto de Género; e) aclarar el cometido y las características de los servicios sociales de interés general;

Tratándose de las Directivas, las que - aunque de forma indirecta y con mayor o menor contundencia - afectan a la seguridad social, son las que se refieren a la igualdad, a la protección de los trabajadores en casos de crisis empresariales, y a la protección de la maternidad y paternidad.

Por lo que se refiere a la igualdad: Por un lado, la Directiva 2006/54/ de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, señala en su art. 5 que en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna

discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a los siguientes aspectos: a) el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; c) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuges y por persona a cargo así como la duración y el mantenimiento del derecho a las prestaciones. Por otro, la Directiva 2004/43 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, indica en su artículo 3d) que dicha norma se aplicará a todas las personas en relación con la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria.

En cuanto a las empresas que se encuentran en situaciones económicas difíciles: El art. 3 de la Directiva 2001/23 - sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad - establece la responsabilidad solidaria del cedente y de cesionario en las obligaciones que tuvieran su origen en un contrato de trabajo. La Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, recoge en su Sección III (arts. 6, 7 y 8) diversas disposiciones relativas a la protección de los trabajadores en materia de Seguridad Social.

Respecto a la protección de la paternidad y maternidad: La Directiva 96/34 regula el permiso parental, fundamentalmente, como un instrumento para conciliar la vida laboral y familiar, al establece en la cláusula 1ª que todos los asuntos de seguridad social vinculados al Acuerdo habrán de ser examinados y determinados por los Estados miembros de conformidad con la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social para los diferentes riesgos, y en particular los cuidados sanitarios. En cuanto a la maternidad la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, establece el derecho al permiso de maternidad y la consiguiente protección social.

### **3. PROTECCION SOCIAL DE LOS CIUDADANOS QUE SE DESPLAZAN EN LA UNION: COORDINACION**

Si el hombre es un ser móvil, el europeo es el ser móvil por excelencia. De hecho, la historia de Europa de las últimas décadas del siglo XX es la de sus flujos migratorios. Trabajadores migrantes, profesionales desplazados por su empresa a otro Estado, desempleados a la búsqueda de trabajo en otros mercados, personas con domicilio en el Estado que desarrollan su actividad laboral en un Estado distinto, turistas ocasionales, pensionistas de un Estado que no residen en éste, hijos a cargo que permanecen en un Estado de origen mientras sus progenitores ejercen su carrera laboral en otro... En fin, una diversidad de situaciones con múltiples versiones que comparten un elemento común: movimientos transfronterizos (GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C.: 2003, pág.72). Son precisamente las normas de coordinación las que tratan de evitar los obstáculos a la movilidad de las personas; o, dicho en otros términos, las que velan porque la libertad de circulación no lleve aparejada la pérdida de los derechos de seguridad social. No obstante, antes de entrar en el análisis de estas normas

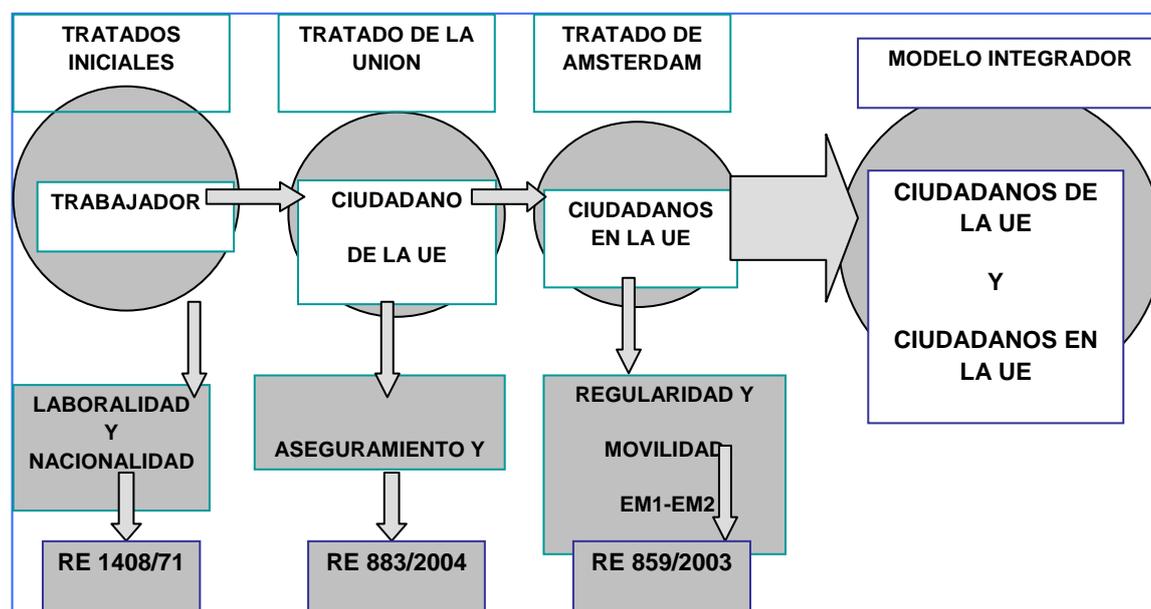
interesa tratar varios aspectos que son presupuestos para su aplicación, esto es, la movilidad de los ciudadanos *de* la Unión y la de los nacionales de terceros Estados *en* la Unión.

### 3.1. El presupuesto: Ciudadanos *de* la Unión y Ciudadanos *en* la Unión.

Los Tratados iniciales de las Comunidades se centraron en la libertad de circulación de los trabajadores, como factor necesario para la prosperidad del mercado. La categoría de trabajador será superada al integrarse en una más amplia: *la ciudadanía de la Unión*. No obstante, este progreso inclusivo hacia la *ciudadanía de la Unión*, conforma, a su vez, otro grupo antagónico como es el de aquellos que no son nacionales de un Estado miembro y para los que – exclusivamente por esta razón - se legitima su exclusión.

Será el Tratado de Ámsterdam, comunitarizando el asilo y la inmigración, el que dará un paso más al establecer mecanismos de integración para los nacionales de terceros países con residencia regular en la Unión. Se configura así una nueva categoría: *los ciudadanos en la Unión*, produciéndose un avance hacia un modelo más abierto, más incluyente – como puede verse en el siguiente cuadro -, en definitiva, más acorde con la realidad europea actual.

Cuadro n.º. 1.- Los avances hacia un modelo integrador



#### 3.1.1. Los ciudadanos de la UE: Directiva 2004/38

La visión economicista que guió las primeras comunidades se centró en la movilidad de los trabajadores como factor clave del mercado. Téngase en cuenta que el art. 39 TCE se refiere a la *libre circulación de los trabajadores* dentro de la Comunidad, estableciendo la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, señalando – en lo que aquí interesa - la necesidad de articular medidas sobre la seguridad social que no dificulten dicha movilidad (art. 42 TCE). Será el Tratado de la Unión Europea (Maastricht-1992) el que instituya el concepto de *ciudadanía* (art. 17 TUE). A tenor del art. 18 TCE *todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.*

Por lo que se refiere al derecho derivado, en el RE 1612/68 se reguló la libre circulación de los trabajadores (LCT) dentro de la Comunidad y en el RE 1408/71 la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazaran dentro de la Comunidad – calificado por destacada doctrina como *recóndito, impenetrable y misterioso* (GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C.: 2003, pág.71). Mientras que la ciudadanía de la UE se materializa en la Directiva 2004/38 - que modifica, entre otros, el RE 1612/68 - relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en el nuevo RE 883/200 (que deroga el RE 1408/71, aunque éste continúe aplicándose) se coordinan los sistemas de seguridad social sustituyéndose el concepto de trabajador por el de asegurado.

Ciertamente, en el RE 883/2004 se alude simplemente a la condición de nacional de un Estado miembro, esto es, a la ciudadanía de la Unión, sin embargo en la Directiva 2004/38, se establece junto al requisito genérico (la ciudadanía y movilidad en la UE) uno específico, cuando de estancias superiores a tres meses se refiere (v.gr. ser trabajador, estudiante etc.). Aunque, como destacada doctrina señala *“la existencia de un título legitimante genérico de la libertad de circulación y de residencia del ciudadano de la Unión no es, evidentemente, incompatible con un título legítimamente específico, sujeto a sus propias reglas, como puede ser el desempeño de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”* (GONZALEZ ORTEGA, S: 2001, pág. 90) que duda cabe que la ecuación <ciudadano de la Unión - libertad absoluta de circulación> no es absolutamente fiel a la realidad. Y, dadas las repercusiones que puede tener – si bien los reglamentos de coordinación no establecen un requisito temporal al definir la estancia y la residencia – aunque solo sea en orden a las formalidades que cada una exige, conviene, ya sea brevemente, diferenciar las situaciones en que se requiere el requisito genérico de aquellas otras en las que se exige éste y además el específico.

a) estancia: para una residencia inferior a tres meses, sólo se exige el requisito genérico, esto es, la ciudadanía y la movilidad en la Unión. No obstante, los ciudadanos comunitarios y los miembros de su familia sólo gozarán de este derecho mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida (art. 14 Directiva 2004/38).

b) residencia: si la residencia fuera superior a tres meses, además del requisito genérico, también es preciso uno específico, que consiste en encontrarse incluido en alguna de las siguientes categorías: a) ser trabajador - por cuenta ajena o por cuenta propia- o *asimilado* (v.gr. si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una

enfermedad o accidente, si se encuentra en paro involuntario, etc.), b) ser residente con recursos suficientes para no convertirse en una carga para el Estado miembro de acogida, debiendo contar con un seguro médico, c) ser estudiante, matriculado en un centro público o privado, debiendo contar con un seguro médico, d) ser miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a) b) o c).

Debe advertirse que aunque el régimen jurídico de los asilados se establece – tras el Tratado de Ámsterdam - en el Título IV del TCE ”*Visados, Asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de persona*”, por lo que se refiere a la coordinación de los sistemas de seguridad social se encuentran incluidos en el RE 1408/71, esto es, con los ciudadanos de la Unión.

### **3.1.2. Los ciudadanos en la UE: Directiva 2003/109**

El Consejo Europeo de Tampere señaló que Unión debía velar por un trato justo a los nacionales de los terceros países que *residan legalmente* en el territorio de los Estados miembros, asimismo apuntó que una política de integración más decidida debía encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión. Tanto el asilo como la inmigración han sido una de las materias que se comunitarizó con el Tratado de Ámsterdam, que incluyó en el TCE el nuevo Título IV, ya señalado. Desarrollando dicho título se han aprobado diferentes normas de derecho derivado que, grosso modo, pueden clasificarse en los siguientes ámbitos: a) el control de las fronteras; b) la lucha contra la inmigración irregular; y, c) la integración.

En concreto respecto de la integración se han promulgado normas como: la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar, la Directiva 2003/109 para residentes de larga duración, la Directiva 2004/1145 de estudiantes, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, la Directiva 2005/71 para investigadores, la Directiva 2000/43 relativa a la aplicación de la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, el RE 859/2003, sobre coordinación de la seguridad social. De todas ellas, en la materia que ahora se trata, esto es, la movilidad de los ciudadanos de terceros países en la Unión, tiene especial interés la Directiva 2003/109 y el RE 859/2003, por esta razón, conviene realizar una breve aproximación.

En cuanto al estatuto de residentes de larga duración (RLD), la Directiva 2003/109 se inspira en los criterios de la OIT sobre la necesidad de tener en cuenta la diferente problemática que ofrecen los migrantes temporales y los migrantes con vocación de permanencia, cuya integración en el país de destino resulta inaplazable, lo que requiere la adopción de medidas específicas para facilitar la integración social del inmigrante que se haya instalado de forma permanente, generalmente con su familia, en el país con vocación de residencia indefinida (RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: 2000.pág. 7).

En su ámbito subjetivo, la Directiva realiza una serie de exclusiones v. gr. estudiantes, refugiados, etc., y en el objetivo se dirige a : 1) establecer los requisitos que todos los Estados miembros deben exigir para otorgar un estatus de RLD a los extranjeros (función meramente homogeneizadora de los plazos), 2) se regula el supuesto de los nacionales de terceros países que ya cuentan con un estatuto de RLD en uno de los Estados miembros de la Unión y deciden trasladarse a otro Estado para residir por un tiempo superior a tres meses. La regularidad del dicho RLD, en este segundo Estado pasa por el cumplimiento de las condiciones que éste establezca (véase el art. 14 de la Directiva) por tanto la Directiva no transforma las autorizaciones de RLD en una carta blanca que permita la residencia temporal en cualquier Estado, tan sólo introduce la posibilidad de que quienes cuentan con ese estatuto en un Estado puedan ser autorizados por otro distinto, 3) se refiere a quien habiendo sido autorizado por un segundo Estado (partiendo de que era RLD en el primero) ahora, lo que desea es ser un residente de larga duración. En este caso se le van a pedir los mismos requisitos que a cualquiera de los extranjeros residentes ordinarios – sin ningún estatuto de RLD de otro Estado - que lo solicitaren, conforme se ha expuesto en el supuesto a).

En definitiva, la virtualidad de la Directiva radica en su aspecto unificador y en cuanto a la pretendida movilidad en la Unión lo que hace es evitar empezar el ciclo migratorio desde el inicio, estos es, desde el país de origen, pero la actividad autorizante se sigue llevando a cabo por el Estado donde se va a residir temporal o permanentemente.

Por lo que se refiere al RE 859/2003 (no aplicable a Dinamarca) en el mismo se señala que los Reglamentos 1408/71 y 574/72 se aplican a los nacionales de terceros países, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes, que residan legalmente en la Comunidad y no queden cubiertos en la actualidad por las disposiciones de dichos reglamentos debido a su nacionalidad cumpliendo, eso sí, las demás condiciones previstas por los mismos. Aunque de esto se tratará en los epígrafes siguientes conviene adelantar que la aplicación del RE 1408/71 a los nacionales de terceros Estados se condiciona – como sucede con los propios ciudadanos de la UE – a la movilidad de un Estado de la Unión a otro, lo cual no es tan fácil como cuando se trata de ciudadanos de la Unión que, como se sabe, poseen el derecho a la libre circulación y residencia. Los ciudadanos extracomunitarios habrán accedido como inmigrantes a un Estado de la Unión y su regularidad les permitiría la movilidad en dicho espacio durante tres meses pero tratándose de la residencia superior a tres meses o del acceso al mercado de trabajo de otro Estado miembro aun siendo un residente de larga duración debe ser autorizado por el segundo Estado miembro. Por tanto, la movilidad de los ciudadanos *en* la Unión - mas allá de la mera estancia - no es para nada un supuesto exento de dificultades.

### **3.1.3. Protección social en el nuevo modelo: Reglamentos 1408/71, 859/2003 y 883/2004**

Del análisis de los ciudadanos *de* la UE ( Directiva 2004/38 y RE 1408/71) y de los ciudadanos *en* la UE (Directiva 2003/86 y RE 859/2003) podemos concluir que dentro del espacio comunitario conviven diferentes estatutos: los que poseen la nacionalidad de uno de los Estados miembros y que, por tanto, son titulares del derecho

a la libertad de circulación; los que son familiares de aquellos y pueden – aunque de forma dependiente – ejercer dichos derechos, quienes por ser refugiados gozan de una especial protección y, finalmente, aquellos que siendo nacionales de terceros países se encuentran en una situación de regularidad. Esta diversidad de situaciones tiene su reflejo en el régimen jurídico que cada uno de ellos posee, en cuanto al derecho a entrar, salir, residir, trabajar, etc., como se ha esbozado, y también en cuanto a la protección social (vid. cuadro nº 2)

A modo de resumen, el RE 1408/71 surgió para garantizar que los trabajadores migrantes y sus derechohabientes pudieran ejercitar - sin pérdida de sus derechos de seguridad social- la libertad de circulación. En su ámbito subjetivo se recogen también los apátridas y los refugiados y, posteriormente, se van incluyendo los funcionarios, estudiante, etc., pero manteniendo la lógica de establecer junto al requisito genérico, la ciudadanía y la movilidad, uno específico. El nuevo RE 883/2004 (que se aplicará cuando cuente con su correspondiente reglamento adjetivo) al delimitar los sujetos a los que se destina ya sólo se refiere a *las personas nacionales de los Estados miembros*, junto con los apartidas y refugiados

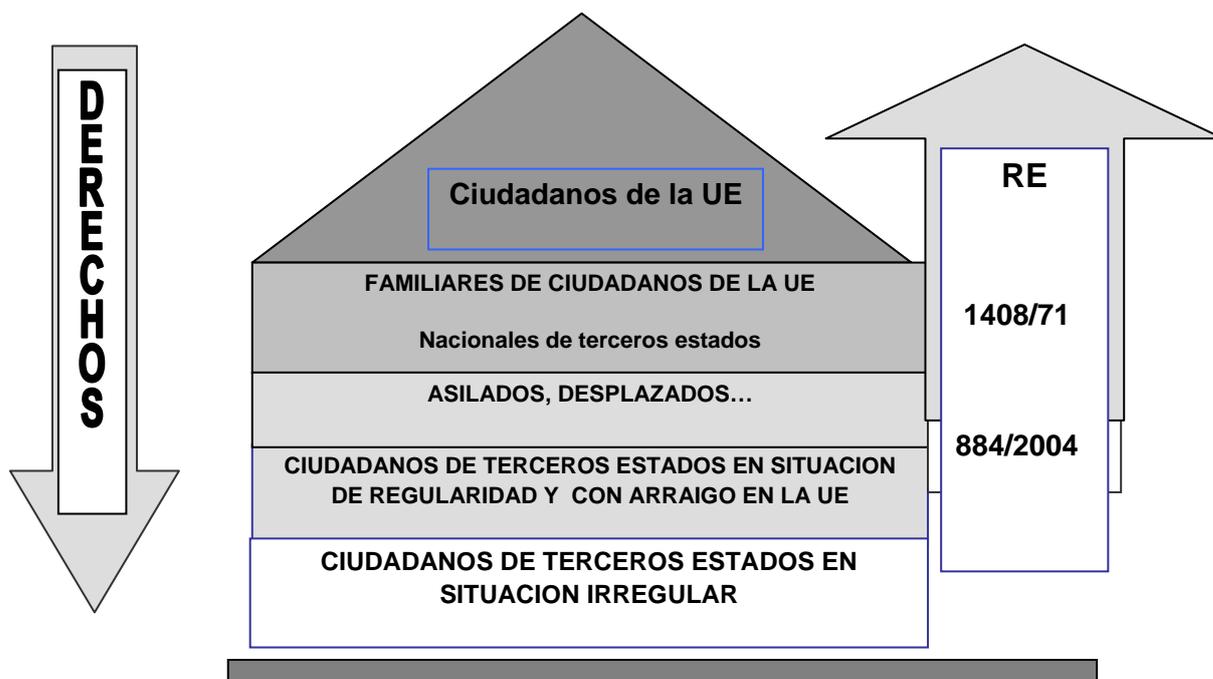
Así las cosas, las personas, que se encontraban al margen de las categorías expuestas no se beneficiaban de los mecanismos de coordinación, salvo que fueran nacionales de un tercer Estado con el que la Unión hubiera suscrito un acuerdo, en estos términos. Así sucedía, grosso modo, con: a) la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC); b) el Convenio de Asociación suscrito entre la entonces Comunidad Económica Europea y Turquía, en vigor desde el 23-12-1963 que contiene previsiones relativas a garantizar a los trabajadores de nacionalidad turca la acumulación de los periodos de seguro o de empleo cumplidos en los Estados miembros, pero no en Turquía. Dicho convenio fue completado con la Decisión del Consejo 3/80 relativa a las prestaciones de enfermedad y maternidad, invalidez, vejez y supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional, subsidio de defunción, desempleo y prestaciones familiares; c) con los países del Magreb (Marruecos, Túnez y Argelia) se celebró un Acuerdo de Asociación de 26.09.1968 que reconocía el principio de igualdad de trato si bien con un alcance más matizado y limitado sobre todo en lo que se refiere a las prestaciones no contributivas (MERCADER UGUINA, J.: págs. 155-129) .

En este sentido, conviene tener en cuenta el Acuerdo Euromediterráneo de 0.10.2005 (recuérdese que las Asociación Euromediterránea, también llamada proceso de Barcelona, agrupa a los 25 Estados miembros de la Unión Europea y a 10 estados del sur y del este del Mediterráneo: Marruecos, Argelia, Túnez, Egipto, Israel, la Autoridad Palestina, Jordania, Líbano, Siria y Turquía). Esta exclusión de las normas de coordinación suponía que dentro del Tratado de Ámsterdam se produjera una disociación de regímenes pues el Título IV del TCE regula tanto el asilo como la inmigración y, mientras que a los refugiados se les incluía en el RE 1408/71 otorgándoles el mismo sistema coordinatorio que a los propios comunitarios, los inmigrantes quedan al margen de dicho instrumento normativo.

El paso conclusivo, es la aprobación del RE 859/2003 que incluye en el ámbito subjetivo del RE 1408/71 a los inmigrantes que sean regulares y que hayan permanecido en más de un Estado miembro. Aunque el definitivo vendrá – en su caso – tras la aprobación de la Propuesta de Reglamento del Consejo que tiene como finalidad sustituir el RE 859/2003 ampliando las disposiciones del RE 883/2004 a los nacionales

de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (COM/2007/439 finales)

Cuadro nº 2.- Normas de Coordinación en función de las situaciones



Finalmente, descendiendo al ordenamiento interno español, resta subrayar que precisamente de las 7 comunidades extranjeras más numerosas 4 de ellas son de nacionales que poseen la ciudadanía de la UE (véanse los gráficos y cifras del Observatorio Permanente de la Inmigración/2007 que se encuentran en el Anexo). También, debe indicarse, por su relevancia, que la Directiva 2004/38 ha sido transpuesta en el RD 2004/2007 sin que el legislador español haya contemplado los requisitos específicos- recogidos en el derecho derivado – siendo suficiente el genérico, esto es, la ciudadanía el ejercicio de la libertad de circulación.

### **3.2. Las normas de Coordinación: Los Reglamentos 1408/81, 859/2003 y 883/2004**

La coordinación se presenta compleja pues opera, entre sistemas dispares por naturaleza, como un *punte jurídic* que va a permitir el paso de un sistema a otro, de modo que los derecho adquiridos o en vías de adquisición en un Estado miembro

puedan invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primero (SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: 1997, pág.2). Lo que supone que ha de tenerse en cuenta toda la diversidad normativa que convive y se interrelaciona para, en definitiva, conducir a un objetivo común, que no es otro, que la protección social de las personas que se desplazan. A esta complicación natural de la materia ha de añadirse un hecho circunstancial como es que haya de estudiarse el RE 1408/71 y el RE 574/72 (su norma adjetiva) a pesar de haber sido derogado por el RE 883/2004. Ya que el nuevo Reglamento 883/2004, si bien entró teóricamente en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE, es decir el 20.05.2004, lo cierto es que sólo será aplicable a partir de la fecha de la entrada en vigor del Reglamento de aplicación (art. 91 del RE 883/2004) lo cual aún no ha tenido lugar.

### **3.2.1. Ámbito de aplicación: territorial, subjetivo y objetivo**

Después dimensionar de manera global la normativa de coordinación en el modelo hacia el que camina la Unión, procede adentrarse en un aspecto tan clave como es su ámbito concreto de aplicación.

En cuanto a su ámbito de aplicación territorial: Se incluyen, además de los 27 Estados miembros que hoy conforman la Unión, Islandia, Noruega y Liechtenstein, cuyos nacionales gozan del derecho a la libre circulación en virtud de Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1993. Se extiende también a Suiza por el Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y la Confederación Suiza de 1999. Se aplica, asimismo, a los territorios asociados a la comunidad por su vinculación con algún Estado comunitario (Groenlandia). Y a los Estados que tienen un Acuerdo de Cooperación con la UE (Argelia, Turquía) para los que la sentencia del TJCE de 31.01.1991 (asunto Kziber 18/90) entendió que son de aplicación directa (MANRIQUE LOPEZ, V.F: 2008, págs. 106-107).

Por lo que se refiere a los sujetos protegidos: Alcanza en primer lugar a los trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena que estén o hayan estado sometidos a la legislación de un Estado miembro y que sean nacionales de uno de ellos, a los apartidas y refugiados, cuando residan en un Estado miembro y aun cuando no gocen de la libertad de circulación europea. También incluye a los trabajadores fronterizos, es decir a los que prestan servicios en un país y residen en otro, regresando al mismo cada día o al menos una vez por semana; a los trabajadores de temporada, que realizan trabajos estacionales de duración no superior a ocho meses en otro Estado; a los estudiantes, a los funcionarios y a los pensionistas. Alcanza, igualmente, a los familiares y supervivientes de los trabajadores. (GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I. en AAVV: 2005, pág 670). Deben adicionarse (salvo para Dinamarca), tras el RE 859/2003, *los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por la misma, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro*, en los términos que ya han sido explicados.

Por tanto, de conformidad, con el art. 2 del RE 1408/71 y el art. 1 del RE 859/2003, se mantiene el requisito genérico (la ciudadanía o la regularidad, si se trata de un nacional de un tercer Estado, junto a la obligada movilidad) y además el específico consistente en estar incluido en una determinada categoría, como trabajador, estudiante, pensionista, etc.

El RE 883/2004, en ese paso hacia adelante hacia la ciudadanía de la Unión, suprime el requisito específico por el del mero aseguramiento en la Unión, señalando en su art. 2 que el mismo “*se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes*” Asimismo, se aplicará “*a los supervivientes de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros*”. Por tanto, el RE 883/04 incluye, por fin, a todas las personas aseguradas, activas o no, con lo que se termina el proceso de aluvión iniciado en el año 1981 con la incorporación de los trabajadores por cuenta propia, y que continuó con la integración de los funcionarios de los Regímenes Especiales y con la de los estudiantes (GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C.: 2006, pág.64) No obstante, se simplificaría aún más el ámbito subjetivo si prosperara la Propuesta de Reglamento del Consejo que tiene como finalidad ampliar las disposiciones del RE 883/2004 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (COM/2007/439 finales) quedando, de este modo, derogado el RE 859/2003.

Finalmente, en cuanto al campo de aplicación material se regula en el art. 4 del RE 1408/71 que señala que “*se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad y de maternidad; b) las prestaciones de invalidez, comprendidas las que están destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia; c) las prestaciones de vejez; d) las prestaciones de supervivencia; e) las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional; f) los subsidios de defunción; g) las prestaciones de desempleo y; h) las prestaciones familiares*. De todas ellas (como puede observarse en las estadísticas de eurostat que se encuentran en el Anexo) la más relevante es la de vejez que en el año 2004 supuso el 39,8 %, del gasto destinado a protección social, seguida de las prestaciones sanitarias que en dicho año accedieron al 27, 2 % y en un porcentaje en torno al 7% se encontraban la invalidez (7,8%) y las prestaciones familiares (7,5%).

Asimismo el RE 1408/71 se aplicará a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos. Por el contrario, no se aplicará ni a la asistencia social y médica, ni a los regímenes de prestaciones a favor de víctimas de la guerra. Tampoco será aplicable a las prestaciones que entran dentro del ámbito de los regímenes de prejubilación existentes; para estas prestaciones pueden ser aplicables otras normas comunitarias. Con el RE 883/2004, se produce un incremento de la acción protectora al recoger las prestaciones por paternidad y las de prejubilación.

A pesar de las dificultades que supone establecer los perfiles divisorios entre la seguridad social y la asistencia social, la jurisprudencia comunitaria ha ido trazando las nubladas fronteras entre una y otra al señalar que el hecho de que una prestación sea

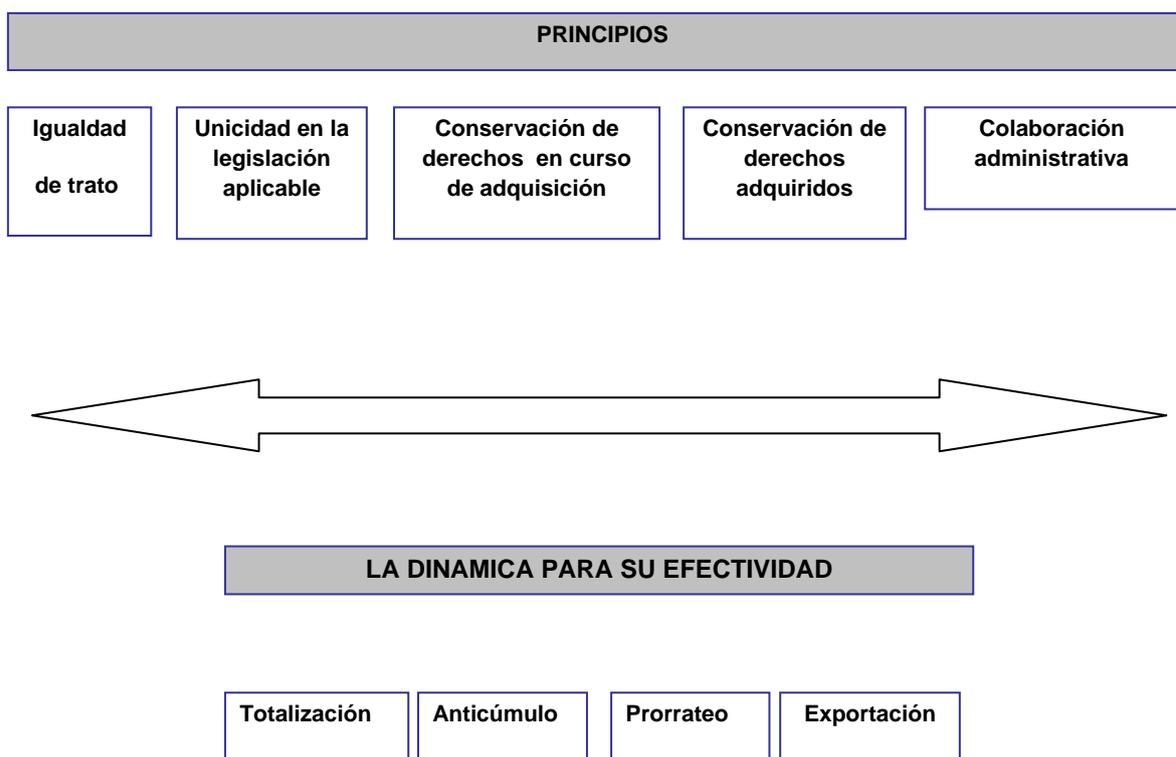
calificada como asistencial por un Estado miembro no basta para que sea excluida del campo de aplicación del Reglamento. La distinción entre prestaciones excluidas e incluidas reposa sobre los elementos constitutivos de cada prestación, básicamente sus finalidades y condiciones de adquisición. Así, una prestación de asistencia social que por un parte confiase a los beneficiarios una posición legalmente definida, fuera de toda apreciación individual y discrecional de necesidades o situaciones personales y que por otra parte pueda asegurar un complemento a los beneficiarios de las prestaciones de seguridad social, pertenece a la seguridad social según el artículo 51 del RE (LOPEZ LOPEZ, J.:1996, pág.52). En este sentido, precisamente *la inclusión dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento de la cobertura de la dependencia es cuestión notablemente problemática a la que la jurisprudencia comunitaria se ha enfrentado en diversos pronunciamientos en los que destaca el reconocimiento de esta prestación y la proyección de las reglas coordinatorias a la misma* (MERCADER UGUINA, J.R.:2007, pág. 155), como se tendrá ocasión de analizar en este trabajo.

### **3.2.2. Los principios de la norma de coordinación: La igualdad de trato, la unicidad de la legislación, la conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización y prorrateo), la conservación de los derechos adquiridos (exportación) y la colaboración administrativa.**

Señala la Exposición de Motivos del RE 1408/71 que las normas de coordinación de las legislaciones nacionales de Seguridad Social se insertan en el marco de la libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros y que debe contribuir, en consecuencia, a mejorar su nivel de vida y las condiciones de su empleo, garantizándoles en todo el ámbito de la Comunidad, por una parte, la igualdad de trato bajo las distintas legislaciones nacionales y, por otra, tanto a los trabajadores como a sus derechohabientes, el disfrute de las prestaciones de seguridad social, cualquier que sea el lugar donde trabajen y residan. Tales objetivos han de ser alcanzados de modo principal mediante la totalización de todos los periodos computados por las diversas legislaciones nacionales para el reconocimiento y conservación del derecho a las prestaciones y para el cálculo de las mismas. Junto a estos principio se encuentran la unicidad de la legislación aplicable (art. 13 y ss), la colaboración administrativa (art. 84) y las normas anticúmulo.

Por lo que se refiere al RE 883/2004, la figura del trabajador es superada al indicar que las normas sobre coordinación de los sistemas de seguridad social forman parte del marco de la libre circulación *de personas* y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas. También se refiere a los principios: la igualdad de trato, la unicidad de la legislación aplicable, la conservación de los derechos en curso de adquisición, la conservación de los derechos adquiridos y la colaboración administrativa así como a los instrumentos que se articulan para su efectividad: la totalización, el anticúmulo, el prorrateo y la exportación. De las que se darán unas breves notas a continuación.

#### Cuadro nº 3.- Principios e instrumentos para su efectividad



La igualdad de trato que consagra el Reglamento 1408/71 consiste en *una concepción global de reciprocidad*, que es apreciada no ya en el nivel de cada rama considerada en particular, sino para el *conjunto de las ramas* (GONZALO GONZALEZ, B: 1995. pág. 53) . Así, señala el 3 del RE 1408/71 que “*las personas que residan en el territorio de uno de los Estados miembros y a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento, estarán sujetas a las obligaciones y podrán acogerse al beneficio de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de éste, sin perjuicio de las disposiciones particulares contenidas en el presente Reglamento*”. No obstante, la salvaguarda de la igualdad en razón de nacionalidad no se halla suficientemente garantizada a través de los mecanismos empleados en el Reglamento, puesto que lo que se garantiza es que existan unos sistemas de coordinación iguales para todos, pero las prestaciones de los trabajadores que se desplacen no serán nunca iguales, sino que dependerán de los lugares en los que se desarrollan sus respectivas carreras de seguro (AAVV: 2006. pág. 171 y 172). Además, el TJCE (sentencia de 5-08-1967 asunto C-1/67 y de 7-03-1990 asunto C-57/90) admite la que se denomina discriminación inversa para resolver, paradójicamente, las demandas de igualdad de trato que afectan a los migrantes. Señala, en este sentido que *los Reglamentos deben otorgar a los trabajadores migrantes un trato más beneficioso que a las personas a las que sólo se aplican las leyes nacionales y que “... el objeto pretendido por las normas comunitarias en materia de Seguridad Social es la protección del trabajador migrante, de ello se deriva la admisibilidad, en materia de libre circulación de personas, de las discriminaciones a la inversa frente a los nacionales que nunca se han desplazado”*.

Por lo que se refiere al RE 883/2003 en su art. 4 también recoge la igualdad de trato, al establecer que las personas a las cuales les será aplicable podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Los Estados definen de forma soberana el campo de aplicación de sus leyes de seguridad social, invocando unas veces el principio de territorialidad, puesto que la legislación aplicable se rige principalmente por la residencia en el país, otras por el de la personalidad, puesto que el derecho a las prestaciones se presenta como un derecho personal ligado al ejercicio de una actividad o al pago de cuotas durante periodos determinados, y otras veces, lo que sucede con mayor frecuencia, invocando ambos principios, según sea la rama de que se trate. De ahí que puedan originarse situaciones en las que el interesado no estaría sujeto a ningún régimen de la Seguridad Social (conflicto legislativo negativo) o, en las que estaría sujeto simultáneamente a varios de estos regímenes, con la posibilidad de acumular las prestaciones (conflicto legislativo positivo). Por esta razón es necesario determinar la legislación aplicable al interesado (VAN RAEPENBUSCH, S.: 1992. pág. 74).

Las normas sobre la determinación de la ley aplicable – tanto las generales como las particulares - se encuentran en el Título II del RE 1408/71 y el Título II del RE 883/2003. Determinar el ordenamiento de la seguridad social que ha de ser aplicable conduce a la fijación, a su vez, de la Autoridad, Institución y Estado competente, términos que, por otro lado, se definen en el art.1 del RE 1408/71 y también en el art. 1 del RE 883/04. Así, la expresión < autoridad competente > designa, para cada Estado miembro, al ministro, a los ministros o cualquier otra autoridad correspondiente de la cual dependan, para el conjunto o parte del territorio del Estado de que se trate, los regímenes de seguridad social . La expresión < institución competente > designa: i) la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de las prestaciones o, ii) la institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendrá derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución, o, iii) la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate, o, iv) si se trata de un régimen relativo a las obligaciones del empresario en relación con las prestaciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 4 (se refiere al campo de aplicación material del RE), ya sea el empresario o el asegurador subrogado, ya sea, en su defecto, el organismo o la autoridad designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate. Asimismo, la expresión < Estado competente > designa el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la institución competente.

Cuestión distinta, es la < institución del lugar de residencia > e < institución del lugar de estancia >, expresiones que designan, respectivamente, a la institución habilitada para servir las prestaciones en el lugar en que reside el interesado, y la institución habilitada para abonar las prestación en el lugar donde se encuentra, según la legislación que aplique esta institución, si dicha institución no existe, la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate.

Pues bien, siendo sólo una la legislación competente para determinar los derechos de Seguridad Social del migrante, la regla general es la aplicación de la ley del lugar de prestaciones de servicios. Por ejemplo, una persona que deja de trabajar en uno

de los Estados miembros para ejercer su actividad profesional en otro Estado miembro, pasará a estar sujeto a la legislación del <nuevo> país de empleo. Por tanto, dejará de acumular derechos en el <antiguo> país y empezará a adquirir derechos en el <nuevo> país de empleo. Esta regla, tiene una serie de excepciones, una de ellas es el caso de los desplazamientos temporales en los que si no es superior a 12 meses se continúa asegurado en el <antiguo> Estado en otros supuestos se trata de categorías especiales de personas, tales como los marineros, los funcionarios, las personas contratadas por embajadas o consulados. Asimismo, será la ley del lugar donde radique la sede de la empresa si los trabajadores desempeñen su actividad en más de un Estado y no residen en ninguno de los países en los que trabajan.

Los derechos a las prestaciones rara vez se conceden de forma instantánea, suele exigirse el cumplimiento de un periodo previo de permanencia. Esto supone que, por ejemplo, el trabajador que ha cumplido en el país de origen una fracción determinada del periodo impuesto para la adquisición de un derecho, por ejemplo una pensión de vejez, dudará antes de ejercer la libertad de circulación, si el sistema del país de destino no va a tener en cuenta ese derecho en curso de adquisición (VAN RAEPENBUSCH, S.: 1992. pág. 75). Esto justifica que si no se formularan procedimientos de garantía, el trabajador sufriría un doble perjuicio al ejercer su libertad de circulación: en primer lugar, al cambiar de país de empleo, de aseguramiento y cotización o de residencia, debería comenzar a cumplir de nuevo los periodos de calificación que abren el derecho a prestaciones a corto plazo, quedando entre tanto sin protección de ninguna parte; y, en segundo lugar, y por lo que respecta a las prestaciones a largo plazo (pensiones), generalmente sometidas a periodos de calificación muy amplios, podría darse el caso de que el migrante no alcanzara el derecho a ellas en ningún país, o que alcanzase el derecho pero en cuantía reducida, pese a que su carrera de seguro, si bien repartida en periodos cortos de cotización entre dos o más países, hubiera sido suficientemente prolongada.

Pues bien, el principio sobre mantenimiento de los derechos en curso de adquisición se orienta a resolver esos problemas mediante la reconstrucción de la unidad de la <carrera del seguro> de los migrantes, a pesar de su afiliación y cotización sucesivas a diversas legislaciones (GONZALO GONZALEZ, B., 1995. pág. 64), esto es, la totalización de los periodos de seguro. No obstante, cuando se ha procedido a aplicar la totalización a favor de un trabajador que estuvo sujeto a la legislación de dos o más Estados miembros, es frecuente que ese trabajador no reciba, en el Estado miembro de que se trate, una prestación completa, como si hubiera cumplido todos los periodos y que, por el contrario, únicamente recibirá una parte de la prestación nacional, proporcionada al periodo efectivamente cumplido en dicho Estado, es decir prorrateada (VAN RAEPENBUSCH, S.: 1992. pág.292). Esta regla de *pro rata temporis* se verifica de la siguiente manera:

a) el Estado determina, conforme a su legislación, si el asegurado tiene derecho a la prestación, teniendo en cuenta sólo los periodos cotizados en ese país, calculando conforme a ellos la <llamada pensión nacional o <autónoma>.

b) se calcula la pensión a que tendría derecho el trabajador acumulando los periodos de seguro acreditados en los distintos Estados, como si se hubiese realizado en ese Estado (<pensión teórica>). Para determinar las bases reguladoras de las diversas prestaciones, en los supuestos en que sea necesario computar periodos cubiertos en

otros países se tomarán en cuenta los mismos conforme a las últimas bases reales del trabajador computable en el Estados de que se trate, actualizadas.

c) la <pensión teórica> resultante se divide en porción a la duración de los periodos realmente cubiertos en ese Estado, respecto de la totalidad de periodos cotizados por el beneficiario en los distintos países, y da lugar a la <pensión prorrateada>.

d) se reconoce al asegurado la pensión más alta entre la <nacional> y la <prorrateada>, remitiéndose a los restantes Estados para que procedan de igual forma. Las pensiones prorrateadas son independientes, y el Estado cuya legislación se aplica no está obligado al abono del total y a repetir lo adecuado por otros Estados.

Existen, no obstante, reglas adicionales específicas para el cálculo de las distintas prestaciones: enfermedad y maternidad, riesgos profesionales, invalidez, vejez y muerte, orfandad y desempleo. Por ejemplo, cabe la totalización sin prorrateo, es decir reconstruir la carrera de seguro sin establecer la parte alícuota que corresponde a cada Estado miembro en: a) las pensiones de invalidez, cuando todos los países implicados ostentan una legislación tipo <A> (cuantía de las pensiones independientemente de la duración de los periodos de seguro); b) en el desempleo; c) en las pensiones no contributivas; d) en la asistencia sanitaria; e) en las prestaciones familiares; f) en los subsidios de defunción; g) en las prestaciones por huérfanos y por hijos de pensionistas. A la vista de tan prolongado elenco, cabría entender que el principio general es justamente el de no prorrateo del pago, pero se trata de una ilusión óptica, pues las dos prestaciones más importantes, invalidez y vejez, siguen la regla del prorrateo (OJEDA AVILES, A, 1997. págs. 80-83).

La conservación de los derechos adquiridos supone la continuación en el disfrute de las prestaciones ya obtenidas pese al traslado de residencia del beneficiario a un territorio extranjero. Por eso este principio se denomina también <principio de exportación de las prestaciones>. La exportabilidad de prestaciones tiene algunas excepciones y se aplica, a veces, con ciertas particularidades, así:

a) Las prestaciones de asistencia sanitaria se exportan sólo con autorización expresa, nunca espontáneamente (o cuando existe urgencia vital), para el caso de quienes se desplazan con la pretensión de continuar con un tratamiento médico determinado.

b) Las prestaciones de desempleo se exportan, sea cual sea su duración (que depende de la legislación aplicable), por un periodo máximo de tres meses;

c) Los suplementos por mínimos de pensión no son de exportación obligatoria y generalmente, son a cargo del país de residencia del pensionista, quien puede reducirlos, suspenderlos o suprimirlos considerando las pensiones extranjeras del mismo beneficiario y su cuantía.

d) Las pensiones no contributivas, suelen ser inexportables según los diversos ordenamientos internos de los países implicados. Esa característica es congruente con su naturaleza: configuración asistencialista, sus métodos de financiación y su determinación técnica (GONZALO GONZALEZ, B: 1995. págs. 61-62).

También debe tenerse en cuenta que la regla general es que el RE 1408/71 no puede conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo periodo de seguro (principio de no acumulación de las prestaciones). La excepción viene marcada porque no se aplicará esta regla de no acumulación de prestaciones cuando se trate de prestaciones de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones del artículo 41 (agravamiento de la invalidez), artículo 43.2 y 3 (conversión de las prestaciones de invalidez en prestaciones de vejez), artículo 46 (liquidación de prestaciones), art. 50 (asignación de un complemento de las prestaciones debidas con arreglo a legislaciones de distintos Estados miembros, cuando no se alcance el mínimo establecido en la legislación de aquél de dichos Estados en cuyo territorio resida el beneficiario), artículo 51.2 (revalorización y nuevo cálculo de pensiones) y, por último, artículo 60.1 b) (agravamiento de una enfermedad profesional indemnizada) (LOPEZ LOPEZ, J.: 1996. pág.65)

La colaboración administrativa, aparece allí donde existe una reglamentación internacional de seguridad social. Las manifestaciones de este principio son la ayuda recíproca entre Estados, el intercambio de información, la coordinación financiera, la igualdad de trato en materia fiscal y la colaboración técnica.

*La ayuda recíproca* supone la colaboración de las Instituciones de las dos partes contratantes en la aplicación de las normas ajenas como si fueran normas propias o internas. El *intercambio de información* supone la comunicación mutua y constante entre los Estados de las medidas adoptadas para la aplicación del Reglamento y de las modificaciones, de la legislación interna en relación con la materia regulada en aquéllos. *La coordinación financiera* se traduce en el reembolso de gastos por parte del organismo obligado al organismo pagador (reembolso de gastos por actos de asistencia técnica tales como reconocimiento médico, dispensación de asistencia sanitaria, pago delegado de prestaciones, etc.). *La igualdad de trato en materia fiscal* significa que las exenciones tributarias previstas en la legislación de una parte son válidas respecto de la aplicación reglamentaria, beneficiándose de ellas las instituciones y los trabajadores de la otra parte (exención total o parcial de gravámenes de expedición de documentos, etc.) y la *colaboración técnica*, tiene lugar a través de la creación de oficinas de enlace, encargadas de la coordinación de instituciones competentes de ambas partes en la aplicación del Reglamento (GONZALO GONZALEZ, B. 1995. págs. 64-65).

### **3.3. Breve aproximación a la lógica de las prestaciones**

Los principios estudiados no se aplican a todas las prestaciones por igual. Para algunas la coordinación se resuelve en una totalización sin prorrateo, para otras en prorrateo sin totalización y las hay también que precisan de totalización con prorrateo. En definitiva, es necesario un análisis de la aplicación de estos principios a cada una de las prestaciones, aprovechando, por otro lado, la ocasión para reseñar los aspectos más interesantes y polémicos de cada una de ellas.

### 3.3.1. Enfermedad y maternidad

La coordinación de esta prestación se enfrenta con un obstáculo de índole técnico y político-económico. Técnico porque hay países que responden al modelo bismarckiano (protección a la población laboral, financiación contributiva y dependiente de la retribución percibida, gestión plural y organizada con arreglo a un sistema de seguros múltiples), otros al modelo Beveridge (protección universal fuertemente impositiva, uniformidad de cuotas y prestaciones y unidad gestora) y otros, en fin, en los que apenas hay un atisbo de protección o presencia de un aparato estatal prestacional. Político-económicos, ya que los sistemas de seguridad social de los Estados responden a diferentes mecanismos de financiación, establecen diversos niveles de protección, y parten de contextos macroeconómicos específicos (SEMPERE NAVARRO, A.:2004, pág 12).

El art. 4.a) del RE 1408/71 señala *las prestaciones de enfermedad y maternidad* como una de las ramas de seguridad que comprenden su campo de aplicación material (el RE 883/04, cuando en su art. 3.1.b) se refiere a las prestaciones de maternidad adicióna las de paternidad asimiladas). Interesa, por lo que se refiere al contenido material de la prestación, tener en cuenta la Decisión nº 175 de 23.06.1999 (DO L 047 de 19/02/2000) de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (CA, a partir de ahora) al considerar también prestaciones en especie con arreglo a lo dispuesto en Reglamento (CEE) nº 1408/71 las que se refiere a las situaciones de dependencia, en los siguientes términos:

a) las prestaciones en especie del seguro de dependencia que dan derecho al pago directo completo o parcial de determinados gastos derivados de la situación de dependencia del asegurado y en los que se hubiera incurrido para su beneficio directo, por ejemplo, para cuidados en su domicilio o en establecimientos especializados (asistencia sanitaria a domicilio), para la adquisición de equipamiento de asistencia o para la realización de determinadas obras de adaptación de la vivienda; las prestaciones de estas características están destinadas a completar las prestaciones en especie del seguro de enfermedad, con el fin de mejorar la salud y las condiciones de vida de las personas dependientes;

b) las prestaciones en especie no derivadas de un seguro de dependencia, pero que presentan las mismas características y persiguen los mismos objetivos que los mencionados en la letra a) anterior siempre que puedan considerarse prestaciones en especie de seguridad social en el sentido del Reglamento (CEE) nº 1408/71, y que puedan adquirirse del mismo modo que las mencionadas en la letra a), de conformidad con las disposiciones de los artículos antes citados del Reglamento (CEE) nº 1408/71.

En cuanto a la totalización, que en su caso fuere necesaria, art.18 el RE 1408//71 señala que *la institución competente de un estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación la recuperación de los derechos a las prestaciones al requisito de haber cubierto periodos de seguro, de empleo o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los periodos de seguro, de empleo o de residencia*

*cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro como si se tratara de periodos cubiertos bajo la legislación que aplica.*

A pesar de la diversidad apuntada, en los Estados en los que se aplica la normativa comunitaria en materia de seguridad social, hay dos categorías principales de prestaciones que existen en todos los países de la UE: prestaciones en metálico y prestaciones en especie. En los Reglamentos no existe ninguna definición, de lo que ha de entenderse por una o por otra, si bien es lógico pensar que las prestaciones en especie comprenden la asistencia odontológica y médica, el suministro de medicamentos, incluso cuando se concedan estas prestaciones en formas de reembolso de gastos, mientras que las prestaciones económicas se refieren a los pagos en metálico, a fin de ayudar al interesado a mantener sus ingresos durante el periodo en el que se encuentre incapacitado para el trabajo a causa de la enfermedad (VAN RAEPENBUSCH, S.: 1992. pág. 533).

Si de las prestaciones en metálico se trata, por norma general, siempre se pagan de acuerdo a la legislación del país en el que se está asegurado, sin importar en qué país reside o se encuentra el interesado y esto es aplicable a todas las categorías de personas y a todas las situaciones. En cuanto al importe y la duración de la prestación dependerá enteramente de la legislación del Estado en el que se está asegurado y, por lo general, las pagará directamente la institución a la que se está afiliado.

Respecto de las prestaciones en especie, por lo general, se conceden de acuerdo a la legislación del país en el que el ciudadano reside o se encuentra, como si estuviera asegurado en ese país. Es así, porque los médicos y organismos implicados no pueden conocer los detalles de las legislaciones de todos los países, por tanto, aplican siempre la legislación de su propio Estado incluso si la persona afectada está asegurado en otro. No obstante *las prestaciones en especie servidas por la institución de un Estado miembro por cuenta de la institución de otro Estado miembro (...) darán lugar al reembolso de coste integro* (art.36 del RE 1408/71). Estos reembolsos serán determinados y efectuados según las modalidades establecidas por el RE 574/72, *bien mediante la justificación de los gastos efectivos o, bien sobre la base de un tanto alzado*. (Vid la Decisión no 176 de la CA de 24.06.1999 (DO L 243 28.09.2000) relativa al reembolso por parte de la institución competente de un Estado miembro de los gastos efectuados durante la estancia en otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 34.4 del Reglamento (CEE) n° 574/72.

Ahora bien, el hecho de que las prestaciones en especie se concedan de acuerdo a la legislación del Estado de residencia o de estancia no significa que los ciudadanos puedan elegir libremente recibir estas prestaciones en todos los países implicados sin ningún tipo de restricción o limitación, lo cual ha de llevar a diferenciar las condiciones concretas que se aplican a las distintas situaciones para tener derecho a estas prestaciones (COMISION EUROPEA: 2005. pág. 18), esto es, la residencia o la mera estancia:

Cuadro nº 4.- Enfermedad y maternidad (asistencia sanitaria)

<b>RESIDENCIA</b>	Trabajadores	Formularios
	Desempleados	
	Pensionistas:	
	-Vejez, y Supervivencia	

Art. 19 RE 1408/71

<b>ESTANCIA</b>  Art. 21 RE 1408/71	TARJETA SANITARIA	Antiguos Formularios:  E 111, E110,
	AUTORIZADOS	Formularios E-112

Antes de adentrarse en estas dos situaciones, conviene poner de manifiesto que el art. 1 del RE 1408/71 señala que el término <residencia> significa la estancia habitual y el término <estancia> la estancia temporal, con lo cual no establece unos plazos como, por ejemplo, sucede con la Directiva 2004/38 que determina una diferencia cuantitativa entre residencia inferior a tres meses, lo que podría calificarse como estancia, y a aquella que excede de dicho termino, que podría ser denominada como residencia.

a) Situación de residencia en un Estado miembro distinto del competente

Se regula en el art. 19 del RE 1408/71, que señala que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia (y los miembros de su familia) que residan en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente y que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones disfrutará en el Estado de su residencia de las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente por la institución del lugar de residencia según las disposiciones de la legislación que ésta aplique y como si estuviera afiliado a las misma, teniendo en cuenta, en su caso, la totalización.

También se refiere el RE 1408/71 a los trabajadores en paro, a los solicitantes de pensión, a los pensionistas y a los estudiantes, así como a los miembros de la familia de todos ellos (vid. arts. 19, 25, 26, 27 y 34 bis) reconociéndose en el art. 20 el supuesto especial de los trabajadores fronterizos y miembros de sus familias. La regulación contenida en el RE 883/ 04 es en similares términos a la expuesta si bien introduce ya el concepto genérico de *persona asegurada* (art. 17).

El ejercicio de este derecho exige una serie de formalidades (art.17 del RE 574/72) pues para percibir estas prestaciones el beneficiario habrá de inscribirse con los miembros de su familia en la institución del lugar de residencia, presentando un certificado que acredite que tiene derecho a las prestaciones en especie para él y para los miembros de su familia (vid la Decisión de 17.03.2005 de la CA relativa a los

modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos 1498/71 y 574/72).

Finalmente conviene llamar la atención sobre la situación de desprotección en que pueden encontrarse algunos ciudadanos del norte de Europa que - a una edad ya avanzada - deciden fijar su residencia en el territorio español. En este sentido, no está de más recordar que la asistencia sanitaria en España es universal desde el punto de vista prestacional pero no en cuanto a su gratuidad. Los beneficiarios de la protección básica se encuentran previstos fundamentalmente en el art. 100 de la LGSS y en los artículos 2 y siguientes del RD 2766/1966 y son, grosso modo: a) los trabajadores que se encuentran afiliados al sistema de la seguridad social y en alta o situación asimilada a alta; b) los pensionistas y perceptores de subsidios de la seguridad social; c) los familiares de los beneficiarios de los sujetos señalados anteriormente y que estén a su cargo, ya sea el cónyuge, los descendientes, hermanos o ascendientes; d) personas sin suficientes recursos económicos de acuerdo con el RD 1088/1989; e) los minusválidos que por no desarrollar un actividad laboral no se encuentren incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social; y e) conforme a la Ley Orgánica 4/2000 de Derecho y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social los extranjeros empadronados y también en las situaciones de urgencia o en el caso de menores o mujeres embarazadas. No obstante, como es sabido, las Comunidades Autónomas son las competentes en la actualidad en esta materia y, asumiendo los mínimos establecidos por la legislación nacional, pueden incrementar los colectivos protegidos en mayor o menor medida.

Así las cosas, el problema se plantea cuando el ciudadano comunitario residente en España percibe una renta que, por un lado, no entra en el ámbito de aplicación del RE 1408/71 y, por otro, supera el salario mínimo interprofesional, lo que le cierra el acceso por no entrar en el supuesto de <carencia de rentas>. En estos casos el acceso a dicha prestación dependerá de la comunidad autónoma en la que se resida. Puede suceder que una determinada comunidad autónoma no establezca ningún tipo de requisito para conceder la prestación, como sucedía en la Comunidad Valenciana antes de la promulgación de la Ley 6/2008, o que sí lo fije, como sucede actualmente en dicha Comunidad, dejando fuera a determinadas personas. Dicho régimen, en definitiva, puede generar – de hecho ya está sucediendo - situaciones de desprotección sobretodo si se tiene en cuenta que se trata de personas de edad avanzada que tienen difícil el acceso a la sanidad privada y, en cualquier caso, les resulta bastante costosa.

#### b) Situación de estancia

En esta situación también deben distinguirse diferentes supuestos: por un lado, quienes residen en un Estado que no es el de la institución competente y reciben asistencia sanitaria en el Estado competente – o incluso desde el Estado competente a un tercero -; y, por otro lado, quienes residiendo en el Estado de la institución competente se desplazan temporalmente hacia otro Estado miembro donde reciben asistencia sanitaria por tratarse de una prestación de urgencia o porque no siendo así el asegurado ha sido previamente autorizado por la institución competente.

##### b.1.- Estancia en el Estado competente o traslado de residencia al mismo

De conformidad con el art.21 del RE 1408/71 el trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena y los miembros de su familia - señalados en el apartado anterior, esto es, los residentes en lugar distinto del de la institución competente - que se hallen en el territorio del Estado competente disfrutaran de las prestaciones según las disposiciones de la legislación de este Estado como si residieran en el mismo. No serán aplicables estas normas a los trabajadores fronterizos y miembros de su familia. El supuesto que se plantea es, por ejemplo, el de un pensionista alemán que residiendo en España se desplaza temporalmente a Alemania – lugar donde se encuentra la institución competente – y recibe asistencia sanitaria en dicho lugar. La cuestión es que si regresa el pensionista al país donde se encuentra la institución competente, para recibir un tratamiento este correrá a cargo del país de residencia – en este caso España- . Aunque ciertamente España ha recibido un cuota global del país competente esta es considerablemente más reducida que en otros países (España 2.170 euros/pensionista y ano, Alemania 3.132, Luxemburgo 3.624 u Holanda 4.296. BARRIOS FLORES, L.F.: 2006, pág. 82) y, por el contrario, la asistencia efectivamente prestada en estos últimos es considerablemente mas elevada que si hubiera sido practicada en España.

Más relevante aun es el supuesto que contempla la STJCE en el caso Keller pues la residente en España se desplaza a Alemania y desde allí a Suiza, siendo de cuenta de la institución de residencia – España – los gastos que han supuesto la asistencia en ese tercer Estado. Los hechos, grosso modo, se refieren a Annette Keller, de nacionalidad alemana y residente en España que solicitó de la institución española competente (INSALUD) un formulario E 111 para un período de un mes a fin de realizar un viaje a Alemania. Durante su estancia en dicho país, se le diagnosticó un tumor maligno que podía provocarle la muerte en cualquier momento. La Sra. Keller solicitó al INSALUD la expedición de un formulario E 112 para poder seguir recibiendo asistencia en Alemania. La validez de dicho formulario se prorrogó en repetidas ocasiones. Tras un profundo análisis de las posibilidades terapéuticas, los médicos alemanes decidieron trasladar a la paciente a la Clínica Universitaria de Zurich (Suiza) al ser ésta la única clínica donde podía practicarse con posibilidades reales de éxito la operación que necesitaba. La Sra. Keller abonó los costes de la asistencia recibida en Zurich y, ulteriormente, solicitó el reembolso de dichos gastos al INSALUD que se los denegó. El TJCE en su sentencia de 12 de abril de 2005 (asunto C-145/03) puntualiza una serie puntos que merecen ser subrayados:

a) que los médicos del Estado miembro de estancia son los que mejor pueden apreciar la asistencia que el enfermo requiere. La institución del Estado miembro de afiliación, durante el período de validez del formulario, otorga su confianza a la institución del Estado miembro de estancia y a los médicos autorizados por ésta, en cuanto que ofrecen garantías profesionales equivalentes a las de los médicos establecidos en el territorio nacional.

b) la institución del Estado miembro de afiliación está vinculada por las valoraciones relativas a la necesidad de asistencia urgente de carácter vital, efectuadas por los médicos autorizados por la institución del Estado miembro de estancia y por la decisión de dichos médicos de trasladar al enfermo a otro Estado para que se le preste el tratamiento urgente que no pueden proporcionarle los médicos del Estado miembro de estancia. Siendo irrelevante que el Estado al que los médicos decidieron trasladar al enfermo no sea miembro de la Unión Europea. Además la institución del Estado miembro de afiliación no puede ni exigir el regreso de la persona al Estado miembro de

residencia para someterla en él a un control médico, ni hacer que se la examine en el Estado miembro de estancia, ni supeditar los diagnósticos y las decisiones médicas a una aprobación por su parte.

c) En cuanto a la asunción de los gastos de la asistencia médica prestada en el país tercero a raíz de una decisión médica de traslado, el principio aplicable es el de la asunción de dichos gastos por la institución del Estado miembro de estancia quedando a cargo de la institución del Estado miembro de afiliación la obligación de reembolsar posteriormente a la institución del Estado miembro de estancia.

#### b.2.- Estancia fuera del Estado competente

Señala el art. 22 del RE 1408/71 que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia tendrá derecho a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia según las disposiciones de la legislación que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma. Se contemplan los siguientes supuestos:

a) Prestaciones en especie que sean necesarias *desde el punto de vista medico* durante una estancia en el territorio de otro Estado miembro, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia (art.22.1.a), por tanto, no están supeditadas a que el estado del paciente requiera de modo inmediato las mismas (BARRIOS FLORES, L.F.: 2006, pág. 83). Para invocar el derecho a asistencia médica el asegurado debe presentar un certificado, a través del cual el proveedor de la asistencia pueda certificar la cobertura sanitaria del paciente en el Sistema de Seguridad Social extranjero: son formularios E110, E111, E128 y E129, sustituidos - a partir del 1 de junio de 2004 - por la Tarjeta Sanitaria Europea (vid. las Decisiones de la CA números 180, 190, 191 y 197)

b) Que después de haber sido admitido al disfrute de prestaciones a cargo de la institución competente, sea autorizado por esta institución a regresar al territorio del estado miembro en que reside o a trasladar su residencia al territorio de otro Estado miembro. Esta autorización solo podrá ser denegada cuando haya constancia de que el desplazamiento del interesado puede *comprometer su estado de salud o la aplicación del tratamiento medico* (art. 22.1. b) y 22.2).

c) Que sea *autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en el mismo la asistencia apropiada a su estado de salud*. Esta autorización no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y cuando *habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en el que reside* (art. 22.1. c) y 22.2).

Por tanto, quienes se trasladan a otro país, para seguir allí un tratamiento que cubra su seguro de enfermedad deberán haber recibido una autorización previa. Con estas medidas se intenta evitar el turismo sanitario, los desplazamientos motivados por razones médicas, la búsqueda del mejor tratamiento o de las prestaciones de mayor calidad o más sofisticadas.

No obstante, esta afirmación debe ser atemperada tras las sentencias del TJCE de los conocidos casos Kohl y Decker. Tanto en la sentencia del TJCE de 28.04.1998 (C-158/87) en la que el Sr. Kohll, de nacionalidad luxemburguesa y afiliado en Luxemburgo, solicitó autorización para que su hijo menor pudiera beneficiarse en Alemania de un tratamiento de ortodoncia, como en la sentencia de 28.04.1998 (C-120/95) en el que el Sr. Decker, nacional luxemburgués, solicitó el reembolso de un par de gafas con lentes correctoras adquiridas en una óptica de Bélgica, presentando una receta médica extendida por un oftalmólogo establecido en Luxemburgo; el Tribunal dio la razón a los demandantes, fundamentando la decisión en el primero por la aplicación de los artículos 59 y 60 del Tratado (libre prestación de servicios) y en el segundo por los artículos 30 a 36 del Tratado (libre circulación de mercancías). También, considerando la libre prestación de servicio, debe traerse a colación la STJCE de 12-07-2001, Smits y otros C-157/99, que versa principalmente sobre los gastos de hospitalización causados en otro Estado miembro.

En definitiva, los razonamientos del Tribunal se centran, grosso modo, en los siguientes aspectos: a) los Estados tienen derecho a organizar sus propios sistemas de asistencia sanitaria; b) al hacerlo deberían respetar las disposiciones comunitarias básicas, entre ellas las concernientes a la libre prestación de servicios; c) las prestaciones de atención médica y hospitalaria son efectivamente "servicios" a los efectos de los Tratados, pese a lo cual d) la autorización previa para la prestación de servicios en otros países puede justificarse por razones imperiosas, como el mantenimiento de la estabilidad financiera del sistema de seguridad social y de un servicio médico y hospitalario equilibrado y abierto a todo, por lo que e) las personas aseguradas no disponen de un derecho general al reembolso de los gastos ocasionados por un tratamiento médico en el extranjero sino que sólo podrán solicitar el reembolso de dichos gastos cuando el sistema de seguridad social del Estado en que se hallen asegurados les hubiera cubierto o reembolsado los mismos (BARRIOS FLORES, L.F.: 2006, pág. 84).

Tratándose de la prestación de servicios no debe olvidarse la propuesta de Directiva del Parlamento europeo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza de 02.07.2008 (COM (2008) 414 final)

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias en situaciones de estancia, a tenor del art. 22 bis se produce un incremento respecto de la regla general establecida en el art. 2 (ámbito subjetivo) al contemplarse para los supuestos a) y c) la extensión a cualquier persona asegurada. Finalmente, hay que señalar que el RE 883/2003 en sus arts. 17 y siguientes regula la prestación de maternidad, enfermedad a las que adiciona la de *paternidad*.

### **3.3.2. Accidentes laborales y enfermedades profesionales**

El capítulo 4º. del Título III del RE 1408/71 (arts 60 a 77 del RE 574/72) se dedica a la ordenación de estas prestaciones sin hacer alusión al principio de totalización, dado que el ordenamiento de ningún Estado subordina la adquisición del derecho a las prestaciones por accidentes de trabajo o enfermedad profesional al

cumplimiento de un determinado periodo de seguro o de cotización, sólo se exige que el interesado esté asegurado contra el riesgo profesional en el momento de producirse el hecho causante (SERRANO GARCIA, J.M.: 2005, pág. 67). Al igual que sucedía en las prestaciones por enfermedad y maternidad, en las que se refieren a los accidentes laborales y a las enfermedades profesionales también han de diferenciarse las que son en especie y las que lo son en metálico:

a) En especie: se tiene derecho en todos los casos a este tipo de prestaciones de acuerdo con el país de residencia. Si el causante reside en un país distinto a aquél en el que está asegurado, el organismo del Estado de residencia le proporcionará prestaciones en especie según la legislación de ese país y reclamará el reembolso de los gastos de todas las prestaciones que le proporcione el país en que está asegurado (vid. art. 52 a) del RE 1408/71)

b) en metálico: estas prestaciones se pagan siempre de acuerdo con la legislación del Estado en el que estaba asegurado el causante en el momento en que se produjo el accidente laboral o la enfermedad profesional, independientemente de dónde resida o se encuentre. Normalmente las abona directamente la institución de ese Estado, sin embargo se puede acordar con las instituciones del país de residencia o estancia que estas paguen la prestación. Si el cálculo de las prestaciones en metálico se basa en una renta media, sólo se tendrá en cuenta la renta desembolsada desde que pasó a estar asegurado según la legislación del Estado que paga su prestación. Lo mismo es válido si el cálculo se basa en la renta estándar. En caso de que el importe de la prestación en metálico dependa del número de miembros de la familia, también se tendrán en cuenta a los familiares residentes en otro Estado miembro (vid. art. 52 b) del RE 1408/71)

Por ejemplo, si un ciudadano alemán trabaja en Francia para un empleador francés y éste regresa a Alemania después de un accidente de trabajo, el organismo asegurador francés tendrá obligación de abonarle la prestación económica que le correspondiera tras el accidente y se la enviará a Alemania, mientras que los cuidados médicos los ofrecerá el Estado alemán con cargo al Estado francés (SERRANO GARCIA, J.M.: 2005, pág. 68).

Tratándose de las enfermedades profesionales, deben ponerse de manifiesto algunas especialidades. En primer término, no existe una lista común para todos los Estados lo que supone que haya disparidad en la calificación de una enfermedad profesional entre un Estado y otro. En segundo término, la enfermedad profesional no siempre se manifiesta durante el periodo en el que el trabajador asegurado está ejerciendo una ocupación susceptible de producirla, ésta puede aparecer con posterioridad. En este supuesto el art. 38 del RE 1408/71 dispone que cuando la víctima de una enfermedad profesional haya desarrollado una actividad susceptible de provocar una enfermedad profesional en el territorio de dos o más Estados no podrán obtener ni él ni sus derechohabientes más que las prestaciones previstas en la legislación del último Estado cuyas condiciones hayan sido cumplidas por el interesado para acceder a ésta.

En cuanto a la regulación de esta prestación en el RE 883/04 se contiene en el capítulo 2 (arts. 36 a 41) con una significativa simplificación, como por ejemplo en cuanto a la remisión a la normativa general tanto de las prestaciones en especie como de las que los son en metálico.

### 3.3.3. Vejez y Muerte

El art. 4 del RE 1408/71 se refiere en el apartado 1.c) a las prestaciones de vejez, en el 1.d) a las prestaciones de supervivencia y en el f) a las de defunción. No obstante, en el capítulo 3, de dicho reglamento, se aborda bajo el título " vejez y muerte (pensiones)" las prestaciones de vejez y supervivencia y en el capítulo 5 los subsidios de defunción.

De todos ellos se tratará en este epígrafe aunque será la prestación de vejez el eje central de mismo, especialmente, por dos razones: por un lado, porque estas pensiones vienen a suponer cerca de un 40 por ciento del importe que se destina a la protección social en la Unión y, por otro, porque dadas las proyecciones demográficas, en el año 2060 la población con una edad superior a 65 años se verá duplicada (vid. estadísticas de Eurostat, al respecto, en el Anexo)

#### I. Prestaciones de vejez

Como ya se ha indicado, las pensiones de jubilación son las más relevantes tanto cuantitativa como cualitativamente estando en el punto mira de las política de armonización de la Unión. Precisamente el Consejo Europeo de Gotemburgo (2002) resaltó la necesidad de adoptar un planteamiento global para afrontar el reto del envejecimiento demográfico y aprobó, en este sentido, tres principios generales para garantizar la viabilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones, a saber:

a) Pensiones adecuadas: las pensiones deben cumplir con sus objetivos sociales, asegurando a todas las personas el acceso a los sistemas de pensiones, públicos o privados, y unos ingresos suficientes durante su vejez;

b) Sistemas de pensiones viables: los sistemas de pensiones deben contar con una base financiera sana, lo que exige una combinación adecuada de políticas económicas y una especial atención al mercado laboral. Se menciona la importancia de conseguir un alto nivel de actividad y de empleo, así como de incentivar la prolongación de la vida laboral;

c) Adaptación de los sistema de pensiones a los cambios en las necesidades sociales e individuales: contribuyendo a flexibilizar el mercado laboral, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; así como proporcionando una mayor información a los ciudadanos acerca de los mismos, incluyendo sus perspectivas futuras y la evolución probable de la cuantía de las pensiones (BLANCO ANGEL, F.:2006. págs. 148).

Por lo que se refiere a su coordinación, se regula – junto con las pensiones de supervivencia – en los arts. 44 a 51 bis del RE 1408/71 (capítulo 3 del RE 574/72). Ciertamente, plantea una serie de problemas prácticos, a saber: por un lado, al no estar armonizados los sistemas de seguridad social, las edades de jubilación varían de un país a otro, por ejemplo, en unos países se percibe a partir de los 60 años, en otros a los 65 y en algunos a los 67; por otro, cuando la duración del periodo de seguro cubierto en un Estado es inferior a un año, éste no tiene obligación de pagar prestación alguna, aunque

se tenga en cuenta dicho tiempo en orden a determinar si se tiene derecho a la pensión; también, presenta especiales dificultades la determinación de la base reguladora a la hora de interpretar y aplicar el reglamento.

Por lo que hace a si determinados concepto deben ser considerados pensiones de vejez, por ejemplo, tratándose de la naturaleza jurídica de las pagas de vacaciones y complemento de vacaciones que anualmente se abonan a los titulares de una pensión de jubilación – como sucede en la legislación belga – el TJCE (sentencia de 20-01-2005 asunto Notebook C-101/04) las considera prestaciones de vejez en el sentido del art.4.1.c) del RE 1498/71, argumentado que las mismas se abonan exclusivamente a los beneficiarios de una pensión siendo - por otro lado – las fuentes de financiación de las pensiones y de las pagas las mismas .

Por lo que respecta a la inclusión de los periodos de desempleo en la totalización de las pensiones de jubilación, el TJCE , en sentencia de 20-01-2005 asunto Salgado Alonso C-306/03, señala que no se opone a los artículos 39 y 42 del TCE una norma como la enunciada en la DA 28° de la LGSS española que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro tener en cuenta, para causar derecho a una pensión de jubilación del régimen nacional determinados periodos de seguro cubiertos en el territorio de dicho Estado por un trabajador en paro y durante los cuales las cotizaciones por la contingencia de jubilación hayan sido ingresadas por la entidad gestora del seguro de desempleo. Se admite por el Tribunal que tales periodos se computen únicamente para calcular el importe de dicha pensión pero no a efectos de totalización.

Entrando ya en los principios del RE1408/71, por lo que se refiere a la totalización, cuando la legislación de un país subordine la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, la institución competente de dicho país computará, en la medida necesaria, cualquier período de seguro cumplido en otro país, como si se hubieran cumplido bajo su propia legislación, con normas específicas cuando dichos períodos se superponen (art. 45). Por otro lado, cuando una persona acredita períodos de seguro en distintos países, cada institución competente liquida las prestaciones actuando de la siguiente manera:

1.- Calcula la pensión nacional teniendo en cuenta únicamente su legislación interna (cumplimiento de períodos de seguro o de residencia al amparo de la misma y del resto de los requisitos establecidos en dicha legislación).

2.- A continuación, calcula la pensión teórica previa totalización de los períodos de seguro o de residencia cumplidos en otros países. Después determinará el importe efectivo de la prestación -pensión prorratea-, prorrateando la cuantía teórica antes indicada entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación que aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro o de residencia cumplidos. En el reconocimiento y cálculo de esta pensión se tendrá en cuenta lo siguiente:

- Cumplimiento del requisito de alta: La Institución española considerará que el trabajador está en situación de alta, si dicho trabajador está asegurado con arreglo a la legislación de otro país o, en su defecto, recibe una prestación (pensión) de acuerdo con la legislación de los Estados citados por el mismo hecho.

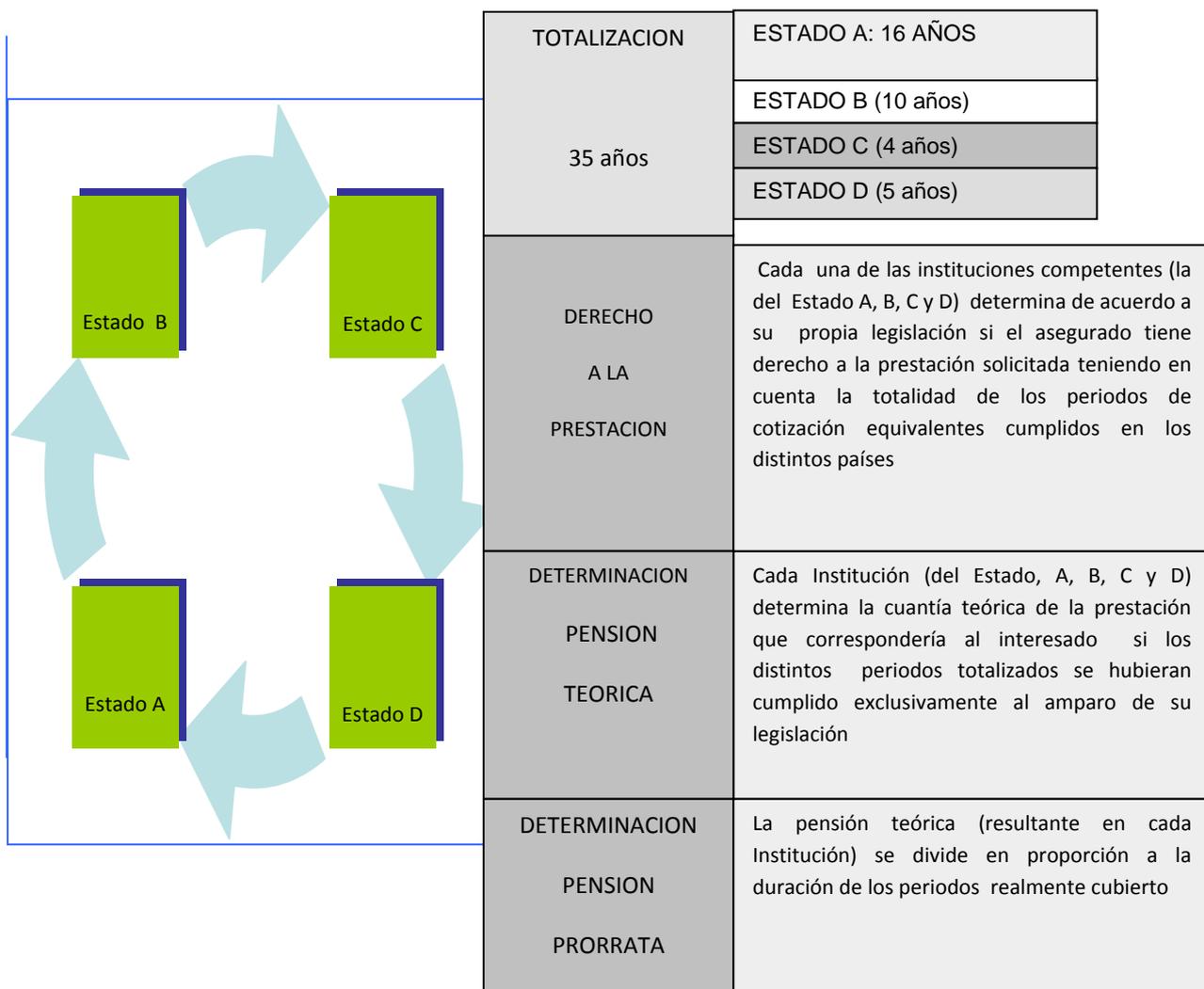
- Cumplimiento de la carencia específica: Si para el reconocimiento de una prestación se exige el cumplimiento de un período mínimo de seguro inmediatamente anterior al hecho causante de dicha prestación, este requisito se considerará también cumplido si el interesado lo acredita en el período inmediatamente anterior al reconocimiento de la prestación en virtud de la legislación de otro país.
- Determinación de la base reguladora: Si para el reconocimiento de la pensión española ha sido preciso sumar períodos de seguro y de residencia acreditados en otros países, el cálculo de la prestación teórica se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española. La cuantía así obtenida se incrementará según las revalorizaciones establecidas anualmente para las pensiones de la misma naturaleza.

3.- Compara, entonces, la cuantía de la pensión nacional y la cuantía de la pensión prorrateada y reconoce la de importe más elevado

Este resumen puede consultarse en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

#### Cuadro nº 5: Ejemplo de totalización y prorrateada

Nacional de un Estado miembro que después de trabajar en diferentes Estados de la UE, trabaja ahora en el Estado D. El Estado D determina, conforme a su legislación, si el asegurado tiene derecho a la prestación, teniendo en cuenta sólo los períodos cotizados en ese país, calculando conforme a ellos la <llamada pensión nacional o <autónoma> En dicho estado D - donde debe solicitar su pensión de jubilación – se procede a la totalización.



Especialmente significativa es la STJCE de fecha 15.01.02 (asunto Gottardo C- 55/00) que aborda la situación de una persona residente en la Comunidad, que había trabajado en Francia, Italia y Suiza. Dicha persona, que carecía de derechos suficientes para obtener una pensión en Italia, solicitó la acumulación de los periodos realizados en Suiza e Italia, aplicable a los nacionales de estos países en virtud del acuerdo bilateral italo-suizo.

El Tribunal dictaminó que cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un convenio internacional bilateral de Seguridad Social que prevé el cómputo de los periodos de seguro cubiertos en dicho tercer Estado para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado

miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación.

A este respecto, el Tribunal señaló que su interpretación del concepto de "legislación" recogido en la letra j) del artículo 1 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 no puede llevar al menoscabo de la obligación de todo Estado miembro de respetar el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 39 del Tratado CE. Dictamino, asimismo, que cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado no puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales. Tampoco admitió las objeciones que se refieren al eventual aumento de las cargas financieras ni a las dificultades administrativas ligadas a la colaboración con las autoridades competentes del tercer Estado en cuestión para justificar la inobservancia por parte del Estado firmante del convenio bilateral de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

Dada la relevancia del pronunciamiento expuesto, la Recomendación n° 22, de 18 de junio de 2003, relativa a dicha jurisprudencia Gottardo (DO L 326 de 13/12/2003), establece que:

1. Las ventajas que se derivan, en materia de pensiones, de un convenio de seguridad social entre un Estado miembro y un tercer Estado aplicable a los trabajadores nacionales (por cuenta ajena o por cuenta propia) se conceden, en principio, a los trabajadores (por cuenta propia o por cuenta ajena) nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en la misma situación objetiva, en aplicación del principio de igualdad de trato y de no discriminación entre trabajadores nacionales y ciudadanos de otros Estados miembros que hayan ejercido su derecho a la libre circulación en virtud del artículo 39 del Tratado CE.

2. Los nuevos convenios bilaterales de Seguridad Social que celebren un Estado miembro y un tercer Estado deberían incluir una referencia expresa al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los nacionales de otro Estado miembro que hayan ejercido su derecho a circular libremente en el Estado miembro parte del convenio en cuestión.

3. Los Estados miembros informan a las instituciones de los Estados con los que han celebrado convenios de Seguridad Social, cuyo ámbito de aplicación personal o material incluya únicamente a los nacionales, sobre las consecuencias de la jurisprudencia Gottardo y solicitan su colaboración para aplicar la decisión del Tribunal de Justicia. Los Estados miembros que hayan concluido convenios bilaterales con un mismo tercer Estado pueden tomar iniciativas conjuntas a fin de solicitar la colaboración. No cabe duda de que esta cooperación es una condición indispensable para respetar la jurisprudencia.

## II. Prestaciones de supervivencia e indemnización por fallecimiento

En las pensiones de viudedad, en general se aplican las mismas reglas que en las pensiones de invalidez y vejez. Así, las pensiones son pagaderas sin ningún tipo de

reducción, modificación o suspensión, independientemente del lugar de residencia del cónyuge superviviente dentro de la Unión o del EEE. Si el difunto era trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el momento de fallecer, la pensión del cónyuge superviviente se calculará de acuerdo con los mismos principios que se habrían aplicado a la propia persona asegurada. Si el difunto ya era un pensionista, la pensión del cónyuge superviviente se calculará de acuerdo a la legislación nacional pertinente. Si el pensionista percibía pensiones de dos o más países, su cónyuge pasará también a tener derecho a las prestaciones de viudedad de dichos países (que normalmente serán inferiores a la pensión de vejez del difunto). Tratándose de huérfanos de una persona que estaba asegurada según la legislación de dos o más Estados miembros, tendrá derecho, con una serie de condiciones, a una prorrata concedida según la legislación de esos Estados (COMISION EUROPEA. 2005. pág. 31).

Los subsidios de defunción se pagan por *el último país* donde estuvo asegurado el causante, aunque no fuera el lugar de residencia, sumando para el reconocimiento y la cuantía de los mismos todos los periodos de seguro cumplidos en la Unión (art. 64 RE 1408/71).

#### **3.3.4. Invalidez**

En este tipo de prestaciones existen unas considerables diferencias entre los estados miembros, en los siguientes términos: a) las pensiones de invalidez difieren en cuanto al importe y a la duración; b) prácticamente todos los Estados miembros poseen, junto al régimen de invalidez seguros distintos contra los accidentes laborales y las enfermedades profesionales (solamente los Países Bajos no disponen de este tipo de dispositivos); c) se observan diferencias considerables en cuanto al número de categorías de incapacidad laboral (niveles de invalidez); y, d) un gran número de regímenes de invalidez son sistemas ligados a la duración (comparables a la vejez) mientras que otros son sistemas ligados al riesgo (comparables a los del seguro de enfermedad y/o el seguro de desempleo) (VANPOUCKE, B. y ESSERS, G.: 2006, pág.97). Por tanto, su coordinación, como se vera, resulta especialmente compleja.

El Capítulo 2 del Título III del RE 1408/71 es el que regula la coordinación de los regímenes nacionales en materia de invalidez. En principio, las prestaciones de invalidez se fijan atendiendo exclusivamente a la legislación aplicable al interesado en el momento en que tiene lugar el hecho causante, es decir, de producirse la incapacidad laboral seguida de invalidez, corren totalmente a cargo de la institución competente en el sentido a que se refiere esta legislación. Si el interesado cumple las condiciones requeridas, podrá tener también derecho a una pensión completa con arreglo a la misma; en cambio, no podrá tener derecho a prestaciones en virtud de otra legislación a la que hubiera estado sujeto anteriormente, lo que evita la intervención de varias legislaciones en la liquidación de las prestaciones y las dificultades técnicas que de ahí se derivarían. (VAN RAEPENBUSCH, S.: 1992. pág. 558).

En cuanto a la totalización debe considerarse la existencia de dos tipos de pensiones, a saber, las de tipo "A" y las del tipo "B".

a) Pensiones tipo "A": En algunos países el importe de la pensión de invalidez es independiente de la duración de los periodos de cotización. Se regulan en la sección 1 del Capítulo 2 del RE1408/71 *"trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia sujetos exclusivamente a legislaciones con arreglo a las cuales la cuantía de la prestación de invalidez es independiente de la duración de los periodos de seguro"*. Así sucede en Bélgica, España – excepto regímenes especiales de funcionarios – Estonia, Francia – excepto régimen especial de minas – Grecia – solo régimen agrario -; Irlanda; Letonia; Países Bajo y Reino Unido(vid: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es))

b) Pensiones tipo "B": En muchos países las pensiones de invalidez se calculan de forma similar a las pensiones de vejez, es decir el importe de la pensión depende de la duración de los periodos de cotización: cuanto más tiempo haya estado asegurado antes de quedar inválido mayor será su pensión. Se regulan en la sección 2 del Capítulo 2 del RE1408/71 *"trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia sujetos exclusivamente a legislaciones según las cuales la cuantía de la prestación de invalidez depende de la duración de los periodos de seguro o de residencia"*. De este tipo son: Alemania; Austria, Bulgaria, Republica Checa, Chipre; Dinamarca; Eslovaquia; España – solo régimen especial de funcionarios -; Finlandia, Francia –solo régimen especial de minas -; Grecia – excepto régimen agrario -; Hungría; Islandia; Italia; Liechtenstein; Lituania; Luxemburgo; Malta; Noruega; Polonia; Portugal; Rumania; Suecia y Suiza (vid: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es))

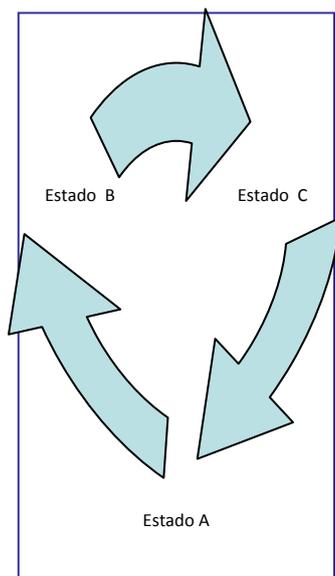
Por lo que se refiere a la liquidación de las prestaciones, deben diferenciarse dos supuestos:

\* Cuando un trabajador ha estado sujeto únicamente a legislaciones de invalidez tipo A; la liquidación de las prestaciones es a cargo de un solo país, aquel cuya legislación fuera aplicable en el momento de materialización del riesgo. Si fuera preciso; la institución competente de dicho país totalizará los periodos de seguro y/o de residencia, cumplidos con arreglo a la legislación de cualquier otro país (siempre tipo A) (vid: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es))

\* Cuando un trabajador ha estado sujeto a legislaciones de invalidez tipo A y tipo B, o sólo tipo B, la liquidación de las prestaciones se lleva a cabo del mismo modo que en materia de pensiones de vejez. Así, la institución competente del país en el que estaba asegurado el trabajador en el momento de materialización del riesgo, calcula la pensión nacional de acuerdo con su propia legislación, teniendo en cuenta, únicamente, los periodos de seguro acreditados en dicho país (Vid: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es))

#### Cuadro nº 6 : Ejemplo pensión de invalidez tipo "B"

En los tres Estados, el importe de la pensión de invalidez depende de la duración de los periodos de cotización. El ciudadano deja de trabajar en el Estado C porque allí se consideró que padecía una invalidez del 100%. Sin embargo, esto sólo le da derecho a una pequeña pensión del estado C, porque en el él ha estado asegurado solo 2 años. También obtendrá una pequeña pensión en el Estado B, en el que ha estado asegurado durante 5 años y en el que se considera que padece una invalidez del



La persona interesada estaría en una posición mucho mejor si el importe de la pensión de invalidez en el Estado C fuera independiente de la duración de los periodos de cotización pues obtendría entonces una pensión íntegra de dicho estado, de manera que no tendría importancia si se le concediera o no una invalidez según la legislación de los Estados A y B

Como puede comprobarse, la situación descrita en el ejemplo deriva del hecho de que la normativa comunitaria solo coordina los sistemas de seguridad social de los Estados que se encuentran incluidos en el ámbito subjetivo del reglamento. Por lo que se refiere al cálculo de la prestación se realiza de la misma manera que en el caso de las prestaciones de vejez, y al ejemplo allí expuesto es suficiente remitirse. De hecho el RE 574/72 regula las tres prestaciones de invalidez, vejez y muerte (pensiones) en el mismo capítulo 3º (arts. 35 a 58)

Otra cuestión que se presenta problemática es la determinación del grado de invalidez para las personas que han estado aseguradas en más de un país. Estas decisiones las toman los organismos nacionales de cada Estado en el que una persona ha estado asegurada, de acuerdo con su legislación nacional. Sólo en unos pocos casos especiales la decisión de uno de los organismos es vinculante para los organismos de todos los demás Estados implicados. El hecho de que los criterios para determinar el grado de invalidez establecida en las legislaciones nacionales sean muy diferentes puede tener potencialmente graves consecuencias, porque en la mayoría de los casos el importe de la pensión depende del grado de invalidez (COMISION EUROPEA. 2005. pág. 23)

Por lo que se refiere al RE 883/04 aunque mantiene, en esta prestación, la esencia de su predecesor en su lógica, debe señalarse que sí se produce una significativa síntesis y clarificación en el capítulo 4 que la regular

### 3.3.5. Desempleo

a).- Régimen general

El RE 1612/68 garantiza la igualdad de trato entre los trabajadores de la Unión, entre otros aspectos, en el acceso a una actividad asalariada (art.1), en el acceso a las oficinas de empleo (art.5), etc. y prohibiendo, asimismo, toda discriminación por razón de nacionalidad (art.7). En esta línea de ideas la Comisión Europea ha lanzado el proyecto EURES (European Employment Service) en beneficio de los demandantes de empleo y de los empresarios. Los objetivos de dicho proyecto son: el desarrollo de mercados de trabajo abiertos y generalmente accesibles, el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de trabajo, la transparencia y el intercambio de informaciones entre los mercados europeos de trabajo incluidas las informaciones sobre condiciones de vida y la adquisición de competencias. Por las razones expuestas es de especial relevancia una prestación que tiene su justificación en la falta de empleo, especialmente dada la delicada crisis financiera que padece la económica global en la actualidad y la repercusión que está suponiendo en la pérdida de empleos. La situación se agudiza en el caso de España que, según los indicadores de la Unión, alcanza una tasa de desempleo – a fecha de junio de 2008 – del 10,7 % frente al 6,8 % de la UE-27 ( vid. eurostat newsrelease euroindicadores: nº 109/2008)

Centrando el tema en los aspectos de la coordinación de esta prestación, debe señalarse que la misma se encuentre regulada en los arts. 67 a 71 bis del RE 1408/71, ambos inclusive así como en los arts. 80 a 84 del RE 574/72.

Por lo que se refiere a la legislación aplicable a la prestación por desempleo hay que tener en cuenta el art.13.1 RE 1408/71 que señala que " *las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento sólo estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro*" no obstante existen una serie de excepciones, como se verá mas adelante.

Por otro lado, de conformidad con el art. 67 (apartados 2 y 3) del RE 1408/71, a diferencia de otras prestaciones, no es posible reclamar prestaciones por desempleo en un país en el que no se estaba asegurado inmediatamente antes de quedar en paro, salvo en el caso de los trabajadores fronterizos a los que se les aplican normas específicas. El fundamento de esta exigencia es promover la búsqueda de empleo en el Estado miembro donde el trabajador abonó en último lugar las cotizaciones del seguro de desempleo y hacer que ese Estado soporte la carga de las mismas (STJCE de 11.11.2004 Adanez Vega C-372/2002). No obstante en la STJCE 9-11-2006 asunto Chateignier C-346/05, se acota este requisito al señalar que no es admisible - por ir contra el principio de igualdad de trato - una legislación nacional, en este caso se trataba del Derecho belga, en virtud de la cual la institución competente del estado miembro de residencia niega a un nacional de otro Estado miembro el derecho a las prestaciones por desempleo por no haber cubierto, en la fecha en que se presentó la solicitud de prestaciones, un determinado periodo de empleo en el territorio del Estado miembro de referencia, mientras que este requisito no se exige para los nacionales de este último Estado. Esta jurisprudencia tiene su reflejo en el nuevo art. 61.2 del RE 883/2003 que, aunque también supedita la adquisición del derecho a que el interesado haya cumplido en el último lugar periodos de seguro; de empleo o de actividad, añade el inciso: *si así lo requiere esa legislación*.

Cuando se trata de los trabajadores fronterizos la legislación aplicable varía en función de que sean trabajadores a tiempo completo en el Estado en el que trabajan pero en el que no residen o que lo sean a tiempo parcial. En el primer caso la legislación aplicable es la del Estado en que realizan la prestación pero en el segundo será la del Estado en el que residen, sobre este extremo se volverá mas adelante. Recuérdese que para el RE 1408/71 se entiende por trabajador fronterizo “*todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que ejerza su actividad profesional en el territorio de un Estado miembro y resida en el territorio de otro estado miembro, al que regresa en principio cada día o, al menos, una vez por semana*” se asimilan a la condición de fronterizos (art. 1 b) los trabajadores destacados cuando su estancia no exceda de 4 meses.

Por lo que se refiere a la totalización el art. 67.1 del RE 1408/71 señala que " la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de haber cubierto determinados periodos de seguro computará en la medida necesaria, *los periodos de seguro o de empleo* cubiertos como trabajadores por cuenta ajena bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de periodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición, sin embargo, de que los periodos de empleo hubieran sido considerados como periodos de seguro en el supuesto de haber sido cubiertos bajo dicha legislación. La regla es similar cuando se exigen periodos de empleo (num. 2), si bien cabe matizar que mientras que todo periodo de seguro cubierto será computable, puede que algunos periodos de empleo no lo sean, en base a la condición ya apuntada. En otras palabras, se toman en cuenta todos los periodos de seguro o empleo cubiertos en diferentes Estado al igual que si se hubiesen reunido en uno solo. Téngase en cuenta que el art. 61 del RE 883/2003 se refiere a *los periodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia*, adicionando por tanto el trabajo autónomo si la legislación competente computa dichos periodos para acceder a la prestación. Ahora bien, la totalización de los periodos de seguro o empleo no es obligatoria cuando la prestación solicitada puede obtenerse exclusivamente con las cotizaciones realizadas en el país en que se solicita aquella.

De conformidad con el art. 80 del RE 574/72 el interesado debe presentar en la institución competente un certificado donde se especifiquen los periodos de seguro o empleo cubiertos como trabajador por cuenta ajena bajo la legislación del Estado miembro a la que haya estado sometido anteriormente en último lugar, así como otros datos complementarios que resulten necesarios. Dicho certificado debe ser expedido, a solicitud del interesado, por la institución competente en materia de desempleo de aquél Estado o por otra en quien aquélla delegue. En principio, la carga de la prueba corresponde al interesado, pero, si él omite su deber, dicha carga recae sobre la propia institución del Estado competente para el abono de la prestación. (MELLA MENDEZ, L.: pág.52). En este sentido véase la Decisión nº 199 de 13 de octubre de 2004 de la CA (DO L 71 18-03-2005) que recoge los modelos de formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y (CEE) nº 574/72 del Consejo (serie E 300, esto es, el E 301 que certifica los periodos computables para la concesión de las prestaciones por desempleo, el E 302 que se refiere a la certificación relativa a los miembros de la familia del trabajador desempleado que han de ser tenidos en cuenta para al calculo de las prestaciones y el E 303 que recoge la certificación relativa al mantenimiento del derecho a las prestaciones por desempleo.

En cuanto al cálculo de la prestación, según el art. 68.1 del RE 1408/71 " *la institución competente de un estado miembro cuya legislación prevea que las prestaciones han de ser calculadas en función del importe del salario anterior, computará exclusivamente el salario percibido por el interesado en el último empleo que haya ocupado en el territorio de dicho Estado siempre que dicho empleo haya sido desarrollado, como mínimo durante cuatro semanas. En caso contrario, las prestaciones serán calculadas en "función del salario usual que corresponda, allí donde el desempleado resida o se halle, a un empleo equivalente o análogo al que se haya ocupado en último lugar en el territorio de otro Estado miembro.* Asimismo, el art 81 del RE 574/72 indica que el interesado que no haya ejercido su último empleo durante cuatro semanas como mínimo en el territorio del Estado miembro donde radique la institución afectada, deberá presentar certificado que acredite la índole del último empleo ejercido durante cuatro semanas en el territorio de cualquier Estado miembro.

Por tanto, el legislador comunitario atiende a dos empleos distintos para determinar el salario que haya de tomarse como referencia para el cálculo de las prestaciones. En primer lugar, se tiene en cuenta el último empleo ocupado en el Estado competente siempre que este se haya desarrollado durante un mínimo de cuatro semanas. En segundo lugar, de no cumplirse ese mínimo temporal, se remite al último empleo que se haya ocupado en el territorio de otro estado miembro. Ahora bien, mientras que en el primer caso el salario al que se atiende es el del empleo ocupado, en el segundo no; pues, se estará al salario usual que corresponda a ese tipo de empleo en el Estado donde el desempleado se halle o resida en el momento de la solicitud de la prestación por desempleo. La redacción del art. 62.1 del RE 883/2003 simplifica el asunto al señalar el *suelo o los ingresos profesionales, percibidos por el interesado con motivo de su última actividad como trabajador por cuenta propia o ajena con arreglo a dicha legislación.* Como puede observarse el criterio del " *territorio en el que se haya llevado a cabo la última actividad*" se sustituye por el de " *la legislación bajo la cual dicha actividad fue regulada*", lo que contribuye a evitar los problemas que podrían surgir con la versión anterior. Piénsese en un trabajador desplazado por su empresa a otro Estado miembro, en este supuesto siempre que la duración del desplazamiento no supere los doce meses, aquél queda sometido a la legislación del estado de origen (MELLA MENDEZ, L.: pág.54).

También, por lo que se refiere al cálculo de la cuantía, deben tenerse en cuenta a los miembros de la familia. Si algunos miembros de la familia residen en otro Estado miembro y el importe de la prestación aumenta de acuerdo con el número de familiares, se tendrán en cuenta como si estuvieran residiendo en el país que paga su prestación (art. 68.2 RE 1408/71). Por tanto, lo que se considera no es el concepto de convivencia sino el de estar a cargo (Vid. STJCE de 16.10.2001 Stallone C-212/00). Como especifica el art. 82 del RE 574/72 el interesado debe presentar ante la institución competente un certificado relativo a los familiares que residan en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que radique aquella institución. Dicho certificado debe ser negativo en el sentido de que debe acreditar que ninguno de esos familiares ha sido tenido en cuenta para calcular las prestaciones por desempleo debidas a una persona distinta del interesado con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro. Lo que se quiere evitar es que una misma circunstancia – la existencia de familiares – sea tenida en cuenta respecto de dos prestaciones distintas. En el supuesto de que a la institución competente le sea imposible certificar que los miembros de la

familia han sido tenidos en cuenta para el cálculo de que se trata, será el propio interesado el que podrá suplir dicha imposibilidad a través de una simple declaración personal en tal sentido, lo que no deja de ser sorprendente (MELLA MENDEZ, L.: pág.55). Véase la Decisión nº 83 de la CA de 22-02-1973, relativa a la interpretación del apartado 2 del art.68 del RE 1408/71 y del art. 82 del RE 574/72, referente a los complementos de prestaciones de desempleo con cargas familiares (DO C 075 de 19.09.1973)

b).- La movilidad de los desempleados

El art. 69 del RE 1408/71 establece la posibilidad de que los desempleados se desplacen – en las condiciones que en el mismo se prevén – a uno o varios Estados miembros con el fin de buscar allí un empleo si bien conservando su derecho a las prestaciones de desempleo. La finalidad de dicha norma es favorecer la movilidad de los demandantes de empleo y contribuir a garantizar la libre circulación de los trabajadores conforme al artículo 42 del TCE (sentencias de 10-05-1990 Di Conti C-163/89 y de 21-02-2002 Rydergard C-215/00).

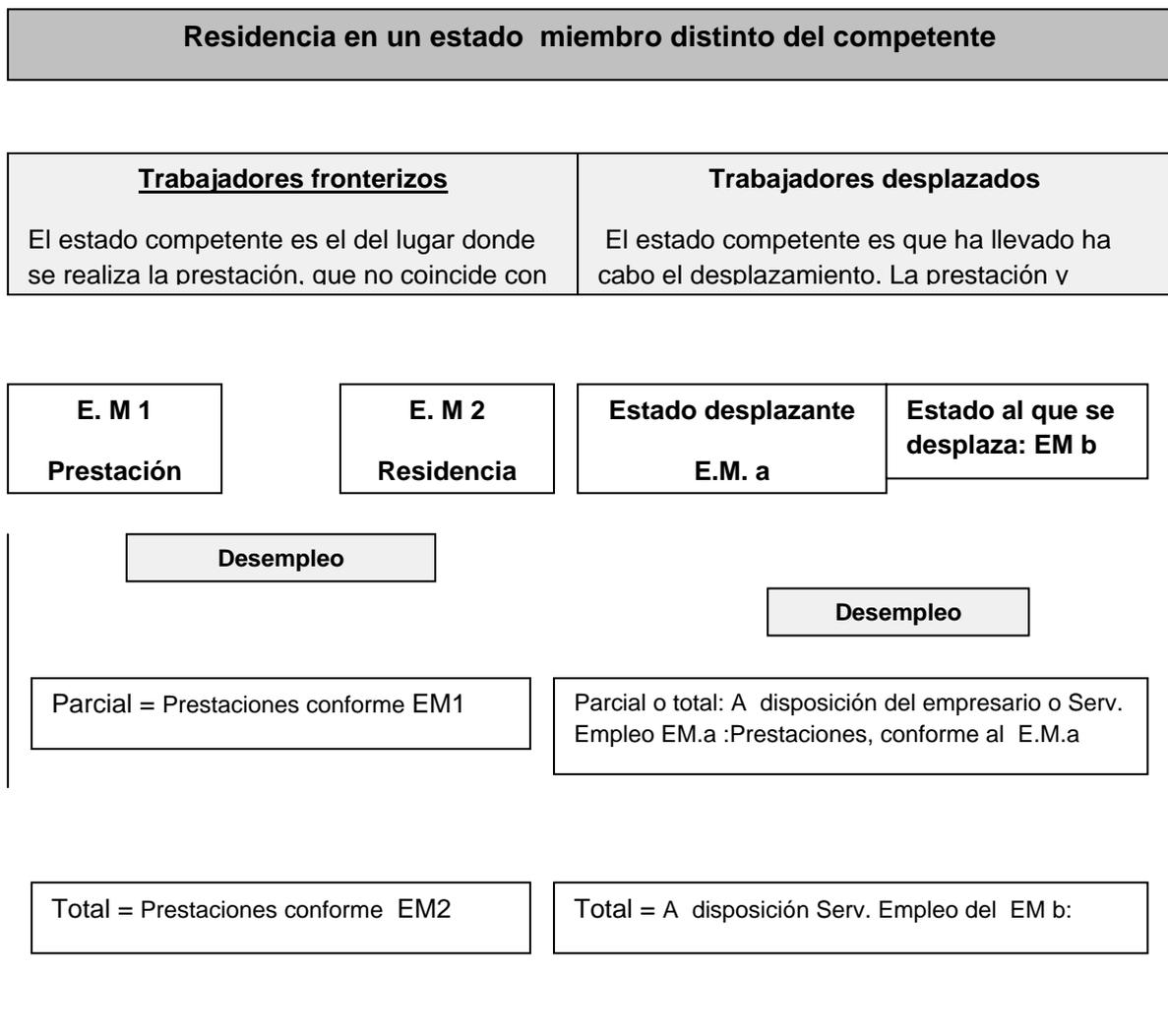
Estas condiciones se refieren, grosso modo: a) antes de desplazarse el trabajador tiene que haber estado inscrito como solicitante de empleo y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado competente durante como mínimo cuatro semanas; b) el desempleado deberá inscribirse como solicitante de empleo en los servicios correspondientes de los Estados miembros a los que se desplace dentro de los siete días siguientes a la fecha en que ha abandonado el Estado competente; y, c) el desempleado conservará el derecho a las prestaciones durante un periodo de tres meses, como máximo, contados a partir de la fecha en que haya dejada de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado de procedencia. Para ello, deberá solicitarse un certificado relativo a su situación de desempleo que deberá presentar en el lugar al que se desplaza (art. 83.1 del RE 574/72). Puede decirse, por tanto, que la exportación de la prestación esta sujeta a unos límites tanto temporales como sustantivos.

Ahora bien no debe olvidarse que aun cuando las "*prestaciones serán abonadas por la institución de cada uno de los Estados a los que se traslade el desempleado en busca de empleos*" la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el trabajador mientras ocupaba su último empleo, será la que vendrá obligada a rembolsar el importe de esas prestaciones (art. 70.1 RE 1408/71 y art.97 del RE 574/72). *Dicho reembolso confirma, que aunque paguen varias, solo hay una institución competente – que es la que verdaderamente tiene que responder – la del Estado a cuya legislación el trabajador estuvo sometido en su último trabajo* (MELLA MENDEZ, L.: pág.64). Véase en este sentido la Decisión nº 100, de 23 de enero de 1975, relativa al reembolso de prestaciones en metálico otorgadas por las instituciones del lugar de residencia o de estancia por cuenta de la institución competente y las modalidades de reembolso de estas prestaciones (DO C 150 de 05.07.1975. Con todo, el art. 64.1.d) del RE 883/2003 suprime las funciones de abono – que no de control, que mantiene – de la institución del lugar al que se ha trasladado el desempleado en tanto que señala que "*las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente*"

c).- El supuesto especial de los fronterizos y de los desplazados

Los desempleados que residieran, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del Estado competente, cuentan con un régimen especial recogido en el art. 71 que, a su vez, diferencia una serie de supuestos: por un lado, el caso de los trabajadores fronterizos en paro parcial (art. 71.1.a) i) o paro total (art. 71.1.a) ii); y, por otro, el de los trabajadores no fronterizos en paro parcial o total (art. 71.1.b i) y ii). Gráficamente se puede reflejar de la siguiente forma:

Cuadro nº.7: Trabajadores fronterizos vs. trabajadores desplazados



c.1.- Trabajadores fronterizos

Si el trabajador fronterizo se halla en paro parcial o accidental en la empresa en la que presta servicios, va a quedar sujeto a la legislación del Estado competente como si residiese en su propio territorio. En consecuencia de tener derecho a la prestación ésta

sería abonada por dicho Estado y no por el de residencia. Téngase en cuenta que en este caso, el trabajador sigue prestando servicios, si bien a tiempo parcial, por lo que la vinculación laboral con el Estado competente se mantiene vigente (MELLA MENDEZ, L.: pág.66). Véase al respecto la Decisión nº 205 de 17 de octubre de 2005 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (DO L 130 18-05-2006) relativa al alcance del concepto de <desempleo parcial> respecto de los trabajadores fronterizos.

Si por el contrario, se halla en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida. De la citada disposición se desprende asimismo que la institución competente para abonar las prestaciones de desempleo es la del citado Estado de residencia (STJCE 28-02-1980; Fellingner C 67/79). El TJCE ha indicado que esta disposición llevada a cabo, como excepción a la norma general de conexión a la legislación del Estado de empleo, supone una vinculación específica al régimen de seguridad social del Estado miembro de residencia por lo que atañe a las prestaciones de desempleo, y ello por razones prácticas y de eficacia que ponen de manifiesto que una conexión de esta índole resulta más adecuada y más conforme con el interés de los trabajadores fronterizos (STJCE de 24-06-1988 Rebmann, C58/87, de 08-07-1992 Knoch C-102/91).

Esta disposición prescribe claramente la aplicación exclusiva de la legislación del estado de residencia y excluye la legislación del estado de empleo (STJCE de 01-10-1992 Grisvard y Kreitz C 201/91) y, por lo tanto, el trabajador fronterizo únicamente puede solicitar las prestaciones de desempleo del Estado de residencia (STJCE de 12-06-1986 Miethe 1/85). Lo cual puede llevar a la inadmisión de la posibilidad del desplazamiento de estos trabajadores a otro Estado que no sea el de su residencia pues si ciertamente el punto de conexión no es el lugar de prestación de servicios sino el de residencia al entender *que el trabajador en situación de desempleo total volverá, o mejor dicho, permanecerá en su país de residencia* (STJCE de 24-06-1988 Rebmann, C 58/87) no parece que tenga mucha lógica que la competencia sea de la institución del Estado donde se residía al tiempo de ser trabajador en vez de la del lugar donde realmente se reside cuando se es desempleado. No lo entiende así el TJCE (sentencia 06-11-2003, Comisión/Pays-Bas C-311/01) al manifestar que *la especialidad en el tratamiento de los trabajadores fronterizos recogida en el art. 71 no excluye la aplicación del art.69 del RE 1408/71, esto es, el desplazamiento a uno o varios Estados miembros con el fin de buscar allí un empleo, conservando el derecho a las prestaciones. Pues, ni el texto ni el espíritu del art. 69 indican que el legislador comunitario hubiera pretendido excluir a los trabajadores fronterizos del ámbito de aplicación de esta disposición. Es más, de no reconocerles este derecho no solo se desanimaría a estos trabajadores fronterizos, sino que incluso se les impediría desplazarse a otro Estado miembro para buscar en él un empleo, al no poder continuar disponiendo de las prestaciones de desempleo sino que además se les penalizaría por haber ejercido el derecho a la libre circulación que les garantiza el Tratado, ya que ha diferencia de los trabajadores que hayan ejercido su empleo en el Estado miembro en el cual residen, no podrían alegar los derechos establecidos por el artículo 69 antes citado.*

Recuérdese que, en los casos a que se refiere el art. 69, las prestaciones son abonadas por la institución de cada uno de los Estados miembros a los que se traslade el desempleado en busca de empleo pero la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el trabajador mientras ocupaba su último empleo

estará obligada a rembolsar posteriormente el importe de estas prestaciones. Tratándose del supuesto del art. 71.1.a) inciso ii) del RE 1408/71, esto es, los trabajadores fronterizos en los que se establece la ficción de - en caso de que se encuentren en paro total - considerarles sometidos a la legislación del Estado miembro en el que residían mientras ocupaban su último empleo en orden a la aplicación de dicha legislación, es la institución competente del estado miembro en el cual reside a quien compete proceder el reembolso de las prestaciones abonadas por la institución competente del Estado miembro en el cual tenga lugar la búsqueda de empleo. Y aunque ciertamente esto supone que el trabajador fronterizo va a recibir prestaciones por desempleo de un Estado miembro al cual no ha abonado cotizaciones durante su último empleo señala la STJCE de 06-11-2003(Comisión/Pays-Bas C-311/01) que *esta es una consecuencia querida por el legislador comunitario, el cual ha pretendido reforzar las oportunidades de reinserción profesional de los trabajadores* (véase en este sentido al STJCE de 29.06.1995, Van Gestel, C-454/93).

Precisamente este criterio es el que se recoge en el art. 65.2 del RE 883/2004 que permite a los trabajadores en situación de desempleo total, sean fronterizo o no, que hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado competente, ponerse a disposición de los servicios de empleo tanto del Estado miembro de residencia como de aquél en que hayan realizado su última actividad laboral.

#### c.2.- Trabajadores no fronterizos

En cuanto a los trabajadores no fronterizos -se trata de trabajadores desplazados, esto es, que habitualmente ejerce sus actividades profesionales en el territorio de un Estado miembro y son destinados por su empresa a otro Estado miembro – el art. 71,b) distingue dos situaciones, a saber: a) la de quienes hallándose en situación de paro total o parcial continúan a disposición de su empresario o de los servicios de empleo en el territorio del Estado competente, disfrutando de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho Estado como si residiesen en el territorio del mismo; y, b) la de quienes hallándose en una situación de paro total y poniéndose a disposición de los servicios de empleo en el territorio del Estado miembro donde reside, o que regresa a dicho territorio, disfrutarán de las prestaciones con cargo a lo dispuesto en la legislación de ese Estado, como si hubiera ocupado allí su último empleo; prestaciones que serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia. No obstante, si este trabajador por cuenta ajena hubiera comenzado a disfrutar de las prestaciones con cargo a la institución competente del Estado miembro a cuya legislación ha estado sometido en último lugar, disfrutará de las prestaciones con arreglo al art. 69. El disfrute de las prestaciones correspondientes a la legislación del Estado en cuyo territorio resida, quedará en suspenso mientras no se haya agotado el periodo durante el cual el desempleado pueda pretender, según lo dispuesto en el art. 69, a las prestaciones correspondientes de la legislación a que haya estado sometido en último lugar.

Véase al respecto la Decisión nº 160, de 28 de noviembre de 1995, relativa al alcance del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento (CEE) nº 14508/71 del Consejo, relativo al derecho a las prestaciones de desempleo de los trabajadores que no sean trabajadores fronterizos que, en el momento de su último empleo, residieran en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente (DO L 49 de 28.02.1996)

### 3.3.6. Prestaciones Familiares

El art. 1 del RE 1408/71 señala que la expresión <prestaciones familiares> designa todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a compensar las cargas familiares en el marco de una legislación prevista en la letra h) del apartado 1 del artículo 4, con exclusión de los subsidios especiales por natalidad o adopción mencionados en el Anexo II. Recuérdese que el art. 4, es el que establece al ámbito material del RE 1408/71 incluyendo en el mencionado apartado h) las prestaciones familiares. El RE 1408/71 establece una distinción entre prestaciones y subsidios, distinción que va a marcar una serie de diferencias sustantivas y procedimentales y que supone que deban adoptarse instrumentos normativos en los supuestos en los que se producen zonas de fricción entre ambas (Vid la Decisión nº 207 de la CA de 7.04.2006, relativa a la interpretación del art. 76 y del art. 79, apartado 3 del RE 1408/71 y del art.10 del RE 574/72 en relación con la acumulación de prestaciones y subsidios familiares (DO L 175/73 de 29.06.2006).

a) Prestaciones (arts. 72 a 76 del RE 1408/71 y 85 a 88 del RE 574/72):

Los titulares de estas prestaciones son los trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia y los trabajadores por cuenta ajena en situación de desempleo con las siguientes particularidades:

a.1) Desempleados: De conformidad con el art. 72 bis del RE1408/71, el trabajador por cuenta ajena en desempleo total – con las particulares señaladas en el propio artículo - se beneficiará, para los miembros de su familia que residan en el territorio del mismo Estado miembro que él, de prestaciones familiares, de conformidad con las disposiciones de la legislación de dicho Estado como si hubiera estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo. Dichas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia a cargo de la misma. Si los miembros de la familia del trabajador desempleado residieran en un Estado miembro distinto del Estado competente, tendrán derecho a las prestaciones familiares previstas en la legislación del dicho Estado competente, como si residieran en el mismo (sin perjuicio de las disposiciones del Anexo VI)

a.2) Trabajadores: Según establece el art 73 del RE1408/71, los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia sometidos a la legislación de un Estado miembro tendrán derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el en territorio de este (sin perjuicio de las disposiciones del Anexo VI). (Véase la Decisión nº 145 de 27.06.2990, relativa al pago de los atrasos de prestaciones familiares debidas a los trabajadores por cuenta propia en aplicación de los artículos 73 y 74 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 / DO L 235 de 23/08/1991)

Respecto a la totalización, deben sumarse los periodos de seguro cumplimentados en los diversos países donde trabajó o residió el beneficiario, pero el pago corresponderá íntegramente al país de residencia (art. 72 RE 1408/71). Lo cual no impide que si el país donde residen los familiares reconoce prestaciones superiores debe

pagar un complemento por la diferencia, según dispone el art. 76 RE 1408/71, (véase la STJCE de 14.03.1989 asunto Balde C-1/88). Por lo que se refiere a la exportación, las prestaciones familiares, junto con las prestaciones por desempleo, son las que más resistencia han encontrado en la articulación del RE 1408/71 para que sea aceptada la exportación (GONZALO GONZALEZ, B. 1995. pág.68 y 77).

b) Subsidios (art. 77 a 79 del RE 1408/71 y arts. 91 a 92 del RE 574/72):

Aunque el capítulo 8 que los regula lleva por título “prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o rentas y por huérfanos”, lo cierto es que tanto el art. 77 como el 78 del RE 1408/71 aclaran que el término “prestaciones” designa subsidios. Comprende los siguientes:

b.1) Hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas (art.77 del RE 1408/71): se trata de los subsidios familiares previstos para los titulares de pensiones o de rentas de vejez, de invalidez, de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, así como los incrementos de esas pensiones o rentas, establecidos a favor de los hijos de dichos titulares, con excepción de los suplementos concedidos en virtud del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La prestación se concederá según las siguientes normas:

\*En el supuesto del titular de una renta o pensión debida en virtud de la legislación de un solo Estado, según la legislación del Estado miembro competente en relación con la pensión o renta;

\* Si se trata del titular de pensiones o renta debida en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros, se establecen, a su vez, unas reglas específicas en las que se tiene en cuenta la residencia unida a otros factores.

b.2) Huérfanos (art.78 del RE 1408/71): Las prestaciones a favor de huérfanos serán concedidas cualquiera que sea el Estado miembro en cuyo territorio resida el huérfano o la persona física o jurídica que lo tenga efectivamente a su cargo. Cuando se trate de un huérfano de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia fallecido que haya estado sujeto a la legislación de un solo Estado miembro la prestación se regirá por la legislación de dicho Estado. En caso de que hubiere estado sujeto a diversas legislaciones existen una serie de reglas para determinar la legislación aplicable (art. 78.2 b) del RE 1408/71)

El capítulo se cierra con el art.79 que establece una serie de normas comunes a las prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o rentas y a las prestaciones por huérfanos; No obstante, los supuestos contemplados en el art. 77 y 78 del RE 1408/71, esto es, los subsidios familiares exigen para su correcta interpretación un análisis de la Decisión nº 150 de 26.06.1992 relativa a la aplicación de los artículos 77 y 78 y apartado 3 del artículo 79 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 y del inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 10 del RE 574/72 (DO C 229 25.08.1993)

Por lo que se refiere al RE 883/ 2004 se produce una considerable simplificación normativa, pues el art. 67 se refiere a que *cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro*

*Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente.* El art. 68, por su parte, establece una serie de normas sobre la prioridad en caso de acumulación de prestaciones y el art.69 finaliza con una serie de disposiciones adicionales.

### 3.3.7. Prestaciones no contributivas

Con respecto al tratamiento de las prestaciones no contributivas, su regulación en el RE 1408/71 ha sido relativamente reciente pues se incorporaron a través del Reglamento 1247/1992, del Consejo de 30 de abril, por el que modifica el RE 1408/71, añadiéndose un nuevo artículo 10 bis, apartado 2, en donde se establece que tratándose de las prestaciones no contributivas, cuando se supedita el derecho a las mismas <al cumplimiento de periodos (..) de residencia (...) se tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los periodos (..) de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de periodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro>. Por tanto, se cumple el principio de totalización de los periodos de residencia acreditados en cualquiera de los Estados miembros, para reunir el eventual requisito de carencia residencial exigida en las pensiones no contributivas de los diversos Estados. (FERNANDEZ ORRICO, F.J: 2006, pág.43). No se regulan en el RE 574/72 y respecto del RE 883/2004, se establece todo su régimen jurídico en el art. 70 recogiendo así toda la normativa dispersa de su antecesor RE 1408/71.

Pero, como sucede con otras prestaciones - recuérdese que en la prestación de desempleo la exportabilidad tiene una limitación de tres meses - no se articulan todos los principios ya explicados. Por un lado, aunque se produce la totalización no se lleva a cabo el prorrateo; por otro lado, el reglamento no establece su exportabilidad; y, finalmente, se limitan a aquellas que se conceptualizan como tales en las legislaciones internas.

Cuadro nº 8.- Esquema normativo de la prestación

DETERMINACION DE LA PRESTACION	Conforme a la legislación del estado miembro de residencia	Art. 10.1 BIS RE 1408/71	Art.  70  del  RE

TOTALIZACION	Se tendrán en cuenta los periodos cumplidos en otros E. miembros	Art. 10.2 BIS
PRO RATA TEMPORIS	Las prestaciones son abonadas por la Institución del lugar de residencia y a su cargo	Art. 10.1 BIS RE 1408/71
EXPORTACION	No se aplica el art. 10, esto es, la exportación de las prestaciones	Art. 10.1 BIS

En cuanto al contenido de la prestación, el art. 10.1 bis señala que las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo son las mencionadas en el apartado 2 bis del art.4 (campo de aplicación material) y, a su vez, se remite al anexo II bis. Por tanto se exigen dos requisitos, a saber: que sea una prestación no contributiva y que se encuentre en el mencionado anexo. Tratándose de España se recogen en la letra D del anexo, las siguientes: a) prestaciones económicas de la Ley de Integración Social de los Minusválidos ( Ley 13/1982, de 7 de abril); b) las prestaciones en metálico de asistencia a personas de edad avanzada e inválidos incapacitados para el trabajo (Real Decreto nº 2660/1981, de 24 de Julio); c) las pensiones de invalidez y jubilación así como las prestaciones familiares por hijo a cargo, en su modalidad no contributiva, incluidas en las letras c) y d) del art. 38 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Parece obvio que aunque ciertamente el RE 1408/71 en su art. 4.4 señala que *este Reglamento no se aplicara ni a la asistencia social y medica* pueden existir zonas grises en las que sea difícil delimitar si se está ante una prestación del art. 4.2 bis, esto es, de carácter no contributivo, o en el caso de del art. 4.4, de asistencia social. Este complejo deslinde ha sido objeto de reiterada jurisprudencia del TJCE que, a grandes rasgos, señala que “ *si bien puede desearse que, desde el punto de vista de la aplicación de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social, se establezca una clara diferencia entre los regimenes legislativos que pertenecen, respectivamente, a la seguridad social y a la asistencia social, no se puede excluir la posibilidad de que una legislación nacional vincule simultáneamente a uno y otra de ambas categorías, en razón de su ámbito de aplicación personal, de sus objetivos y de sus modalidades de aplicación*” ( Sentencias del TJCE de 22.06.1972 Frilli, C 1/72; de 09.10.1974, BIASON C 24/73; de 28.05.1974 Callemeny C-183/73, y de 20.06.1991 Newton 356/89). (FERNANDEZ ORRICO, F.J.: 2006, pág. 45). En algunos casos el TJCE se ha decantado por la consideración de una prestación como no contributiva en función de la relación entre lo que se contribuye y lo que se percibe. En este sentido, la sentencia de 16.01.07 Pérez Naranjo C-265/05, al abordar un subsidio complementario, mencionado en el anexo II bis, bajo el título «Francia», señala que “*el examen del modo de financiación del subsidio complementario sobre la base de los elementos de los autos presentados ante el Tribunal de Justicia muestra que no existe una relación suficientemente identificable entre la contribución social generalizada y la prestación*

*de que se trata, lo que lleva a la conclusión de que el subsidio complementario tiene carácter no contributivo”*

Dadas las particularidades de esta modalidad de prestación, la Comisión Administrativa de la Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Migrantes ha señalado que cuando la concesión de las prestaciones especiales de que se trata dependa de determinados requisitos relativos a los ingresos, la institución competente podrá, en las condiciones y los límites previstos en la legislación que aplique, recabar de la institución de cualquier otro Estado miembro que pueda verse afectada, información sobre el importe de los ingresos percibidos por el interesado, su cónyuge o los miembros de su familia en ese otro Estado miembro, ajustándose al modelo de formulario E-601 que figura en el Anexo a la presente Decisión. La institución a la que se le haya solicitado la información cumplimentará en el formulario mencionando todos los datos a los que tenga acceso en el marco de su legislación nacional (Decisión nº 151 de 22.04.1993 relativa a la aplicación del art. 10 bis. DO L 244 de 19/09/1994)

En cuanto a la totalización, se recoge en el art. 10.2 bis, que señala que “ la institución de un Estado miembro cuya legislación supedita el derecho a las prestaciones (...) al cumplimiento de periodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia tendrá en cuenta en la medida necesaria, los periodos de empleo de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de periodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro”. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la Comisión Administrativa de la Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Migrantes ha señalado que “ *podrán oponerse al beneficiario las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación especial de carácter no contributivo a que se refiere el apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 con otras prestaciones especiales u otros ingresos de cualquier otra naturaleza, aun cuando se trate de prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro*” (Decisión nº 152 de 13.05.1993 relativa a la aplicación del artículo 10 bis del Reglamento. DO L 244 de 19/09/1994). Realizada la totalización, se excluye la *pro rata temporis* desde el momento en que el art. 10.1 bis *in fine* señala que “*las prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia y a su cargo*”.

Respecto a la exportación, recuérdese que el art. 10 del RE 1408/71 señala que *a menos que el presente Reglamento disponga otra cosa, las prestaciones en metálico de invalidez, de vejez o de supervivencia, las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional y los subsidios de defunción adquiridos en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros, no podrá ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora*. Pues bien, tratándose de las prestaciones especiales de carácter no contributivos el art. 10 bis se vale de esta posibilidad de excepcionar al establecer que lo dispuesto en el art. 10 no es aplicable a esta modalidad de prestaciones. De modo que, conforme al RE 1408/71 las personas se beneficiarán de estas prestaciones exclusivamente en el territorio del Estado miembro en el que residan

y con arreglo a la legislación de dicho Estado y siempre que las mismas se mencionen en el anexo II bis.

Finalmente, por lo que se refiere al RE 883/04, se regulan en el art.70 que comienza señalando que “ *el presente artículo se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación que, por su alcance personal, objetivos y condiciones para su concesión presentan características tanto de legislación de seguridad social a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 como de asistencia social*” para, en su apartado 2º, establecer qué se entiende por esta modalidad de prestaciones.

---

Después de esta breve aproximación a un tema tan amplio y complejo como es la protección social en la Unión europea, podrían extraerse algunas conclusiones. Ciertamente las nuevas tecnologías de las comunicaciones y de la información han configurado un espacio más diáfano, posibilitando no sólo la movilidad física de las personas sino también que sea más factible el mantenimiento de los lazos con los lugares de origen. A esta nueva realidad, han de añadirse los cambios sociales tan significativos que se han ido produciendo de forma paulatina en la sociedad europea a lo largo de estos últimos años, desde una mayor longevidad de sus habitantes, los nuevos modelos familiares, la igualdad entre sexos, la riqueza que genera la multiculturalidad que supone la inmigración, etc.; aspectos todos ellos que han influido y deben contribuir a configurar los sistemas de protección social.

Con todo, como se ha puesto de manifiesto, la armonización de los sistemas de seguridad es lenta y la coordinación cada vez mas compleja, dada la amplitud territorial de la Unión y el incremento del ámbito subjetivo que - como no podía ser de otra manera - incluye tanto a los ciudadanos *de* la Unión como a los ciudadanos *en* la Unión, sin olvidar el reconocimiento de nuevas prestaciones en su ámbito material. A todo ello debe unirse la dificultad del hecho de tener que, por el momento, convivir con dos regulaciones: una vieja pero no muerta (RE 1408/71) y otra nueva pero aún sin vida (RE 883/04).

### **III. PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA “REGULARES VERSUS IRREGULARES”.**

La razón de ser de los Estados empieza por la afirmación de su soberanía sobre un determinado territorio cuyas fronteras se defienden celosamente. A partir de esta afirmación, la migración se convierte en un fenómeno sometido a la autoridad de los Estados en un doble sentido: los Estados se arrogan el poder de autorizar la salida de sus ciudadanos fuera de sus fronteras y el de autorizar la entrada en su territorio de ciudadanos de otros países.

En el momento actual son relativamente pocos los Estados que impiden o restringen severamente el derecho de sus ciudadanos a abandonar su territorio. Pero, en cambio, todos los Estados sin excepción se reservan el poder de autorizar a los ciudadanos de otro país a entrar, residir y trabajar en el propio. Se puede, así, afirmar que el “derecho a emigrar” está generalmente reconocido sin traba alguna pero, en cambio, el “derecho a inmigrar” se encuentra fuertemente condicionado.

#### **1. EL DERECHO A INMIGRAR: REFLEXIÓN GENERAL.**

El derecho a inmigrar consiste en la facultad de cualquier ser humano para fijar su residencia en el país de su elección y para desarrollar en él una actividad profesional que le permita su propia subsistencia y la de los familiares que de él dependan. En la mayor parte de los casos, además, esa actividad profesional que se pretende ejercer es un trabajo por cuenta ajena. En la sociedad contemporánea, el fenómeno migratorio –al cual hace referencia el derecho que estamos considerando- tiene su base en las enormes diferencias de desarrollo económico y social que existen entre diversas zonas del mundo, lo que impulsa a las personas que viven en los países menos desarrollados a intentar establecerse en los países más desarrollados para tener una existencia mejor. Y, paralelamente, el control que se ejerce sobre dicho fenómeno por los países desarrollados tiene su razón última en la protección de ese nivel de bienestar y en el propósito de mantener bajo control el propio mercado de trabajo. Así, el fenómeno migratorio en sentido estricto se refiere a lo que a veces se denomina “migración económica” para distinguirla de la “migración política”, que obedece a razones diferentes -guerras, dictaduras, etc.- y que da lugar a otros tipos de derecho: asilo, refugio, etc., aunque ambos fenómenos se traten con frecuencia conjuntamente en las denominadas leyes de extranjería y tengan similar repercusión en los derechos laborales y de Seguridad Social.

Así pues, se puede decir que el derecho a inmigrar existe, aunque se encuentra aún en un momento de su evolución bastante prematuro. Existe porque hay millones de personas que lo conciben y que lo ejercitan contra viento y marea y porque, como veremos, hay normas que lo reconocen aunque sometiendo su ejercicio a fuertes condicionamientos. Estos condicionamientos obedecen a que el derecho a inmigrar entra en contradicción con el derecho de los Estados a determinar quien puede o no

cruzar sus fronteras y el interés de los mismos Estados a controlar, como hemos dicho, sus respectivos mercados de trabajo. El punto de equilibrio entre esos dos polos es evidente que se sitúa hoy en día más cerca del poder de los diversos Estados que del derecho de cada persona humana a ser reconocida como “ciudadano del mundo”. Pero no es menos evidente que en un mundo marcado por el fenómeno de la globalización en todas las esferas imaginables ese punto de equilibrio irá desplazándose hacia el polo opuesto. Lo está haciendo ya: de hecho, las normas estatales (en general, y las españolas en particular) ni afirman ni niegan el derecho a inmigrar: pasan directamente a regularlo sometiendo su ejercicio a la autorización del Estado, lo que implica precisamente su reconocimiento. Lo cual, como es bien sabido, es común a todo derecho: su reconocimiento normativo implica siempre, necesariamente, su limitación, puesto que ningún derecho es ilimitado en su ejercicio.

En cambio, las normas internacionales reconocen expresamente, con mayor o menor amplitud y con mayor o menor eficacia jurídica, el derecho a inmigrar, configurándolo como un derecho más, si se quiere universal, ejercitable por toda persona. Pero, al mismo tiempo, no puede olvidarse que los derechos reconocidos internacionalmente se aplican de acuerdo con las normas nacionales, que son precisamente las que los regulan, delimitando su contenido y alcance. Se trata, por tanto, como sucede con la mayoría de los derechos de amplio alcance, de un derecho configurado en los tres planos normativos: internacional, constitucional y legal, del que a su vez depende el ejercicio de otros derechos, como son, particularmente, el derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social.

### **1.1. La configuración internacional del derecho a inmigrar.**

El reconocimiento de este derecho se encuentra en los grandes textos jurídicos internacionales, pues, como se acaba de mencionar, no se trata de un derecho que se agote en el propio ejercicio de su contenido, si no que es principio y fin del ejercicio de otros derechos, laborales y de Seguridad Social específicamente, ya que estos derechos se aplican teniendo como presupuesto el derecho a inmigrar. En primer lugar, el derecho a inmigrar se recoge en un texto de gran significación jurídico-política como es la DUDH, cuyo artículo 13 dice: *“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”*. Sin embargo, la vinculabilidad jurídica de la Declaración es prácticamente nula, ya que sus artículos expresan más bien un programa ideal para la convivencia de los pueblos y de los individuos que un conjunto normativo de obligado cumplimiento por los poderes del mundo –los Estados, en concreto- que, en definitiva conservan la posibilidad de alterar algunos de los postulados de la Declaración.

En segundo lugar, con mayor grado de eficacia jurídica y, por tanto, con un contenido más restrictivo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 12.1 establece que *“toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”*. De este modo, la libertad de circulación y de residencia queda restringida a las personas que cumplan un requisito previo, que no es otro que estar legalmente en el Estado en cuestión, lo que significa ni más ni menos que debe

cumplir con la legalidad de ese Estado que, en definitiva, dispondrá las condiciones de entrada y permanencia en su territorio.

En tercer lugar, hay que citar los Convenios de la OIT que como el anterior pertenecen a la categoría de los tratados internacionales multilaterales. Entre ellos, el más significativo, el Convenio OIT nº 97), sobre los trabajadores migrantes, establece en su artículo 6 que *“todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes...”* (subrayado nuestro), enumerando a continuación las principales condiciones de trabajo (remuneración, jornada de trabajo, vacaciones, formación profesional...), derechos sindicales, y, fundamentalmente, prestaciones de Seguridad Social, entre otros.

Finalmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 14 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 4 de octubre de 1979) dispone en su artículo 14 que *“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*. Semejante texto puede entenderse como que no cabe discriminar al extranjero una vez que esté legalmente en el territorio nacional –en línea con los textos últimamente citados- pero también se podría interpretar como que la interdicción de discriminación empieza en el momento mismo en que el extranjero desea entrar en el país, lo que en ningún caso se le debería poder impedir, en línea con lo postulado por la Declaración Universal de la ONU de 1948 citada al principio. Pero esta interpretación no puede prosperar porque la igualdad de trato que proclama el artículo 14 del Convenio de Roma solamente juega en relación con alguno de los derechos reconocidos en el propio Convenio, entre los que no figura el de libertad de circulación. Sin embargo, es cierto que dicha libertad de circulación sí se incluye en el Protocolo Adicional nº 4, firmado el 16 de septiembre de 1963 y en vigor desde el 2 de mayo de 1968, pero en él se especifica que dicha libertad solamente se reconoce *“para los que se encuentren en situación legal dentro del territorio”* (por cierto, dicho Protocolo Adicional aún no ha sido ratificado por España, pese a que lo firmó el 23 de febrero de 1978).

### **1.1.1. La configuración constitucional del derecho a inmigrar.**

El artículo 13 de la CE establece que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*. Ese artículo tiene otros tres apartados: el 2 reserva exclusivamente a los españoles la titularidad de los derechos políticos establecidos en el artículo 23 CE con la excepción del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (excepción establecida mediante reforma constitucional, la única realizada hasta ahora, en 1992, para atender a las exigencias del Derecho comunitario europeo); el 3 se refiere a la extradición; y el 4 remite a la ley la regulación del derecho de asilo.

Así pues, en principio, la Constitución no contiene precepto alguno para garantizar el derecho a inmigrar de quienes no son ciudadanos del Estado español y, por consiguiente, cualquier decisión que adopte el legislador ordinario será conforme al texto constitucional pues éste guarda silencio al respecto. Eso es lo que parece decir claramente el artículo 13 de la CE al utilizar la expresión “en España”. Sin embargo, esta respuesta –expresada únicamente en tales términos y pese a que, en esencia, pueda ser correcta- parece demasiado simplista. Y es que el citado artículo 13 tiene una redacción que es susceptible de alguna lectura algo más compleja. Piénsese solamente en esto: al decir “en España” y no “legalmente en España” podría interpretarse – literalmente- que bastaría con que un extranjero consiguiese entrar en nuestro país, por el procedimiento que fuera, para que se convirtiera en titular de todos los derechos constitucionales. Si, para evitar semejante consecuencia absurda, se interpreta que, en realidad, lo que quiere decir el precepto es “legalmente en España”, la conclusión sería exactamente la contraria: que quien ha entrado ilegalmente no es titular de ninguno de los derechos constitucionales: lo cual encierra una aberración mayor que la anterior. Procede, por consiguiente, examinar lo que ha dicho el Tribunal Constitucional al respecto, para aclarar el alcance del artículo 13 de la CE.

Tres son los problemas interpretativos que plantea el artículo 13.1 de la CE. El primero consiste en determinar a qué se refiere cuando habla de “libertades públicas”. El segundo, si la remisión a los tratados y a la ley significa una desconstitucionalización de los “derechos constitucionales” –valga la paradoja- de los extranjeros. Y el tercero, si esos “extranjeros” son todos los que se encuentren en España o solamente algunos: los que estén en situación regular. No son pocos problemas para tratarse de un precepto tan corto pero, afortunadamente, todos ellos están, en mayor o menor medida, resueltos por el Tribunal Constitucional. Y lo hizo ya tempranamente, en la fundamental STC 107/1984, de 23 de noviembre. En ella, el TC estableció una doctrina importante y no restrictiva sobre los tres problemas interpretativos, que merece la pena sintetizar en este momento, puesto que la misma no ha sido, en lo esencial, superada en las varias docenas de sentencias posteriores recaídas sobre la materia.

En primer lugar, la pregunta sobre el alcance de la expresión “libertades públicas” del artículo 13.1 CE es pertinente porque, si nos atuviéramos al tenor literal de los rótulos que identifican los diversos Capítulos y Secciones del Título I de la Constitución, las libertades públicas no serían más que una parte de la Sección 1ª del Capítulo II. Pero tal interpretación ha sido rechazada desde temprana hora por la doctrina constitucionalista y por el propio TC y por ello, en la STC que estamos analizando, la cuestión se despacha rápida y tajantemente con una mera frase entre guiones que aparece en el FJ 3. En éste se trata de determinar el alcance del artículo 13.1 CE y, tras reproducirlo, dice el TC: *“Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades – el término <libertades públicas> no tiene obviamente un significado restrictivo reconocido en el título primero de la Constitución...”* (subrayados nuestros). Está claro, pues, que lo establecido en el artículo 13.1 debe entenderse referido a todo el Título I de la Constitución, incluyendo todo tipo de derechos y libertades constitucionales y también los denominados principios rectores de la política social y económica, algunos de los cuales conciernen especialmente a los inmigrantes –como ocurre con lo referente a la Seguridad Social: artículo 41 CE- y algunos de los cuales, por cierto, aparecen formulados no como meros principios sino como verdaderos derechos: por ejemplo, el “derecho a la protección de la salud”, que se reconoce en el artículo 43.1 de la CE.

En segundo lugar, la duda sobre la desconstitucionalización de esos derechos de los extranjeros surge ante la remisión que el artículo 13.1 de la CE hace al decir que los mismos se garantizan “*en los términos que establezcan los tratados y la ley*”. Podría, pues, parecer que esos derechos de los extranjeros no tendrán mayor alcance que el que dimana de los tratados internacionales celebrados y ratificados por España y de la ley ordinaria, sin que la Constitución tenga nada que decir al respecto pues ella misma habría desconstitucionalizado su regulación. No es esto, sin embargo, lo que afirma el TC, según veremos enseguida. Ahora bien, para poder pronunciarse sobre esta cuestión en el marco de un recurso de amparo, habida cuenta de que el artículo 13 de la CE no es de los que dan acceso a dicho recurso, el TC recurre a la consabida operación de “colgar” el artículo en cuestión –que, en este caso es el 13 de la CE y también el 35 de la CE, que consagra el derecho al trabajo, y que tampoco da acceso directo al recurso de amparo- de un artículo que sí abre la vía del amparo, como es el artículo 14. Y así, dice el TC en el FJ 2: “*Se trata de saber si la exigencia de un requisito administrativo como es la obtención de la autorización de residencia a unos determinados sujetos –los ciudadanos de los países hispanoamericanos- para el reconocimiento de su capacidad de formalizar válidamente contratos de trabajo, vulnera o no el principio de igualdad. Estando, obviamente, constituido el término de comparación por los ciudadanos españoles, lo que interesa es determinar si... los ciudadanos extranjeros... deben ser tratados igual que los españoles en relación a la contratación laboral. Conectado con ello es como debe entenderse la invocación por el demandante de los artículos 13 y 35 de la Constitución que, en sí mismos considerados, no pueden, obviamente, fundamentar un recurso de amparo*”.

Pero, curiosamente, en este caso la utilización –por lo demás tan frecuente- del artículo 14 como “vehículo para el amparo” parece ser un vehículo de muy corto recorrido por la sencilla razón de que dicho artículo dice “los españoles son iguales ante la ley” (subrayado nuestro) y aquí quien pretende hacer valer el principio de igualdad no es un español sino un extranjero. Sin embargo, en su deseo de entrar a conocer el tema, el TC hace un recorrido de ida y vuelta: si antes ha ido desde el artículo 13 al 14, ahora regresa desde el 14 al 13 sin ningún tipo de reparo. En efecto, el TC dice (FJ 3): “*La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible... Y no es argumento bastante, porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España*”. Y así es como el TC vuelve, en el párrafo siguiente a esa afirmación, al artículo 13 que, como decíamos, comienza por reproducir y por interpretar ampliamente su referencia a las libertades para, inmediatamente después, plantear el alcance de su remisión a los tratados y la ley.

Y la respuesta que da a este segundo punto es terminante: “*no supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades <que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley> de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional*”. Sin

embargo, el TC añade inmediatamente: *“pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”*. Pese a lo cual añadirá algo que ha sido determinante en la evolución de nuestro Derecho de extranjería: aunque el legislador pueda configurar el alcance de esos derechos, no podrá restringirlos sino que los deberá garantizar en la más completa igualdad con los ciudadanos españoles cuando los mismos *“pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano... (es decir) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español”*. Y entre esos derechos el TC menciona *“el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc.”* pero, desgraciadamente, no incluyó el derecho al trabajo, ni a la protección de la Seguridad Social.

Finalmente, la tercera duda interpretativa es si el artículo 13.1 de la CE, al mencionar los derechos de los extranjeros se refiere a todos los extranjeros o solamente a aquellos que estén en situación regular. Según señala implícitamente el TC, el artículo 13.1 de la CE se refiere a todos los extranjeros pues a todos ellos afectará esa restricción que hace que, sólo los que la superen, tendrán libre acceso al mercado de trabajo. La respuesta es, pues triple: a) todos los extranjeros podrán, en principio, disfrutar de los derechos y libertades consagrados en el Título I de la Constitución; b) sin embargo, dado que se trata de derechos de configuración legal, el ejercicio de algunos de esos derechos –pero sólo si no son derechos inherentes a la personalidad- podrá ser limitado o condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos: por ejemplo, tener autorización de residencia o permiso de trabajo; c) pero dichas limitaciones y condicionamientos no escapan al control constitucional: el legislador no tiene una carta en blanco. Este planteamiento se reafirmará en la STC 115/1987, de 7 de julio, y en otras posteriores.

### **1.1.2. La configuración legal del derecho a inmigrar: la situación regular.**

Igualmente, son tres las cuestiones esenciales a las que cualquier ordenamiento jurídico debe dar respuesta en relación con el tema de la inmigración: a) las condiciones para poder residir y desarrollar una actividad profesional, por cuenta ajena o por cuenta propia, en el país al que corresponde dicho ordenamiento jurídico; b) el tratamiento que se debe dispensar a los inmigrantes regulares –es decir, a los que han cumplido aquellas condiciones- sobre todo desde el punto de vista de los derechos laborales y de Seguridad Social; c) los derechos que, en todo caso, deben ser reconocidos a los inmigrantes aunque sean irregulares.

La primera regla general de nuestro ordenamiento jurídico –similar, por lo demás, a la de casi todos los países- es que, para entrar en territorio español, al extranjero no le bastará el pasaporte emitido por el Estado a que pertenece sino que necesitará además el visado expedido por las autoridades españolas. Esa regla puede tener excepciones en caso de tratados bilaterales basados en el principio de reciprocidad. Y la segunda regla general es que el visado autoriza a entrar y a permanecer durante un período limitado de tiempo, si bien ese período se puede ulteriormente prolongar, hasta llegar a ser indefinido, mediante la correspondiente autorización administrativa, en caso de que se cumplan los requisitos establecidos para

ello. Los requisitos para obtener el visado, esto es, la autorización para entrar y permanecer en este país, están perfectamente definidos en la legislación: se trata, por tanto de una actividad reglada y no discrecional de la Administración. Por eso el artículo 26.2 de la LOEx señala que la denegación de entrada en territorio nacional ha de ser motivada y con información de los recursos que caben contra ella. Y lo mismo dice el artículo 27 del mismo texto legal respecto a la propia expedición del visado (salvo excepciones que, en todo caso, no alcanzan al visado para trabajar por cuenta ajena). Así pues, el inmigrante ejerce un derecho que le está reconocido por determinados textos internacionales pero cuyo ejercicio está sometido a autorización de los Estados nacionales, a los que dichos textos internacionales reconocen también ese poder. Entre esos requisitos, el fundamental es el de poder acreditar medios de subsistencia: pero, dado que, en el caso del inmigrante *sensu stricto* ello dependerá del ejercicio de una actividad laboral, la autorización de residencia deberá ir acompañada, a su vez, de una autorización para trabajar. Así, el visado de entrada no se concederá hasta que la autorización de residencia y trabajo hayan sido obtenidas (artículos 51.5 y 52 del RELOEX).

Según la Ley y el Reglamento de Extranjería vigentes, el extranjero se encuentra en nuestro país básicamente en una de estas tres situaciones: estancia (hasta noventa días), residencia temporal (más de noventa días y menos de cinco años) y residencia permanente (indefinidamente, situación que se puede alcanzar una vez finalizada la residencia temporal máxima, es decir, tras cinco años). Esa clasificación de situaciones estaba ya contemplada en la LO 7/1985 (si bien en ella la residencia permanente se consideraba una situación muy excepcional: art. 13) y se ha mantenido igual en la actual Ley de extranjería, tanto en la versión original (LO 4/2000) como en la reformada (LO 8/2000 y LO 14/2003). Pero ha habido algunos cambios referidos a los requisitos exigidos para alcanzar la situación legal de residente (temporal, primero, y permanente, después), sobre todo relacionados con una circunstancia, que es la que a nosotros nos interesa examinar, que es la posibilidad del inmigrante de desarrollar un trabajo por cuenta ajena y, en consecuencia, incorporarse al Sistema de Seguridad Social español.

Respecto a este inmigrante-tipo (persona mayor de edad que se traslada al territorio del Estado español para prestar servicios profesionales) nuestra legislación viene pivotando desde hace muchos años (desde antes incluso de la Ley de extranjería de 1985: ya existía el mismo planteamiento en la preconstitucional Ley 118/1969, de 30 de diciembre) sobre la exigencia de un doble requisito –autorización de residencia y permiso de trabajo– que, no siempre ha resultado eficaz a los efectos pretendidos por la norma, pues en la mayoría de las ocasiones se generaba una especie de círculo vicioso. Efectivamente, el trabajador extranjero se encontraba en la situación de que no se le podría conceder la autorización de residencia si no acreditaba tener un empleo, que no podía obtener si no contaba previamente con un permiso de trabajo cuya obtención, a su vez, se subordinaba a ser residente legal en el territorio del Estado español.

Actualmente, el art. 36.1 de la LOEx introduce una solución para evitar este problema surgido por la relación entre autorización de residencia y permiso de trabajo– al disponer que la autorización administrativa para trabajar –esto es, el permiso de trabajo– *“habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicita, en su caso, el correspondiente visado”*. Así pues, ahora la secuencia sería la siguiente: el extranjero que cuenta con visado de

estancia pide el permiso de trabajo; concedido éste, se entiende implícita la autorización para residir y puede ya empezar a trabajar; pero esta autorización implícita está sometida a un plazo de caducidad: si en el plazo de un mes no se solicita “el correspondiente visado” –para residir y trabajar- aquella autorización implícita (quizá, pues, sería más apropiado calificarla como provisional) se extingue, si bien sería más efectivo que el plazo del mes corriera no desde la notificación al empresario, sino al trabajador, que es quien debe solicitar el visado.

Y, en efecto, en coherencia con ese planteamiento de simultaneidad entre autorización de residencia y permiso de trabajo se encuentra también el nuevo artículo 25 bis introducido por la LO 14/2003 que, bajo la rúbrica “*tipos de visados*”, *contiene los tradicionales (de tránsito, de estancia, de residencia y de estudios) pero añade el “visado de trabajo y residencia”*. Y, como es lógico, ese es también el planteamiento que ha prevalecido en la redacción del Reglamento de extranjería vigente, cuyo artículo 49 –y otros concordantes- refunde ambos actos administrativos en una sola “*autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena*” que, como ordena su artículo 52, se incorporará al correspondiente visado de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Señalemos para terminar este punto que la LO 14/2003 contiene otra novedad que puede tener cierta importancia. Se trata del “*visado para búsqueda de empleo*”, un nuevo instrumento que aparece en el párrafo 3 del artículo 39 –que es el referido al “contingente de trabajadores extranjeros”- y que, bien empleado, podría ser una vía para superar las dificultades que, en ciertas actividades, se plantean para que el trabajador extranjero consiga una oferta de empleo antes de salir de su país, lo que le obliga a intentar entrar en España por cualquier procedimiento para buscar trabajo una vez aquí.

En conclusión, el derecho a inmigrar está condicionado en nuestra legislación ordinaria interna a la previa obtención de una autorización administrativa de efecto múltiple –para residir y trabajar- que se incorpora al visado que franquea al inmigrante la entrada legal en nuestro territorio, y que determina la situación regular del trabajador extranjero. Situación que permite su equiparación, a efectos de incorporación al Sistema de Seguridad Social español, con los ciudadanos españoles.

Igualmente, por una parte, la Ley 5/1984, de 26 de marzo, desarrollada reglamentariamente por el RD 203/1995, de 10 de febrero, dispone que, entre otras medidas, el derecho de asilo consiste en autorizar a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado a residir y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles durante el tiempo que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de asilo (art. 2). Así pues, la concesión de asilo implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales, la expedición del documento de identidad necesario y, en su caso, de viaje (art. 13 Ley 5/1984, de 26 de marzo). Incluso la mera solicitud de asilo permitirá que el solicitante pueda ser autorizado para trabajar (art. 15.2 RD 2003/1995, de 10 de febrero). Con ello, legalmente se considera que el refugiado, titular o solicitante del derecho asilo se encuentra en situación regular en España, lo que le faculta para acceder al Sistema de Seguridad Social en los mismos términos que los extranjeros que disponen de las correspondientes autorizaciones para residir y trabajar en territorio español, como expresamente señala la mencionada norma reglamentaria

social, al establecer que la incorporación de estas personas al Sistema de Seguridad Social se regirá por lo previsto en la LOEx (art. 15 RD 203/1995, de 10 de febrero).

Por otra parte, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, contraída en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a la que se encuentra adherida España por Instrumento de 24 de abril, establece que los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en uno de estos Estados el mismo trato que a los nacionales con relación a determinadas materias laborales y de Seguridad Social. Concretamente, el RD 865/2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida, establece que los apátridas tendrán derecho a residir y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería, expidiendo en su caso, la autoridad competente para el ejercicio de este derecho la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida, que le habilitará a su titular para residir y trabajar en España. Así pues, la remisión efectuada a la normativa de extranjería respecto al derecho de los apartidas para residir y trabajar en España conlleva, consecuentemente, su equiparación con los trabajadores extranjeros que se encuentren en situación regular en el Estado español.

En definitiva, la normativa de extranjería prevé la equiparación de los trabajadores extranjeros de terceros países en situación regular, de los refugiados a los que se les haya concedido el derecho de asilo y de los apátridas reconocidos con los ciudadanos españoles, a efectos de incorporación al Sistema de Seguridad Social español, en los términos que se exponen en el apartado siguiente.

#### **IV. EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACION REGULAR.**

La condición de extranjero en el ordenamiento jurídico español no es equivalente a una situación jurídica uniforme, ni siquiera respecto de aquellas personas de nacionalidad no española que han obtenido las correspondientes autorizaciones de residencia y de trabajo de las Administraciones públicas competentes y que le otorgan la condición de extranjero en situación regular. La situación jurídica concreta es, por tanto, diferente en cada sector del ordenamiento jurídico y es también diferente según la nacionalidad del ciudadano extranjero, puesto que su delimitación depende de las previsiones normativas de carácter general que regulan los derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y de las reglas recogidas específicamente en los tratados, convenios, acuerdos u otros instrumentos normativos de carácter supranacional celebrados entre el Estado español y otros Estados. Así, en el ámbito de la Seguridad Social son de aplicación a los ciudadanos extranjeros en situación regular, de un lado, las normas previstas con carácter general en la LOEx y la LGSS, con sus disposiciones de desarrollo respectivas, y, de otro lado, las establecidas en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado español, de modo bilateral con otro Estado y de modo multilateral con diversos países, bien directamente con ellos o promovidos por organismos e instituciones internacionales con competencias normativas.

En el primer bloque normativo, integrado por la legislación nacional interna, se establece la regla de “equiparación plena” entre los ciudadanos españoles y los ciudadanos extranjeros en situación regular, como establece taxativamente la LOEx, al disponer en su 14.1 que *“los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*.

En relación con el brazo contributivo de la Seguridad Social, esa regla general de equiparación coincide con la establecida por la LGSS que prevé, en el art. 7.1, que se incorporarán de, *“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 encuentre legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos”*... se cumplan simultáneamente los requisitos de profesionalidad y territorialidad exigidos por la ley para ostentar la condición de sujeto protegido por el Sistema de Seguridad Social español.

Por el contrario, para el brazo no contributivo el art. 7. 3 LGSS señala que *“estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, a efectos de prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en el territorio nacional”*, por lo que podría deducirse, como regla general, que los ciudadanos de nacionalidad no española quedarían excluidos del acceso a las prestaciones no contributivas, estando reservadas únicamente para los ciudadanos de nacionalidad española. Sin embargo, acto seguido el art. 7.5 de la LGSS introduce un amplio marco de excepciones, que permiten equiparar, a estos efectos, a ciudadanos de determinadas nacionalidades a los españoles. Efectivamente, en primer lugar, se equiparan a los españoles los ciudadanos hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, esto es, nacionales de países con los que el Estado español tiene un especial vínculo por razones históricas o de proximidad geográfica. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de que los nacionales de otros Estados puedan acceder a las prestaciones de la modalidad no contributiva en atención a lo que dispongan los tratados y convenios internacionales celebrados entre el Estado español y esos Estados. Finalmente, se contempla la equiparación a los españoles de los nacionales de países con los que el Estado español aplique el principio de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

Con ello, las excepciones a la exigencia del requisito de la nacionalidad española para formar parte del ámbito subjetivo del nivel o brazo no contributivo del Sistema español de Seguridad Social, introducidas por una vía u otra (equiparación expresa por la legislación interna española, celebración de tratados o convenios internacionales y aplicación del principio de reciprocidad tácita o expresa) son tan extensas que permiten, también en este ámbito, la equiparación entre españoles y una amplia mayoría de extranjeros, hasta el extremo de llegar a convertirse la regla general en excepción y las excepciones en regla general. En cualquier caso, el art. 14 de la LOEx, en nuestra opinión, ha sustituido este régimen previsto en la legislación de Seguridad Social, puesto que, como se ha indicado, incorpora la “equiparación plena” entre los ciudadanos españoles y los ciudadanos extranjeros en situación regular, al disponer que *“los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*. En este sentido, al pertenecer la modalidad no contributiva al Sistema de Seguridad Social, los extranjeros en situación regular, independientemente de su nacionalidad, se equiparan a los españoles, también en cuanto a su incorporación al ámbito subjetivo del nivel o brazo no contributivo del Sistema de Seguridad Social español, por disposición expresa de la legislación de extranjería, aplicable, en estos términos, de conformidad con los principios de modernidad y especialidad de las normas jurídicas.

En el segundo bloque normativo, conformado –aparte de los tratados y otros textos internacionales que se analizaron anteriormente– por el conjunto de convenios aprobados por el Estado español, normalmente no sólo se recoge la regla de “equiparación plena”, sino que, en numerosas ocasiones, se supera, en el sentido de que pueden establecerse condiciones que mejoran o, simplemente, matizan la posición jurídica del trabajador extranjero que se desplaza a España por razones profesionales, sobre la base de la conservación de derechos prevista en dichos convenios bilaterales. No obstante, la regla de “equiparación plena” juega desde el punto de vista prestacional pero, obviamente, no impide que la normativa de Seguridad Social, interna e internacional, introduzca particularidades respecto a las condiciones para la

incorporación de los trabajadores no nacionales al Sistema de Seguridad Social español, como vemos a continuación.

## **1. LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PARTICULARIDADES EN LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO.**

La inclusión de los extranjeros regulares, en cualquiera de los regímenes en que se estructura el Sistema español de Seguridad Social, se equipara con la inclusión de los españoles (art. 7.1 de la LGSS), con la única diferencia de que se exige para la formalización de la solicitud de los actos de afiliación y alta de estos trabajadores, además de los datos y documentos exigidos para los trabajadores españoles, la presentación de la documentación acreditativa de la nacionalidad del extranjero y de la autorización para trabajar o de la excepción de la obligación de obtenerla (art. 42.1 del REGE), que son, como se ha señalado, precisamente los documentos que acreditan el cumplimiento de las condiciones exigidas para que el trabajador extranjero se encuentre en situación regular ante el ordenamiento jurídico español. Así pues, la empresa que contrate la prestación de servicios por cuenta ajena de trabajadores extranjeros puede solicitar la afiliación y el alta del trabajador, desde el momento que el trabajador extranjero entre en el territorio español provisto del correspondiente visado que le autoriza para residir y trabajar, esto es, el visado de “residencia y trabajo”. El cómputo de la vigencia de este visado comienza desde la fecha en que su titular entre en territorio español, fecha que obligatoriamente debe consignarse en el pasaporte o título de viaje (art. 5 del RELOEX).

Correlativamente, a partir de este fecha, el trabajador extranjero dispone de un mes para solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, en la que consta el denominado NIE, puesto que para su concesión se requiere, como se desprende de la normativa de extranjería, que el trabajador esté afiliado y en alta en el Sistema de Seguridad Social, de modo que, si la Administración competente no tiene constancia de la solicitud de estos actos de encuadramiento podrá extinguir la autorización de residencia y trabajo inicialmente concedida y denegar la tarjeta de identidad (art. 51.13,14 y 15 del RELOEX). Asimismo, la Administración requerirá a la empresa para que justifique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral y, si considera que no se ha justificado suficientemente, podrá denegar las posteriores solicitudes de autorización de residencia y trabajo que la empresa presente, por no garantizarse la actividad continuada de los trabajadores (art. 52 del RELOEX).

Una vez recibida la solicitud del encuadramiento del trabajador extranjero, la Dirección Provincial de la TGSS, correspondiente a la provincia en que se encuentre abierta la cuenta de cotización del empresario solicitante, realizará, conforme el procedimiento habitual para el reconocimiento o denegación de las solicitudes de afiliación, altas y bajas de todos los trabajadores, las comprobaciones oportunas de la solicitud y documentación presentadas, especialmente de la aportación de la autorización de residencia y trabajo, y si considera que no reúne los requisitos o que no se acompañan los documentos exigidos requerirá al sujeto responsable para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si no lo hiciera se le tendrá por desistido en su petición de encuadramiento (art. 71.1 de la LPAC). Asimismo, si es necesario valorar hechos,

alegaciones o pruebas distintas de las indicadas por los solicitantes, se abrirá un período de prueba y se solicitarán los informes que se estimen necesarios. Concluidas las actuaciones de comprobación, la Dirección Provincial de la TGSS estimará o desestimará la solicitud de afiliación y alta, mediante, en el supuesto de desestimación, resolución motivada, en la que conste sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, así como la forma y el plazo para su impugnación (art. 33 del REGE).

Igualmente, la Dirección Provincial de la TGSS puede proceder al control y a la revisión de oficio de los actos de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, del mismo modo que de los nacionales, en los términos señalados, por la normativa de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social español (arts. 54 a 56 del REGE). Concretamente, respecto a la afiliación y al alta de los trabajadores extranjeros se plantea la cuestión de si es posible la revisión de oficio en los supuestos en los que se comprueba que estos trabajadores ejercen una actividad distinta a la que consta en la autorización de trabajo concedida. En principio, podría señalarse que el trabajador extranjero cuenta con la autorización para trabajar y, por tanto, puede incorporarse al Sistema de Seguridad Social en condiciones de igualdad con los trabajadores españoles, al cumplir la condición que acredita su situación regular exigida por la normativa de Seguridad Social para su inclusión en su ámbito subjetivo, como anteriormente se ha mencionado. Sin embargo, la cuestión se centra, por una parte, en determinar si la autorización obtenida –con un ámbito geográfico y funcional concretos- es válida jurídicamente para obtener el alta en Seguridad Social (ello dependerá del tipo de trabajo que sirva de presupuesto a esa solicitud de alta) cuestión que pertenece más al ámbito del derecho de extranjería y del derecho laboral que al de la Seguridad Social; y, por otra, si, en caso de que no lo sea, este hecho es constitutivo de una omisión o inexactitud en las solicitudes y demás declaraciones del beneficiario que habilitan la revisión de oficio de los actos de encuadramiento por parte de la TGSS.

Respecto a la validez jurídica de la autorización, la norma reglamentaria (art. 49.2 del RELOEX) dispone que la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena tendrá un alcance limitado temporal (un año de duración), geográfico (un ámbito determinado) y funcional (un sector de actividad concreto). Por tanto, no se prevé la concesión de la autorización inicial con carácter genérico para que el trabajador pueda prestar servicios por cuenta ajena durante un período indefinido, en cualquier lugar del territorio y en todo sector de actividad, sino una autorización sometida a circunstancias de orden temporal, geográfica y funcional concretas, que condicionan la validez de la autorización a su cumplimiento simultáneo. Así, del mismo modo que la autorización deviene ineficaz por el transcurso del período de un año fijado por la norma, también pierde su eficacia, en nuestra opinión, si la actividad no se desarrolla en el ámbito geográfico y en el sector de actividad establecidos, puesto que la autorización se concede en atención a las posibilidades de empleo en una demarcación geográfica y sectorial concreta, que de no existir hubieran motivado su no concesión, de acuerdo con la política de empleo nacional vigente en cada momento. De la propia norma así se deduce, al establecer que podrá modificarse, por la autoridad concedente y a petición de su titular, el ámbito geográfico y el sector delimitados por la autorización inicial de residencia y trabajo, lo que evidencia el carácter limitado y no general de esta autorización (art. 99.1 del RELOEX).

De igual modo, puede concluirse, en nuestra opinión, que este hecho supone una inexactitud en la solicitud y declaración del beneficiario determinante para el

reconocimiento de su afiliación y alta, susceptible de motivar la revisión de oficio de la TGSS sobre sus propios actos de encuadramiento, puesto que la solicitud de afiliación y alta se sustenta, como se ha afirmando anteriormente, sobre una autorización inicial de residencia y trabajo ineficaz (criterio, asimismo, sostenido por la TGSS). La ineficacia de la autorización impide que despliegue los efectos jurídicos previstos por la norma y, por tanto, la declaración, en el procedimiento de revisión de oficio, de nulidad de la afiliación y el alta practicadas, al carecer la solicitud de estos actos de encuadramiento de uno de los requisitos esenciales para su validez, como es la autorización inicial para residir y trabajar en España concedida a favor del trabajador extranjero. Esta declaración de nulidad conlleva, correlativamente, el derecho del sujeto responsable de la cotización a la devolución de las cuotas sociales ingresadas durante el período al que se refiriere el alta cuya nulidad se ha declarado, a no ser que se hubieran ingresado maliciosamente (art. 44.1 RRSS) , es decir, con la única finalidad de que el trabajador acredite las exigencias formales para encontrarse en situación regular en España o para reunir períodos de carencia para el disfrute de prestaciones, sin ni siquiera prestar servicios en una actividad o territorio distintos a los autorizados.

## **2. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES: PARTICULARIDADES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONVENCIONALES INTERNACIONALES.**

La regla de “equiparación plena” rige también en el acceso, percibo y mantenimiento de las prestaciones de Seguridad Social, garantizando que el trabajador extranjero en situación regular cause las prestaciones correspondientes en los mismos términos que los trabajadores nacionales. Así se deduce, como se señaló al principio, tanto de la normativa de extranjería como de la normativa de Seguridad Social. Sin embargo, la peculiaridad de los trabajadores extranjeros suele ser, aunque no necesariamente ni en todo caso, que se someten durante el desarrollo de su vida profesional a la legislaciones de más de un Estado y, por tanto, se sitúan en el ámbito de aplicación de más de un Sistema de Seguridad Social, debido al desplazamiento, al menos, desde su país de origen a España. Esta peculiaridad tiene incidencia, sobre todo, en los derechos de Seguridad Social, porque para la adquisición y, a veces también, para la determinación del contenido de una parte importante de estos derechos (normalmente los que se materializan en la concesión de una pensión) es necesario acreditar un período prolongado de cotización al Sistema de Seguridad Social, lo que no siempre está exento de originar problemas aplicativos, con relación a cuestiones como la legislación aplicable, la acreditación del alta, el cómputo de cotizaciones, la composición de la base reguladora, la liquidación y pago de la prestación y, en fin, la dinámica y gestión de la misma.

La aplicación individual de cada una de las legislaciones de Seguridad Social en cada período en que el trabajador se encuentre en su ámbito de aplicación no solo no resuelve el problema, sino que normalmente suele generarlo por sus diferentes regímenes jurídicos, incluso en aquellos casos que responden a un mismo modelo de Seguridad Social. Esa diferencia de regímenes jurídicos nacionales de Seguridad Social determina que la técnica legislativa de la armonización no haya sido posible ni siquiera en el marco de la Unión Europea –y, menos aún, fuera de ella- pues las legislaciones nacionales de Seguridad Social son consecuencia de específicos factores históricos,

políticos, económicos y sociales de mucho peso y, por otra parte, existe una gran resistencia de los países a ceder cuotas de soberanía en cualquier materia. El respeto del mantenimiento íntegro de la legislaciones de Seguridad Social impone, por tanto, que la solución a estos problemas se instrumenten mediante la técnica de la coordinación legislativa, estableciéndose puntos de conexión entre los diferentes regímenes jurídicos nacionales de Seguridad Social.

Con este propósito, el Estado español ha suscrito convenios internacionales bilaterales con una veintena de países que tienen el objetivo de general de procurar que los trabajadores nacionales de los Estados firmantes que se trasladan por motivos profesionales no experimenten por ello merma o perjuicio en los derechos de Seguridad Social, ni tampoco obtengan una doble e injustificada protección. Para ello, se introducen las reglas oportunas con la finalidad de eliminar los obstáculos que impidan aplicar las diferentes legislaciones, de conectarlas entre sí y de organizar las relaciones con las distintas administraciones de Seguridad Social. En este sentido, la mayoría de los convenios prevén la aceptación automática de las modificaciones jurídicas que se originen en las legislaciones de cada uno de los Estados firmantes, a efectos de que no se provoquen huecos o lagunas en la aplicación de las disposiciones objeto de modificación.

Concretamente, el Estado español ha celebrado convenios internacionales bilaterales con los siguientes países: Argentina, Brasil, Colombia, Canadá, Chile, Ecuador, Estados Unidos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela (América); Marruecos y Túnez (África); Filipinas (Asia); Andorra, la Federación de Rusia y Ucrania (Europa); Australia (Oceanía).

Antes de la incorporación del Estado español a la Unión Europea, se habían firmado, asimismo, convenios bilaterales con países pertenecientes al ámbito comunitario. Pero a partir de del uno de enero de 1986, la aplicación de estos convenios ha sido sustituida por los Reglamentos Comunitarios específicos en materia de Seguridad Social (Reglamento de Coordinación 1408/71, de 14 de junio –en vías de sustitución por el 883/2004, de 29 de abril- y su Reglamento de desarrollo 574/72, de 21 de marzo). No obstante, para que esta sustitución no suponga un debilitamiento de los derechos establecidos en los convenios bilaterales, dichos convenios continúan siendo de aplicación respecto a sus ámbitos subjetivo y objetivo en todo lo que contenga una regulación más amplia y favorable para el sujeto protegido. Igualmente, mantienen su vigencia los preceptos de estos convenios bilaterales que hayan sido expresamente objeto de reserva en el Anexo II del Reglamento 1408/71, de 14 de junio.

Asimismo, no todos los convenios bilaterales suscritos por el Estado español tienen la misma extensión en sus ámbitos subjetivo y objetivo, puesto que algunos los reducen y otros los amplían. Específicamente, el ámbito subjetivo en determinados convenios solamente ampara a los nacionales de los dos países firmantes que desarrollen su actividad profesional en el territorio de uno u otro Estado, incluyendo los familiares. Entre ellos se encuentran los convenios con los siguientes países: Argentina (art. 1 convenio “antiguo”. El “nuevo” convenio se extiende los familiares y supervivientes); Colombia (art. 3); Chile (art. 2); Ecuador (art. 1); México (art. 2); Perú (art. 3); República Dominicana (art. 2); Rusia (art. 2).

Otros convenios, además de extender el campo de aplicación personal a los nacionales y familiares, acogen también a los refugiados y apátridas: Túnez (art. 3); Filipinas (art. 2, familiares y refugiados y apátridas que residan en uno de los dos Estados); Marruecos (art. 2, familiares y refugiados y apátridas); Paraguay (art. 2 convenio “antiguo”); Ucrania (art. 2, familiares, refugiados y apátridas); Venezuela (art. 2).

El resto de convenios comprende en su ámbito subjetivo, independientemente de su nacionalidad, a los trabajadores que hayan estado sometidos a las legislaciones de ambos países, abarcando, asimismo, a los familiares y supervivientes. Así se recoge expresamente en los convenios firmados con Andorra (art. 2); Australia (art. 3); Brasil (art. 3); Canadá (art. 2); Estados Unidos (art. 2); Paraguay (art. 2 convenio “nuevo”, familiares); Uruguay (art. 2).

De forma similar, el ámbito objetivo también se expande o se contrae según la voluntad de los Estados contratantes, por lo que no todos los convenios son aplicables a todas las contingencias y prestaciones. Por ello, en función de la cobertura asumida por el Sistema de Seguridad Social español, se pueden clasificar:

- a) convenios que incluyen todos los regímenes y prestaciones: Australia (art. 2) y Chile (art.2);
- b) convenios que incluyen todos los regímenes y prestaciones, salvo el desempleo y la protección familiar: Andorra (art.3) y Ecuador (art. 2);
- c) convenios que incluyen todos los regímenes y prestaciones, salvo el desempleo (art.2); Marruecos (art. 3); Paraguay (art. 3 convenio “antiguo”. El nuevo excluye el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos); Rusia (art. 3); Uruguay (art. 3); Venezuela (art. 3);
- d) convenios que incluyen todos los regímenes y pensiones: Canadá (art. 3); Estados Unidos (art. 3); Filipinas, también cubre la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común); Ucrania, también cubre las situaciones de Incapacidad Temporal y de maternidad (art. 3);
- e) convenio que incluye todos regímenes, pensiones y prestaciones derivadas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional: México (art. 3);
- f) convenio que incluye las pensiones, independientemente de la naturaleza del riesgo que la cause Colombia (art. 2);
- g) convenios que incluyen todas las prestaciones y regímenes, salvo los Regímenes de Funcionarios civiles y militares: Perú (art.2); República Dominicana, excluye también la asistencia sanitaria y el desempleo (Art. 3).

En cuanto a su vigencia temporal, aunque cada uno de los convenios se ha celebrado en una fecha distinta y con una previsión de entrada en vigor en un momento concreto, con carácter general, introducen una regla de retroactividad bastante amplia, que permite la aplicación de sus disposiciones, fundamentalmente para el reconocimiento de prestaciones, a los hechos causantes acaecidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor, así como la revisión de las mismas, a instancias del interesado de acuerdo con el contenido del convenio. En este sentido, se prevé, no obstante, que los efectos económicos de las correspondientes prestaciones no podrán ser anteriores a la fecha de entrada en vigor del convenio (art. 23 C. con Australia; art. 24 C. con Canadá; art. 32 C. con Colombia; art. 27 C. con Estados Unidos, art. 41 C. con Marruecos; art. 33 C. con Paraguay, “nuevo”, la revisión ha de solicitarse en el plazo de

dos años desde la entrada en vigor del convenio; art. 32 C. con República Dominicana, la revisión ha de solicitarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del convenio; art. 31 C. con Venezuela).

Aparte de estas reglas sobre los ámbitos de aplicación subjetiva, objetiva y temporal, el contenido de los convenios se concentra en el establecimiento de “puntos de conexión”, formulados a través de principios jurídicos de amplia extensión, que complementan, modulan y matizan la normativa interna española, determinando un régimen jurídico de Seguridad Social particular de los trabajadores extranjeros en situación regular. Estos puntos de conexión se refieren a cada una de las fases que permiten que el sujeto protegido por el Sistema de Seguridad Social acceda a la prestación, se determine su contenido, y se perciba adecuadamente. Concretamente, se sintetizan en los siguientes principios o simplemente reglas prácticas de aplicación: a) “igualdad de trato”; b) “preferencia de aplicación de la legislación interna”; c) “ficción del cumplimiento de la situación de alta”; d) “conservación de derechos en curso de adquisición”; g) “colaboración administrativa”.

### **2.1. Principio de igualdad de trato.**

Este principio se reconoce implícita o explícitamente en todos los convenios internacionales y, como se ha mencionado con anterioridad, en la legislación interna española de Seguridad Social, pues de él es trasunto la regla de la “equiparación plena” de derechos de los trabajadores extranjeros en situación regular con los ciudadanos españoles en materia de Seguridad Social. Como es sabido, el principio de igualdad de trato significa que el tratamiento jurídico dispensado, en este caso, por el Estado español a los nacionales de otros países que se encuentren legalmente en España no difiere del dispensado a los nacionales españoles. No significa en cambio, como es lógico, que el tratamiento jurídico que recibe el extranjero en situación regular cuando se encuentra en España sea idéntico al que recibe en su Estado de procedencia cuando se encuentra en él. Ello supondría que el trabajador extranjero en sus desplazamientos a otros países conserva su estatuto jurídico nacional, produciéndose, consecuentemente, su aplicación extraterritorial y la obligación de país de destino de asumir una legislación extraña a la propia. Lo cual tiene, en términos políticos y jurídicos, difícil encaje y justificación, máxime con relación a los derechos de Seguridad Social. Sin embargo, esto no es obstáculo para que, en casos excepcionales, se les pueda aplicar a los trabajadores extranjeros en situación regular durante sus desplazamientos a otros Estados su legislación nacional, como sucede respecto a los trabajadores “destacados”, “itinerantes”, del sector marítimo” o “funcionarios”. Pero esta situación no es una excepción al principio de igualdad, sino al principio de preferencia de la legislación interna, que por la peculiaridad del desplazamiento permite que al trabajador extranjero en situación regular no se le aplique la legislación del país de destino por el propio Estado que lo recibe, sino que se le continúe aplicando su legislación nacional por su Estado de procedencia.

### **2.2. Principio de preferencia de aplicación de la legislación interna.**

Normalmente, son más de una las legislaciones a las que se somete el trabajador extranjero, por ello no siempre es fácil determinar, en primer lugar, cuál es la normativa aplicable para su incorporación al Sistema de Seguridad Social y, posteriormente, para la protección de la contingencia, en el caso de que se actualice. Este principio tiene el objetivo de resolver esta cuestión, proporcionando las reglas precisas para ello. La regla general, sustentada sobre el principio de territorialidad, dispone con carácter general que al trabajador le es de aplicación la legislación del país donde ejerce la prestación profesional por la queda comprendido en el ámbito subjetivo del sistema de Seguridad Social. Esta regla está en consonancia con el principio de igualdad de trato en los términos antes señalados, puesto que es totalmente coherente que los trabajadores extranjeros queden protegidos por el Sistema de Seguridad Social del país de destino, del mismo modo que quedan protegidos los trabajadores nacionales, al preverse la equiparación plena entre unos y otros.

Igualmente, es coherente con los principios que inspiran los Sistemas de Seguridad Social, fundamentalmente los de corte contributivo, que los trabajadores se incorporen al Sistema existente en el lugar donde presten sus servicios profesionales, cotizando en él y beneficiándose de las prestaciones del mismo que puedan generar. En este sentido, los trabajadores al desplazarse por motivos profesionales de un Estado a otro, deben causar baja en el Sistema de Seguridad Social del país de procedencia y alta en el Sistema de destino. Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, esta regla es la que impera en la normativa interna española de Seguridad Social, ya que los trabajadores extranjeros se encuadran en el régimen correspondiente del Sistema de Seguridad Social desde el momento que reúnen los requisitos de actividad y territorialidad exigidos por nuestra normativa, ostentando desde ese momento la condición de sujeto protegido.

No obstante, la regla general de sometimiento a la legislación de Seguridad Social del país donde se realiza la actividad profesional no es siempre ni en todo caso aplicable, pues tanto las legislaciones nacionales como los convenios internacionales bilaterales, prevén por distintos motivos determinadas quiebras al principio de territorialidad, suponiendo concretas excepciones a la regla general. En primer lugar, por razón del régimen en que se prestan los servicios profesionales. La especial relación de sujeción y demás condiciones que caracterizan el régimen de funcionarios públicos justifican, pues, que en el caso de ser desplazados a otros Estados mantengan su protección en el Sistema de Seguridad Social del país de origen, sin pasar a incorporarse al Sistema de Seguridad Social del país de destino. En segundo lugar, debido a la transitoriedad y a la variabilidad del ámbito en que se desarrolla la actividad profesional, los trabajadores no se integran en los Sistemas de Seguridad Social de los Estados en que se prestan los servicios profesionales, sino que continúan protegidos por el Sistema de Seguridad Social que corresponda, de acuerdo con la legislación a la que esté sujeta la empresa que los destaca, denominados en estos casos trabajadores destacados. Igualmente, sucede respecto a los llamados trabajadores itinerantes que mantienen su vínculo de Seguridad Social con el Sistema correspondiente al país en el que tenga la sede la empresa para la que trabajan. Del mismo modo, ocurre con los trabajadores del mar que son protegidos por el Sistema de Seguridad Social del país a la que pertenezca la embarcación de la empresa que los contrata.

### **2.3. Principio de ficción del cumplimiento de la situación de alta.**

La condición de la situación de alta ante el Sistema de Seguridad Social es uno de los requisitos exigidos con carácter general para acceder a la cobertura de las prestaciones, pues acredita que el interesado ostenta la condición de sujeto protegido, lo que le confiere la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del Sistema de Seguridad Social y el derecho a obtener de él alguna protección en casos de que se materialice el riesgo protegido. Por ello, es de suma importancia que se considere al trabajador en situación de alta en el momento en que suceda el hecho causante. A estos efectos, los convenios bilaterales suelen establecer reglas que permitan que, aunque el trabajador no esté en situación de alta en España, pueda admitirse que se cumple este requisito, si el trabajador está en alta en otro país. Así, salvo en el convenio con Australia en el que se considera cumplido este requisito si el trabajador es residente o pensionista del Sistema Australiano (art. 16 C. con Australia), todos los convenios suscritos por el Estado español prevén que la situación de alta se cumple si el trabajador está percibiendo una pensión o está sometido a la legislación del otro país en la fecha del hecho causante (art. 22 C. con Andorra; art. 11.1 C. con Argentina, “nuevo”; art. 13 C. con Canadá; art.17 C. con Brasil; art. 12 C. con Colombia; art. 19 C. con Chile; art. 13 C. con Ecuador; art. 14 C. con Estados Unidos, a estos efectos, se considera que una persona está sometida a la legislación de los Estados Unidos si tiene derecho a prestaciones o si acredita que ha estado incorporado al menos un trimestre durante los doce trimestres naturales anteriores al hecho causante; art. 29 C. con Filipinas, también se considera en situación de alta si tuviera derecho a prestaciones durante los tres años anteriores al trimestre natural en que se produzca el hecho causante; art. 44 C. con Marruecos; art. 9. C. con México; art. 11 C. con Paraguay, “nuevo”; art. 10 C. con Paraguay, “antiguo”, C. complementario; art. 16 C. con Perú; art. 14 C. con República Dominicana; art. 13 C. con Rusia; art. 19 C. con Túnez; art. 13 C. con Ucrania; art. 11. C. con Uruguay y art. 19 C. con Venezuela).

### **2.4. Principio de conservación de derechos en curso de adquisición.**

Una de las características de los Sistemas de Seguridad Social de base contributiva es precisamente, por ello su denominación, la exigencia de que el sujeto protegido pueda acreditar un período, con mayor o menor prolongación, de contribución al sostenimiento económico del Sistema, con anterioridad al acaecimiento del hecho causante de la contingencia, para poder acceder a la correspondiente prestación. La acreditación de este período, sobre todo cuando es relativamente amplio, exige un esfuerzo personal de carácter profesional y económico que no siempre depende únicamente de la voluntad del interesado, sino de factores, a veces, externos, como son la incorporación al mercado laboral a una edad no avanzada, la prestación de servicios profesionales a tiempo completo y con continuidad en el tiempo sin excesivas interrupciones. Pero, además, para el trabajador extranjero se añade, aunque no en todo caso, el factor del tránsito de, al menos, un Sistema a otro de Seguridad Social, debido al desplazamiento desde el país de procedencia al país de destino. Con ello, la posibilidad de poder acreditar el período de contribución previsto al Sistema de Seguridad Social en el que se encuentre encuadrado el trabajador extranjero en el momento de producirse el hecho causante es, en principio y en términos teóricos, más remota que la del trabajador nacional, puesto que puede que el trabajador extranjero se

haya incorporado recientemente al régimen de Seguridad Social del país de destino, sin que haya podido transcurrir el tiempo necesario para reunir el período de carencia preceptivo. Pero también puede ser que, con anterioridad a esta incorporación, el trabajador estuviera incluido en el régimen de Seguridad Social de otro Estado y en él hubiera efectuado las aportaciones económicas correspondientes que, si se computaran junto con las realizadas al régimen de Seguridad Social por el que estuviera protegido en el momento de materializarse el riesgo protegido, le permitirían causar la prestación.

Así pues, el principio de conservación de derechos en curso de adquisición tiene la finalidad de facilitar que los trabajadores extranjeros puedan cumplir el requisito del período carencia exigido y, consecuentemente, puedan acceder a la prestación en concretas condiciones. Este principio se materializa, por tanto, mediante la aplicación de las siguientes reglas u operaciones: totalización de cotizaciones, composición de la base reguladora y determinación del importe de la pensión.

#### **2.4.1. Totalización de períodos de cotización.**

La aplicación de la regla de totalización, consistente en admitir como si se hubieran realizado al Sistema español de Seguridad Social las cotizaciones efectuadas a los Sistemas de los países firmantes del convenio, afecta a las prestaciones que requieren la acreditación de un período de carencia determinado, como son, fundamentalmente, las dispensadas en forma de pensión, las derivadas de enfermedad común y las de desempleo. Asimismo, incluso determinados convenios disponen que pueden ser objeto de totalización períodos de cotización efectuados en los Sistemas de terceros países, si existen convenios con estos países que también prevean esta regla, siempre que la totalización entre los dos Sistemas de los países afectados no permita obtener la pensión (art. 20 C. con Andorra y C. con Paraguay, “antiguo”).

Consecuentemente, el recurso a la utilización de esta regla no es gratuito en términos económicos para el Sistema de Seguridad Social del país al que no le corresponde reconocer la prestación, pero que ha recibido las cotizaciones que son totalizadas por el sistema del otro país, sino que, por la aplicación simultánea del principio “*pro rata temporis*”, tiene que asumir el coste de la prestación, proporcionalmente al período sobre el que se extienden las cotizaciones recibidas objeto de totalización por el Sistema de Seguridad Social no competente para concederlas. No obstante, algunos convenios solamente prevén estos dos principios para los supuestos en los que el sujeto protegido no puede acceder a la prestación en uno u otro Sistema de Seguridad Social de forma separada, debiéndose, en consecuencia, acudir al cómputo conjunto de las cotizaciones aportadas a los diferentes Sistemas de Seguridad Social para que el trabajador extranjero pueda tener derecho a la prestación.

En cambio, no tiene relevancia la regla de totalización de cotizaciones ni de “*pro rata temporis*” respecto de todas las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, pues su reconocimiento no exige período de carencia alguno, sino que se reconocen automáticamente al sujeto protegido que reúne el resto de requisitos para causarlas, correspondiendo su coste económico exclusivamente al Sistema de Seguridad Social del Estado que debe reconocerlas, esto es, en el que el trabajador esté encuadrado en la fecha de originarse el accidente o de contraer la

enfermedad (art. 30 C. con Andorra; art. 16 C. con Argentina, “nuevo”; art. 19 C. con Australia; art. 24 C. con Brasil; art. 26 C. con Chile; art. 13 C. con México; art. 18 C. con Paraguay, “nuevo”; art. 20 C. con República Dominicana; art. C. con Rusia; art. 26 C. con Túnez; art. 14 C. con Ucrania; art. 18 C. con Uruguay y arts. 16 a 18 C. con Venezuela).

Específicamente, la aplicación de la regla de totalización de cotizaciones está delimitada por las condiciones establecidas en los convenios firmados por el Estado español. Estas condiciones básicamente se refieren al alcance que tiene la superposición de períodos de cotización, los períodos inferiores a un año acreditados en España, los períodos inferiores a un año acreditados en el Sistema de otro Estado y la limitación máxima de los períodos de cotización para el cálculo de la prestación. Con carácter general, para practicar la totalización de períodos de cotización se suman los períodos acreditados en los Sistemas de Seguridad Social de los países afectados, siempre que no se superpongan en el tiempo, puesto que las cotizaciones efectuadas durante un mismo lapso temporal no pueden ser objeto de totalización. Ciertamente, al extenderse durante el mismo intervalo temporal no pueden totalizarse, ya que la dimensión lineal del tiempo no admite que se puedan computar períodos simultáneos. Por ello, en el supuesto de que existan períodos superpuestos, el criterio general se inclina por computarlos una sola vez en el Sistema de Seguridad Social que tiene que reconocer la prestación (art. 11 C. con Australia), así como por computar los períodos de cotización obligatoria antes que los voluntarios, períodos estos últimos para los que también se prevé su totalización (art. 2 C. complementario con Brasil; art. 20 C. con Colombia; art. 2 C. complementario con Chile y art. 2 C. complementario con México). Asimismo, se establece, además del predominio, a efectos de totalización, de los períodos obligatorios sobre los voluntarios, que, en caso de coincidencia de los períodos voluntarios en ambos Sistemas de Seguridad Social, cada Sistema de Seguridad Social computará los propios y, si no se puede determinar el período coincidente, se presumirá que no se superponen (art. 17 C. con Argentina, “nuevo”; art. 20 C. con Colombia; art. 10 C. con Estados Unidos; art. 23 C. con Paraguay, “nuevo” y art. 5 C. con Perú).

Igualmente, un elevado número de convenios establecen que solamente se puede aplicar la regla de totalización y de prorrata temporis a las cotizaciones que tienen una duración mínima, que suele ser de 12 meses (salvo el convenio con Australia, cuyo art. 11 exige como mínimo un día de cotización en el Sistema español). Respecto a los períodos de cotización inferiores a un año acreditados en el Sistema español de Seguridad Social, se dispone que, si el período permite el acceso a la prestación, ésta se reconocerá conforme a la legislación nacional. Por el contrario, si el período acreditado no permite la obtención de la prestación, no se procederá a la totalización, es decir, no se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas al Sistema de Seguridad Social de otro Estado, para otorgar la prestación española. En este supuesto, el Sistema de Seguridad Social del otro país procederá a totalizar los períodos inferiores a un año y concederá la prestación, si el sujeto protegido reúnen el resto de requisitos, sin aplicar la regla de prorrata temporis (art. 21 C. con Andorra; art. 10 C. con Argentina, “nuevo”; art. 18 C. con Brasil; art. 18 C. con Chile; art. 13 C. con Filipinas; art. 18 C. con Marruecos; art. 8 C. con México; art. 10 C. con Paraguay, “nuevo” art. 15 C. con Perú; art. 13 C. con República Dominicana; art. 18 Túnez; art. 11 C. con Ucrania; art. 10 C. con Uruguay y art. 13 C. con Venezuela). A no ser que el Sistema de Seguridad Social corresponda a Canadá, Rusia o Venezuela, en cuyo caso, se recurrirá a la aplicación de la regla de

totalización y a la regla de prorrateo para el reconocimiento de la prestación (art. 10 C. con Canadá; art. 11 C. con Rusia y art. 13 C. con Venezuela).

También se recurrirá a las reglas de totalización y de prorrateo temporis, en sus términos generales, si los períodos acreditados ante el Sistema de Seguridad Social español y ante el Sistema de Seguridad Social del otro Estado son en ambos casos inferiores a un año (art. 21 C. con Andorra; art. 13 C. con Filipinas; art. 10 C. con Argentina, "nuevo"; art. 10 C. con Paraguay, "nuevo", art. 10 Uruguay; art. 13 C. con Venezuela). En cambio, en otros convenios se establece que en este caso tampoco se prorrateará (art. 15 C. con Perú y art. 13 C. con República Dominicana). Por otra parte, los períodos de cotización inferiores a un año acreditados ante el Sistema de Seguridad Social de otro país son objeto de totalización por parte del Sistema de Seguridad Social español para el reconocimiento de la prestación correspondiente, pero no son, en cambio, objeto de totalización, de manera que su coste económico es asumido íntegramente por nuestro Sistema de Seguridad Social, salvo que se trate de trabajadores de Canadá, Rusia o Venezuela, en cuyo caso, como se acaba de mencionar, para la concesión de la prestación se totalizan y prorratean los diferentes períodos de cotización.

Asimismo, determinados convenios disponen que limitarán la aplicación de la regla de totalización a los períodos efectuados al Sistema de Seguridad Social de otro Estado que sean imprescindibles para recocer la prestación en la cuantía máxima establecida en cada momento por el Sistema de Seguridad Social que deba determinar el contenido de la prestación (art. 20 C. con Andorra; art. 9 C. con Argentina, "nuevo"; art. 13 C. con Canadá; art. 16 C. con Chile; art. 7 C. con México; art. 9 C. con Paraguay, "nuevo"; art. 13 C. con Perú; art. 12 C. con República Dominicana; art. 9 C. con Uruguay y art. 11 C. con Venezuela). Concretamente, respecto al Sistema de Seguridad Social español, el límite está fijado en el número unidades temporales cotizadas necesarias para alcanzar el importe de la pensión de jubilación ordinaria, así como de jubilación "retardada", es decir, si se accede a ella con más de sesenta y cinco años de edad y se acredita un número de años que permita reconocer la pensión en un porcentaje superior al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

Por último, también prevén determinados convenios que si el importe de las pensiones reconocidas por los dos Sistemas de Seguridad Social no es equivalente a la cuantía mínima establecida para la pensión de que se trate en el Sistema de Seguridad Social del Estado en que resida el interesado, se abonará un importe complementario hasta alcanzar dicha cuantía mínima (art. 10 C. con Rusia y art. 10 C. con Ucrania).

De otro lado, nuestro Sistema de Seguridad Social exige, para reconocimiento de las pensiones por incapacidad permanente y jubilación, que el sujeto protegido, además de acreditar el período de carencia genérico, cumpla el período de carencia específico, esto es, para poder causar la pensión no solamente se deben reunir el número de unidades temporales exigidas por la norma (carencia genérica), sino que, además, un número específico de estas unidades temporales deben haberse efectuado en un determinado período de tiempo inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante. Por ello, para facilitar que los trabajadores extranjeros puedan reunir este requisito para acceder a la pensión, un número importante de convenios consideran que reúnen el período de carencia específico si acreditan su cumplimiento ante el Sistema de Seguridad Social del otro Estado. Así, a estos efectos, las cotizaciones efectuadas en el

Sistema de Seguridad Social de otro país, en la acotación temporal fijada para la acreditación de la carencia específica, se tienen en cuenta como si se hubieran efectuado al Sistema de Seguridad Social al que le corresponda reconocer la prestación (art. 16 C. con Australia; art. 10 Acuerdo complementario C. con Brasil; art. 9. con Canadá; art. 19 C. con Chile; art. 44 C. con Marruecos, art. 9 C. con México; art. 11 C. con Paraguay, “nuevo”; art. 16 C. con Perú; art. 14 C. con República Dominicana; art. 13 C. con Rusia; art. 19 C. con Túnez; art. 13 C. con Ucrania; art. 11 C. con Uruguay).

#### **2.4.2. Composición de la base reguladora.**

Otra características de los Sistemas de Seguridad Social de base contributiva, íntimamente conectada con la que se acaba de exponer, fundamentalmente respecto de las pensiones derivadas de contingencias comunes, es que uno de los criterios de cálculo para determinar su cuantía económica está relacionado directamente con el período de carencia exigido para causar la prestación. Efectivamente, con carácter general, las bases de cotización seleccionadas para componer la base reguladora determinante del contenido económico de la pensión (por contingencias derivadas de enfermedad común o por jubilación) son las correspondientes al período de cotización requerido para causar la prestación (en el Sistema español de Seguridad Social, concretamente, en la pensión de incapacidad permanente, de jubilación y supervivencia). En este sentido, la aplicación de la regla de totalización incide sobre este criterio de cálculo de la pensión, puesto que todo o parte del período de carencia puede que esté acreditado en el Sistema de Seguridad Social de otro Estado. Por ello, los convenios bilaterales establecen reglas específicas sobre la composición de la base reguladora para los casos en los que sea necesaria la totalización de los períodos de cotización efectuados a distintos Sistemas de Seguridad Social.

En este sentido, los convenios bilaterales disponen que la base reguladora se compondrá con las bases de cotización reales correspondientes al sujeto protegido durante las unidades temporales inmediatamente anteriores al abono de la última cotización efectuada al Sistema de Seguridad Social español, incrementándose la cuantía así calculada con los aumentos y revalorizaciones establecidos para cada año posterior respecto de las pensiones de la misma naturaleza (art. 24 C. con Andorra; art. 14 C. con Argentina, “nuevo”; art. 15 C. con Australia; art. 21 C. con Brasil; art. C. con Canadá; art. 13 C. con Colombia; art. 23 C. con Chile; art. 33 C. con Marruecos; art. 10 C. con México; art. 14 C. con Paraguay, nuevo”; art. 19 C. con Perú; art. 15 C. con República Dominicana; art. 12 C. con Rusia; art. 20 C. con Túnez; art. 12 C. con Ucrania y art. 14 C. con Uruguay).

#### **2.4.3. Determinación del importe de la pensión.**

Ciertamente, la aplicación de estas reglas sobre la composición de la base reguladora, no agotan las operaciones específicas para calcular el importe definitivo de la pensión correspondiente (Incapacidad permanente, jubilación y supervivencia) a los trabajadores extranjeros, como consecuencia de la totalización y prorrateo de los períodos de cotización efectuados a distintos Sistemas de Seguridad Social. Así pues, se

tienen que realizar las siguientes operaciones para determinar la cuantía de la pensión que finalmente tiene derecho a percibir el sujeto protegido.

En una primera fase, se calcula la llamada pensión “nacional”, esto es, en nuestro caso, el Sistema español de Seguridad Social determina el importe de la pensión, computando únicamente los períodos de cotización acreditados en el Sistema español de Seguridad Social. A continuación, se calcula la denominada pensión “teórica”, es decir, se determina el importe de la pensión computando los períodos acreditados en los Sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados, como si estuvieran acreditados en nuestro Sistema de Seguridad Social. La misma operación realizan los Sistemas de Seguridad Social de los Estados afectados. Finalmente, se calcula la conocida pensión “prorrata”, que no consiste más que en aplicar a la pensión teórica, previamente calculada, el porcentaje que corresponda según los períodos de cotización efectuados a cada Sistema de Seguridad Social (operación que realiza cada Sistema de Seguridad Social afectado), con relación a la duración total de los períodos de cotización acreditados en los distintos Sistemas de Seguridad Social.

En una segunda fase, de acuerdo con las previsiones contenidas en cada convenio, se liquida definitivamente la pensión y se reconoce el derecho del beneficiario a su percibo. En este sentido, unos convenios ordenan que si el beneficiario reúne los requisitos en el Sistema de Seguridad Social competente para reconocer la pensión, en nuestro caso el Sistema español de Seguridad Social, la pensión se reconoce conforme a la legislación nacional interna, concediéndosele al trabajador extranjero la pensión “nacional”. Por el contrario, esto es, si no cumple los requisitos en el Sistema de Seguridad Social competente para reconocer la pensión, se aplica la regla de totalización y se concede, si reúne los requisitos, la pensión prorrata (arts. 13 a 15 C. con Canadá; art. 16 C. con Chile; art. 9 C. con Estados Unidos; arts. 11 a 16 C. Con Filipinas; art. 17 C. con Marruecos y arts. 10 a 14 C. con Venezuela).

En cambio, otros convenios contienen un criterio más favorable para el beneficiario, puesto que disponen que se comparan las cuantías resultantes del cálculo de la pensión “nacional” y de la pensión prorrata y se concede de oficio al interesado la que tenga un importe mayor (art. 20 C. con Andorra; art. 7 C. con Argentina, “antiguo”; art. 9 C. con Argentina, “nuevo”; art. 13 C. con Australia; art. 16 C. con Brasil; art. 9 C. con Colombia; art.7 C. con México; art. 9 C. con Paraguay, “nuevo”; art. 9 C. con Paraguay, “antiguo”; art. 13 C. con Perú; art. 11 C. con República Dominicana; art. 10 C. con Rusia; art. 17 C. con Túnez; art. 10 C. con Ucrania y art. C. con Uruguay).

Finalmente, el convenio con Ecuador recoge el mismo criterio inmediatamente anterior de comparación entre pensión “nacional” y pensión “prorrata”, pero deja a la voluntad del interesado la opción sobre la concesión de una u otra pensión (art. 10 C. Adicional con Ecuador).

## **2.5. Principio de colaboración administrativa.**

Se trata de un principio adjetivo que afecta únicamente en su dimensión interna a los distintos Sistemas de Seguridad Social, aunque también tiene algún tipo de repercusión sobre los sujetos protegidos, en cuanto que son éstos los que se relacionan

con las unidades administrativas que integran los Sistemas de Seguridad Social. Por ello, pese a la carencia de efectos sustantivos sobre los derechos de los beneficiarios, es un principio imprescindible para garantizar la cobertura de los beneficios de Seguridad Social de los sujetos protegidos. Efectivamente, mediante este principio se establece la colaboración entre las diferentes administraciones de Seguridad Social para la gestión de los derechos y obligaciones de los sujetos que constituyen la relación de Seguridad Social. Consiste, fundamentalmente, en la facilitación de información sobre todas las cuestiones de interés para los Sistemas de Seguridad Social sobre los sujetos incluidos en ellos (trabajadores, empresas, beneficiarios, o cualquier persona que tenga alguna relación), en la prestación recíproca de asistencia técnica, a través de las denominadas oficinas de enlace, en la compensación y reintegro de los gastos asumidos, cuando los soporta el Sistema de Seguridad Social al que no le corresponde correr con el coste, en establecer mecanismos para solucionar amistosamente los conflictos que puedan surgir, y, en fin, -y éste es quizás el efecto más importante de la aplicación de este principio- en acercar a los interesados la administración de la Seguridad Social para que puedan, con carácter general, presentar solicitudes y documentos en el Sistema de Seguridad Social del país de residencia, aunque no sea el competente para reconocer la prestación. Con ello, la solicitud de prestaciones presentada ante el Sistema de Seguridad Social de un país se considera presentada ante el Sistema de Seguridad Social del otro país vinculado por el convenio, si el interesado expresa que ha prestado servicios profesionales en dicho país (art. 22.3 C. con Australia; art. 30 C. con Brasil; art.20.2 C. con Canadá; art. 22 C. con Colombia; art. 24 C. con Estados Unidos; art. 25.2 C. con Filipinas, no exige mención expresa del interesado; art. 38 C. con Marruecos; art. 22.2 C. con Uruguay y art. 20 C. con México).

Algunos convenios añaden que, si no se hubiera manifestado expresamente, pero se deduce de la documentación aportada ante el Sistema de Seguridad Social de un Estado, se considerará presentada ante el Sistema de Seguridad Social del otro Estado (art. 37.2 C. con Andorra; art. 20.2 C. con Argentina, “nuevo”; art. 35 C. con Chile; art. 26 C. con Paraguay, “nuevo”; art. 31 C. con Perú; art. 30 C. con República Dominicana; art. 20 C. con Rusia; art. 36 C. con Túnez y art. 18.2 C. con Ucrania).

Otros convenios establecen simplemente que la solicitud de la prestación debe presentarse ante el Sistema del país de residencia art. 16 C. con Argentina, “antiguo”; art. 15 C. con Ecuador; C. con Paraguay, “antiguo”, art. 12 Acuerdo administrativo, precisándose que si se residiera en otro país, se debe enviar al Sistema de Seguridad Social por el que se hubiera estado protegido por última vez; art. 5 Acuerdo Administrativo del C. con Venezuela).

Pero la colaboración no se limita únicamente a la recepción de la documentación por la administración del Sistema de Seguridad Social de un Estado que no es competente para reconocer la prestación solicitada con los mismos efectos de haberse presentado ante la administración del Sistema de Seguridad Social del Estado competente, sino que se extiende a la remisión de la documentación al Sistema de Seguridad Social del Estado al que corresponde reconocerla, a facilitarle la información precisa para ello e, incluso, a abonar anticipos al interesado durante la tramitación del expediente para su concesión, si comprueba, como recogen algunos convenios, el posible derecho del sujeto protegido a la prestación solicitada (art. 27 C. con Andorra y art. 19 C. con Ecuador). En otros convenios, se condicionan este derecho a que el solicitante se encuentre en situación de necesidad, fijándose su dispensación de forma

discrecional (art. 39 C. con Marruecos y art. 15 Acuerdo Complementario del C. con Paraguay, “antiguo”).

Consecuentemente, se establece que si, tras el reconocimiento del derecho a la prestación por el Sistema de Seguridad Social del Estado competente, la cuantía anticipada excediera de la que realmente le corresponde al beneficiario, la entidad que ha anticipado podrá solicitar a la entidad concedente la retención de la citada cuantía sobre los atrasos de la prestación reconocida a favor del interesado (art. 27 C. con Andorra). En cualquier caso, es norma común de la mayoría de convenios el establecimiento de una disposición sobre recuperación de pagos indebidos, con la finalidad de garantizar a la entidad que ha anticipado o pagado una prestación por importe superior al debido, su derecho a recuperar la cuantía abonada en exceso, mediante la retención practicada a los atrasos de la prestación del beneficiario por la entidad concedente de la mencionada prestación (art. 24 C. con Australia; art. 23 C. con Colombia; art. 36 C. con Chile; art. 27 C. Con Paraguay, “nuevo”; art. 32 C. con Perú; art. 26 C. con República Dominicana y art. 38 C. con Túnez).

Por último, el pago de la prestación definitivamente reconocida se efectúa directamente por la entidad financiera del Sistema de Seguridad Social del Estado competente para su reconocimiento, con carácter general, en su moneda oficial (art. 4 Acuerdo Complementario del C. con Argentina, “nuevo”; art. 38 Brasil; art. 21 C. con Canadá; art. 25 C. con Colombia; art. 9 C. con Estados Unidos; art. 28 Filipinas; art. 10 Acuerdo complementario del C. con Paraguay, “nuevo”; art. 13 Acuerdo Administrativo con Rusia y art. 20 C. con Ucrania). En nuestro caso, el pago de la prestación se efectúa por la TGSS directamente al beneficiario, mediante transferencia a la entidad bancaria designada por el interesado del importe en euros reconocido, como contenido de la correspondiente prestación.

## **V. EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR**

### **V.I. PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL: ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL**

Tras el estudio de los pormenores del régimen de los trabajadores denominados “regulares” así como de las características y requisitos que diferencian unos de otros, se pretende aquí realizar un análisis acerca de la aplicación del Sistema de Seguridad Social al conjunto de trabajadores extranjeros en situación irregular.

La exigencia de que el Sistema de Seguridad Social acoja en su ámbito de protección a los trabajadores extranjeros se encuentra, aparte de en textos internacionales y comunitarios ya analizados, en el mandato constitucional de la igualdad y no discriminación establecidos en el art. 14 CE. Se afirma que, en general, la misma existencia de la extranjería implica una lógica de diferenciación y discriminación. Una discriminación (más bien, diferenciación) que no puede dudarse que está permitida puesto que se trata de personas que, en teoría y respecto de los nacionales, ocupan posiciones diferentes. Ahora bien, este trato diverso únicamente es legítimo en supuestos en que la diversidad de posición “sea relevante y justifique el diferente trato”; cuestión discutible cuando la única diferencia reside en la condición de nacionalidad (RUIZ DE HUIDOBRO, 2006, pág. 71). Es más, el hecho de que un extranjero cumpla o no una serie de requisitos impuestos por las normativas nacionales deriva en la aparición de dos grupos diferenciados de extranjeros, regulares o irregulares, los últimos de los cuales reciben un trato más desfavorable aún que los primeros (RUIZ DE HUIDOBRO, 2006, pág. 72). En todo caso, no puede ignorarse que el hecho del alto volumen de inmigración irregular obliga a “conciliar la realidad social con la jurídica obligando a dotar a los irregulares de un estatus jurídico, siquiera sea mínimo (RODRÍGUEZ INIESTA, 2005).

De lo anterior han surgido diversas teorías que abogan por la sustitución del criterio de la nacionalidad por el de la ciudadanía (DE LUCAS, 2005) o incluso por un sistema universalista (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2006, pág. 226). El primero de ellos defiende la utilización del criterio de ciudadanía como elemento determinante para el tratamiento de los extranjeros. De esta forma, afirma que el reconocimiento de derechos se fundamenta en la residencia estable, aunque sin precisar si se refiere a la residencia legal o no (RUIZ DE HUIDOBRO, 2006, pág. 83), elemento fundamental en la Seguridad Social, por ejemplo, para el acceso a prestaciones de nivel no contributivo. En todo caso, esta teoría ha sido criticada ya que, en definitiva, no hace sino complicar el panorama actual al no eliminar la utilización de los criterios de nacionalidad (RUIZ DE HUIDOBRO, 2006, pág. 85).

En cambio, la segunda opción va más allá valorando la posible tendencia, propiciada por la globalización mundial y la imparable inmigración, hacia una universalidad, guiándose más por criterios morales y de solidaridad que por los de nacionalidad. De esta forma, citando palabras de IGNACIO SOTELO se dice que “los universalistas, entendiendo como tales a quienes sostienen la existencia de «preceptos de una moral racional de validez universal, de modo que titulares del correspondiente derecho moral son todos los seres humanos, sea cual sea su raza, su cultura o el sistema

jurídico-político en que vivan», han de considerar la diferencia entre el estatuto jurídico del ciudadano y del extranjero como una cuestión «provisional, coyuntural y expresiva de un defecto moral de las sociedades, defecto que deberá ser corregido en el menor tiempo posible y con los mejores medios que a ese fin se pueda disponer, con el objetivo de que en la sociedad en cuestión puedan hacerse efectivos el cosmopolitismo, el igual respeto y la solidaridad demandada por la ética universalista» (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2006, 226).

Entre todo este panorama, la STC 95/2000, así como la STC 107/1094, ya diferenciaban entre tres distintos niveles de aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el supuesto de los extranjeros. Niveles que se sustentan en la naturaleza del derecho fundamental a que se haga referencia. De esta forma, se distingue entre los derechos fundamentales disfrutados en condiciones idénticas a los nacionales; los que se reconocen únicamente a los nacionales; y, por último, los que pueden ser disfrutados por los extranjeros “en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto de los nacionales”. En este último nivel es donde se localizan los derechos relacionados con el Derecho del Trabajo y con la Seguridad Social (RIVERA SÁNCHEZ, 2002). Por tanto, puede decirse que el extranjero tiene derechos “en virtud de un triple status: como persona, como extranjero residente y como trabajador” (GÓMEZ GORDILLO, 2001, pág. 276).

A partir de lo anterior, en este epígrafe se analiza si el funcionamiento previsto en la aplicación de los actos de encuadramiento y obligación de cotización sigue las ideas señaladas ya que las normativas específicas en materia de extranjería “evidencian la ingobernabilidad de la inmigración, al menos a escala nacional, y optan por poner a la luz jurídica la inmigración irregular procurando a sus protagonistas un estatuto jurídico, si bien incompleto, que les rescata, en parte, del limbo jurídico en el que hasta entonces se encontraban” (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2006, pág. 199). Esto es, se trata de examinar los problemas y las cuestiones fundamentales que se presentan en el supuesto de los extranjeros irregulares y, en concreto, en cuanto a lo referido a los actos de encuadramiento y cotización en el Sistema de Seguridad Social. De esta forma, el objetivo de análisis de este apartado se delimita en función de un doble elemento, uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo se centra en los extranjeros irregulares, lo que quiere decir que puede tratarse bien de un extranjero sin residencia legal en España (DE LA VILLA GIL, 2005) o bien sin autorización para trabajar, ya que en el supuesto de que se trate de un extranjero sin residencia legal, se deduce que también carece de la mencionada autorización; en cuanto al elemento objetivo, únicamente se hará referencia a los actos de encuadramiento y cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, que como se sabe funciona como referente general de la interpretación y aplicación de las normas del Sistema que rigen la materia de actos de encuadramiento y de cotización.

Puesto que ya se ha analizado anteriormente el ámbito subjetivo, se procederá a aportar ciertas nociones generales en cuanto al ámbito objetivo para, en un momento posterior, proceder a su análisis exhaustivo.

## **1. EL ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES**

Como se sabe, cuando se habla de dos temas como el encuadramiento y la cotización al Sistema de la Seguridad Social, se está haciendo referencia al nivel contributivo. El encuadramiento, regulado en el RD 84/1996 y en la LGSS, consiste en un acto formal de tipo declarativo que pretende dejar constancia de la adscripción de un determinado sujeto al sistema de Seguridad Social, en razón del desempeño de una actividad profesional; por eso el encuadramiento es un acto administrativo de respuesta a la solicitud formalizada por quien, al desempeñar un trabajo, tiene el derecho y la obligación de incorporarse al Sistema de Seguridad Social, convirtiéndose en sujeto protegido, aunque todavía no sea beneficiario de prestación social alguna (GONZÁLEZ ORTEGA; BARCELÓN COBEDO; QUINTERO LIMA, 2008, 99). Dicha adscripción se produce únicamente por reunir los caracteres exigidos y estipulados por la LGSS que, en general, se localizan en su condición de ciudadano o residente legal que desarrolla una actividad profesional igualmente regular.

Como se acaba de indicar, este encuadramiento únicamente tiene efectos o es exigible en uno de los niveles del sistema, el profesional. Diversos motivos se han aducido para ello, destacando la conveniencia de especificar con claridad en qué momento comienza la obligación económica del sujeto adscrito y desde qué momento se inicia su periodo de carencia, exigido para determinadas prestaciones (GONZÁLEZ ORTEGA; BARCELÓN COBEDO; QUINTERO LIMA, 2008, 100-101).

El encuadramiento consta, a su vez, de determinadas acciones o supuestos: inscripción de empresas, afiliación, alta y baja. Puesto que este estudio tiene un enfoque dirigido a la situación del trabajador, y en concreto del trabajador irregular, se centrará la atención en las tres últimas.

Por lo que se refiere a la afiliación, este hecho se caracteriza por ser única, general y vitalicia (SANCHO SALA, 2005) ya que es el acto administrativo por el cual la TGSS reconoce que la persona que lo solicita es un sujeto incluido en el campo de aplicación del sistema (MARTÍNEZ LUCAS, 1996). De esta forma, se afirma que el acto de afiliación es administrativo pues, para que tenga efecto, es necesaria, además de la solicitud, el reconocimiento por parte del órgano administrativo que, en este caso, es la TGSS. Es además un acto obligatorio para el empresario en el caso del Régimen General de la Seguridad Social de acuerdo con el art. 101 LGSS; sin perjuicio, eso sí, de que el propio trabajador pueda instar la solicitud como una facultad que se le atribuye de modo subsidiario (MARTÍNEZ LUCAS, 1996).

El cuanto al alta, no posee ninguno de los caracteres anteriormente mencionados y es el acto que se produce cada vez que se inicia una relación laboral. No es general porque dependerá del régimen y de la actividad; no es vitalicia, puesto que se alterna con las eventuales bajas que se produzcan cuando se cese en la actividad que le dio origen; y no es única, ya que se compagina con los sucesivos actos destinados al mismo fin a lo largo de la vida laboral del trabajador o, incluso, puede simultanearse con otras altas debidas a otras actividades (pluriempleo y pluriactividad). A esta alta expresa, obligación que debe cumplir el empresario, se añade la figura del alta presunta, prevista para determinados supuestos en que se produce una ausencia de alta imputable al

empresario, de acuerdo con el art. 125.3 LGSS (GONZÁLEZ ORTEGA; BARCELÓN COBEDO; QUINTERO LIMA, 2008, pág. 104).

El incumplimiento de estas previsiones conlleva la aplicación de un régimen de responsabilidades que varía en función del supuesto de que se trate. Sin entrar en el análisis de la misma, puesto que corresponde a otro apartado de este trabajo, puede adelantarse que, en casos en que no se cumpla el requisito de solicitar el alta del trabajador, existen dos supuestos con distinto resultado en términos de protección. En primer lugar, si se está ante un caso en que la LGSS prevé la figura del alta presunta, la Entidad Gestora deberá proceder al pago de la prestación al trabajador repitiendo la misma posteriormente contra el empresario. En cambio, si se trata de un supuesto en que no cabe el alta presunta, el trabajador quedará desprotegido. Este hecho es particularmente relevante, como se verá, en el caso de los trabajadores extranjeros en situación irregular, ya que, si se parte de que los actos de encuadramiento presentan un carácter formal y declarativo, puede llevar a sorpresa el hecho de que, ante la ausencia del mismo, estando el trabajador incluido en el campo de aplicación (en un supuesto genérico, se entiende) quede desprotegido por el sistema de la Seguridad Social y deba dirigirse por sus propios medios al empresario. (GONZÁLEZ ORTEGA; BARCELÓN COBEDO; QUINTERO LIMA, 2008, pág. 106). Si esto sucede, por tanto, con un trabajador incluido en el campo de aplicación de la Seguridad Social (aunque no se hayan cumplido respecto de él las obligaciones de encuadramiento), habrá que analizar qué acontece en el caso de un trabajador que no lo está por no reunir los requisitos que la legislación española le exige para desempeñar una prestación laboral de forma regular y, en consecuencia, poder solicitar la inclusión formal en el Sistema como sujeto protegido, con título por tanto para exigir las prestaciones correspondientes en el momento de actualización de alguna de las contingencias protegidas.

## **2. LA COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES**

### **2.1. La obligación de cotizar**

El segundo de los elementos que aquí se pretende analizar es el de la cotización. El Régimen Económico-Financiero se regula en el Capítulo VIII del Título I de la LGSS y se desarrolla para el Régimen General el en Capítulo XII del Título II de dicha norma. Las cuotas de las personas obligadas constituyen la principal fuente de financiación del sistema español de SS y su régimen se encuentra recogido tanto en la LGSS como en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre. Gravan proporcionalmente los salarios o ingresos de las personas protegidas por el sistema. En el caso del trabajo por cuenta ajena, se encuentran obligados por igual los trabajadores y sus empresario. En el supuesto de trabajadores autónomos, únicamente son ellos los obligados.

La obligatoriedad de estas cuotas viene determinada por la obligación de la cotización, que constituye el principal instrumento mediante el cual se obtienen los medios económicos necesarios para contribuir al sostenimiento de los costes económicos de la previsión social. Puede definirse, pues, como “la obligación impuesta por la Ley a ciertos individuos y entidades, de contribuir al sostenimiento de las cargas económicas de los distintos regímenes de la SS, de acuerdo con ciertos criterios,

también fijados legalmente” (GONZÁLEZ ORTEGA; BARCELÓN COBEDO; QUINTERO LIMA, 2008, pág. 129). Así, la cotización se traduce en el abono, por los periodos estipulados y en los plazos establecidos, por parte de los sujetos obligados y/o responsables, que se especifican más adelante, de una cantidad compuesta, en principio, por tres sumandos: cotización por contingencias comunes, cotización por contingencias profesionales, y cotización por desempleo, FOGASA y formación profesional.

La naturaleza jurídica de la cotización es discutida, habiéndosele atribuido carácter de prima de seguro privado o del salario de previsión por los jurídico-privatistas, y de obligación tributaria o exacción parafiscal por los que se ubican en el ámbito jurídico-público. En la actualidad su dimensión eminentemente social hace que la tesis más aceptada (VIDA SORIA, 2007) sea la de su consideración como una obligación de carácter fiscal pero en sentido muy lato (STC 124/1989). Aun así se insiste en la especialidad de su carácter de modo que no cabe su identificación con los tributos, entre otros motivos porque su naturaleza y regulación se encuentra al margen de la Ley General Tributaria.

Por otro lado, desde un punto de vista subjetivo, se han de distinguir dos categorías de sujetos: los sujetos obligados a contribuir y los sujetos responsables. A ambos se hará referencia en este apartado.

#### a.- Sujetos obligados

Por lo que se refiere a los sujetos obligados, por tales se entiende aquellos sobre los que pesa el deber legal de cumplir de forma directa con la obligación de cotizar, cualquiera que sea el Régimen de SS. De este modo, son sujetos pasivos u obligados a cotizar los trabajadores y asimilados comprendidos en el sistema de SS y los empresarios por cuya cuenta trabajen. Así, pues, la cotización estará integrada por dos aportaciones: la cuota obrera, que corresponde al trabajador y la cuota patronal, del empresario. En todo caso, esta dualidad se produce únicamente para la cobertura de las contingencias comunes, pues respecto de las profesionales la cotización completa corre a cargo exclusivo de los empresarios. Esto se justifica porque es sobre él sobre el que pesa la obligación de protección eficaz frente a los riesgos profesionales (arts. 103.3 y 108 LGSS; art. 14 LPRL).

La aportación del empresario tiene un peso sustancialmente mayor a la del trabajador, aspecto que se justifica jurídicamente en que es aquél el que debe cubrir las contingencias que puedan sobrevenir a sus trabajadores durante la prestación de servicios.

En cuanto al sistema de cálculo, en general se opta por un módulo de cálculo artificial, estableciendo topes mínimo y máximo de cotización. El mínimo puede calificarse de razonable al ser equivalente al salario mínimo interprofesional, pero el segundo es muy variable y equivale a una cuantía que se fija por periodos anuales. Es por ello que se tacha a este tope máximo de insolidario al exonerar de toda aportación a las rentas más altas imponiendo un mayor sacrificio a las más reducidas.

## b.- Sujetos responsables

Los sujetos responsables son aquéllos que, por su especial situación, resultan obligados materialmente a ingresar las cantidades adeudadas en concepto de cotización en la TGSS. Su fundamento se encuentra en la búsqueda de una garantía para el sujeto acreedor o activo así como la simplificación administrativa y la unificación del acto de percepción de cuotas.

En principio, el sujeto responsable es el empresario, pues debe ingresar en su totalidad las aportaciones propias por todas las contingencias, así como las de los trabajadores a su servicio y documentar debidamente las cantidades adeudadas al ingresarlas en la TGSS. Para ello descontará, en el momento de hacer efectivas las retribuciones, la aportación correspondiente a cada uno de sus trabajadores. De no hacerlo en su momento, correrá de su cargo la totalidad de las aportaciones (arts. 104.2 LGSS y 22.4 RGCL). Por otra parte, si habiendo procedido al descuento, no lo ingresa en el plazo debido, contraerá la responsabilidad de su abono ante la TGSS y la responsabilidad directa en materia de prestaciones (art. 128 LGSS y 94 LSS) así como en el orden administrativo sancionador como infracción muy grave y, en su caso, en el orden penal (art. 15.2 y 23.1.b LISOS y art. 307 CP). Estas obligaciones presentan el carácter de indisponibles, de modo que cualquier tipo de pacto, individual o colectivo, por el que uno de los sujetos obligados asuma el abono, será nulo (art. 7.3 RGCL).

## 2.2. Dinámica de la obligación de cotizar

Particular interés reviste lo referido a la dinámica de la obligación de cotizar, en concreto, el régimen de nacimiento y extinción de la misma.

### a.- Nacimiento

La obligación de cotizar nace con el comienzo de una actividad profesional, aún cuando se hayan incumplido las exigencias inscripción, afiliación y alta (art. 106.1 LGSS y 12 RGC). Lo mismo sucede con la mera solicitud de afiliación y/o alta ante la TGSS, que presume iniciada la actividad desde la fecha indicada en la solicitud, sin perjuicio de los procedimientos específicos en materia de encuadramiento (arts. 32 y concordantes RA y 12 RGC). De esta forma, si en el primer supuesto el inicio de la prestación de trabajo conlleva un presunción de “deber” estar de alta, en el segundo caso, es la mera solicitud la que conlleva la presunción de haberse iniciado la relación laboral y en qué momento.

### b.- Duración

La cotización es obligatoria durante todo el periodo en que el trabajador desarrolle su actividad o preste los servicios determinantes de su inclusión en el correspondiente régimen (art. 13 RGCL). En el RGSS esta obligación se mantiene durante todo el periodo que el trabajador esté en alta en dicho régimen o preste sus servicios aunque éstos revistan carácter discontinuo. Es por ello que se prevén supuestos en que la cotización subsiste como es los casos de IT, maternidad y riesgos por embarazo.

### c.- Extinción y prescripción

La extinción se produce con el cese en el trabajo, actividad o en la situación determinante del nacimiento y subsistencia de la obligación cotizar, siempre que se comunique la baja en el tiempo y forma establecidos. De este modo en el caso de no solicitar la baja o hacerlo fuera de plazo o en modelo o medio distinto de los establecidos, no se extingue la obligación de cotizar hasta el día en que se cumpla dicha obligación o la TGSS reconozca el cese y curse la baja de oficio (art. 14.2 y 3 RGCL). No obstante, la mera solicitud formal y correcta de la baja no extingue la obligación de cotizar si continuase realmente la prestación de servicios.

Cabe dar efectos retroactivos a las bajas extemporáneas, pues los interesados pueden probar que el inicio de actividad no se produjo en la fecha indicada en el alta o que el cese en la actividad o situación determinante tuvo lugar en otra fecha, a efectos de la extinción de la obligación de cotizar, con la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas y el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas, salvo prescripción. La prescripción del pago de cuotas es a los cuatro años desde la fecha en que debieron ser ingresadas, siendo dicho plazo también el de conservación de los documentos de cotización y de la baja formalizada (art. 21 LGSS).

### 2.3. La determinación de la cuota

El objeto de la relación jurídica de cotización está constituido por la cuota, entendida como suma dineraria que los cotizantes han de pagar a la SS. De esta forma, la cuota se define de la siguiente forma: *" la cuota de la Seguridad Social expresa el importe de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un tiempo reglamentariamente delimitado, designado período de liquidación, respecto de los sujetos obligados a cotizar."* (art. 6.2 RGCL).

Para el cálculo de dicha cuota es necesario realizar una operación aritmética consistente en *"aplicar un porcentaje, llamado tipo de cotización, a una cantidad fijada en las normas aplicables a la cotización en los diferentes Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, denominada base de cotización, y de deducir, en su caso, el importe de las bonificaciones y/o reducciones que resulten aplicables, sin perjuicio de que su cuantía pueda ser fijada directamente por las normas reguladoras de la cotización en los distintos Regímenes del Sistema"*. (art. 6.2 RGCL). Por tanto, la operación a realizar es la siguiente:

$$C = TC * BC - R$$

En el sistema español de SS, la cuota se divide en tres fracciones de cuota, cada una de las cuales tiene reglas especiales para calcular la base de cotización y a cada una de esas bases se les aplican distintos tipos o porcentajes de cotización. En definitiva, se trata de un sistema que se asemeja considerablemente al tributario.

### **3. ESPECIALIDADES EN EL SUPUESTO DE TRABAJADORES EXTRANJEROS IRREGULARES**

Una vez expuesto de forma somera lo referido a los procesos de encuadramiento y a la obligación de cotizar dentro del Sistema de Seguridad Social, queda claro que el campo material de este apartado está dedicado al nivel contributivo de la Seguridad Social. Tanto porque el encuadramiento únicamente es obligatorio en este caso como por cuanto la obligación de cotizar existe asimismo sólo en el nivel contributivo.

De esta forma, lo que aquí se pretende esclarecer es el funcionamiento de este mecanismo en un supuesto en que el elemento subjetivo reviste cierta peculiaridad. Se trata de aquéllos sujetos que, siendo trabajadores, son extranjeros no comunitarios y, además, se encuentran en España en situación irregular. Anteriormente ya se han tenido en consideración los requisitos exigidos, y sus consecuencias, para que un trabajador procedente de un Estado no perteneciente a la Unión Europea se encuentre en situación regular en España y pueda desarrollar una actividad, ya sea por cuenta ajena o propia, en nuestro país. Pues bien, en el supuesto de que dichos sujetos no reúnan tales requisitos (permiso de residencia, autorización de trabajo) se estará ante lo que se denomina habitualmente como trabajador extranjero irregular.

Esta situación puede plantearse en dos direcciones: la primera de ellas es aquella en que un trabajador extranjero irregular realiza una prestación laboral para un empresario que, pesando sobre él la obligación de solicitar la autorización para trabajar (SANCHO SALA, 2005), no lo hace, no la conceden, o contrata al extranjero sin que éste sea residente legal en el país; la segunda es aquella en que el empresario contrata un trabajador extranjero regular y no cumple con las obligaciones empresariales de encuadramiento (comunes para todos los trabajadores, sean nacionales o extranjeros), derivando la situación del extranjero en irregular. Pero no es, en este último caso, una irregularidad laboral (de la que se derivan consecuencias inevitables en el ámbito de la Seguridad Social), sino una irregularidad exclusiva de Seguridad Social, fruto del incumplimiento empresarial de sus estrictas obligaciones en el terreno de la protección social. Y, de la misma forma que la primera de las irregularidades sí interesa en este trabajo (por cuanto específica de los extranjeros que, al no haber obtenido las autorizaciones correspondientes tiene prohibido, en principio, desarrollar ninguna actividad profesional y, por lo mismo, ven obstaculizado su acceso a los sistemas de protección social), la segunda de las irregularidades (exclusivamente en el terreno de la Seguridad Social) puede ser compartida con trabajadores nacionales, los cuales pondrá ser, como los extranjeros autorizados para trabajar, irregulares desde el exclusivo punto de vista de la Seguridad Social. Evidentemente es la primera de las situaciones, la irregularidad laboral de los extranjeros (con repercusiones en el ámbito de la Seguridad Social) la que aquí interesa especialmente.

#### **3.1. Los actos administrativos de extranjería como determinantes del encuadramiento y de la obligación de cotizar. ¿Prestación laboral o autorizaciones como elementos fundamentales?**

El primero de los supuestos a tratar es aquél en que un extranjero es contratado fácticamente (podría decirse mejor que "utilizado" laboralmente) por un empresario,

pero no reúne los requisitos formales y documentales exigidos por la legislación, laboral y de extranjería, para poder trabajar regularmente y, en consecuencia, encuentra dificultades insalvables para poder ser afiliado o dado de alta en el Sistema de Seguridad Social. Esto es, se trata de un trabajador extranjero no comunitario que carece de residencia legal o de autorización para trabajar. Puesto que la obtención de la autorización para trabajar consiste en un trámite que debe realizar el propio empresario, su carencia puede llevar a los siguientes supuestos de actuación desviada:

a.- Solicitud de afiliación y alta sin cumplimiento de los requisitos exigidos, ya sea porque el trabajador no posee autorización para trabajar (art. 42 RD 84/1996) o residencia legal; ambas actuaciones con la finalidad de legalizar al trabajador por la vía de la solicitud de encuadramiento en la Seguridad Social. El primer supuesto es ahora más complicado al establecer la TGSS por Circular 5-004 de 13 de febrero de 2001 (OLARTE ENCABO, 2002, pág. 335) que no se estimará la solicitud de afiliación o alta inicial de un trabajador si no se les ha concedido anteriormente la autorización para trabajar; no siendo suficiente la mera solicitud, evitando así la práctica habitual de los empresarios de utilizar estas solicitudes como vías para legalizar a los trabajadores. (FERNÁNDEZ COLLADOS, 2003). Un supuesto distinto es aquél en que la autorización que posee el trabajador se refiere a un ámbito de actividad profesional (sector o tipo) que no se corresponde con la prestación laboral que efectivamente desempeña.

b.- Desarrollo de la prestación laboral sin solicitud de afiliación ni alta, en relación con un trabajador irregular en el sentido administrativo y laboral del término.

c.- Supuesto especial: desarrollo de la prestación laboral sin solicitud de afiliación ni alta pero posterior regularización de la situación tras el acceso por el extranjero a la situación regular.

Además hay que tener en cuenta otra opción posible como es aquélla en que el trabajador no ha sido dado de baja de su anterior prestación laboral, posteriormente pierde su autorización para trabajar o su residencia legal e inicia un nuevo trabajo o continúa con el anterior. Esto es, se trata de un caso de irregularidad sobrevenida que se encuadraría en uno de los supuestos anteriores pero teniendo en cuenta que este trabajador puede cotizar sin que la TGSS detecte fácilmente su situación irregular y además se ha incumplido el trámite de la baja del Sistema de Seguridad Social. Esto es lo que se ha denominado “interferencia de la dinámica de las autorizaciones de duración determinada previstas en el art. 55 RELOEX” (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2006, pág. 219). Se trata, por ejemplo, de las autorizaciones de duración determinada con el límite de un año; de modo que, si el contrato de duración determinada supera ese tiempo, como podría ser el supuesto de un contrato de obra o servicio determinado o de un contrato eventual, cuya duración desborda el tiempo de vigencia establecido inicialmente para la autorización administrativa. En todo caso, son situaciones que podrán salir a la luz con más facilidad en el momento en que, al realizarse la contingencia, el trabajador solicite alguna prestación de la Seguridad Social.

A partir de lo anterior, se trata de considerar cómo afecta este estatus irregular a los concretos supuestos y actos de encuadramiento y de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social.

a.- Funcionamiento del sistema e interpretaciones anteriores a la aprobación de la LOEx

Por lo general el itinerario que se sigue desde la incorporación de un trabajador al Régimen General de la Seguridad Social hasta el eventual acceso a una prestación es el siguiente: en primer lugar, se solicita la afiliación y/o el alta del trabajador; posteriormente, se procede a dar cumplimiento a la obligación de cotización y, caso de producirse una contingencia y cumpliendo los requisitos pertinentes de carencia, se accede a la prestación. Este procedimiento es, como se ha dicho, exactamente igual al del trabajador nacional en el caso del trabajador extranjero respecto del cual si se han cumplido los requisitos administrativos de residencia legal y autorización para trabajar. A lo anterior hay que añadir una idea básica en el terreno de la cotización al Sistema de Seguridad Social cual es la que se establece en el art. 106.1 LGSS; esto es, el nacimiento de la obligación de cotizar aun cuando no se haya dado cumplimiento al primero de los pasos señalados (el acto de encuadramiento), si se ha iniciado la prestación laboral. Lo que tiene plena operatividad en relación con el trabajador extranjero regular; jugando respecto de él (de la misma forma que si se tratara de un trabajador nacional) la naturaleza constitutiva (de la obligación de encuadrarse y de cotizar) de la prestación laboral y, en consecuencia, la meramente declarativa (aunque con matizaciones) de los actos formales de encuadramiento.

En el caso de los extranjeros irregulares la cuestión es más compleja. Como se ha dicho, el proceso anterior parte del cumplimiento adecuado de las exigencias administrativas que hacen que la situación del trabajador extranjero sea regular: la obtención de la residencia legal y de la autorización para trabajar. Por ello, su incumplimiento determina una irregularidad laboral de partida que se proyecta, como tal irregularidad, en el terreno de la Seguridad Social. Por cuanto, en principio, la regularidad o irregularidad en el ámbito de la Seguridad Social no es independiente de la regularidad o irregularidad en el terreno laboral. Quizás pudiera serlo (se trataría en fin de una opción normativa, obviamente posible); de forma que la irregularidad laboral (que tendría sus propias consecuencias, efectos, sanciones y responsabilidades) no tendría por qué afectar a la irregularidad en el terreno de la protección social, debido a la relevancia sustantiva que se atribuiría al dato fáctico de la prestación de trabajo.

Es verdad que, con esta opción, se introduciría una evidente contradicción entre la irregularidad laboral (que si bien no conduce a la nulidad del contrato ex art. 36 LOEx sí tiene consecuencias en este ámbito como la imposibilidad de ejercicio de derechos laborales básicos como, por ejemplo, la reclamación de readmisión en el puesto de trabajo tras un despido sin causa) y la regularidad en el terreno de la Seguridad Social (por tratarse de un trabajador afiliado o dado de alta con normalidad pese a su irregularidad laboral). Pero se trataría de una contradicción que (al margen de sus efectos en otros planos, consolidando por ejemplo el efecto llamada de la inmigración irregular) daría prioridad a la tutela social del contratante débil (sin duda, el extranjero no regularizado). Algo de esto sucede en el terreno laboral, donde la irregularidad no impide el ejercicio de derechos fundamentales laborales (como así ha destacado el Tribunal Constitucional en varias Sentencias del año 2008) ni el ejercicio de acciones de reclamación (salariales o de otro tipo) dirigidas contra el empresario. Pero no parece que sea ésta la opción de la norma respecto de la Seguridad Social, aunque pueda adelantarse que el hecho de la prestación del trabajo y la irrupción de alguna de las contingencias establecidas en la LGSS no deja de tener alguna repercusión

de tipo prestacional o indemnizatorio. Sobre esto se volverá en otros apartados de este trabajo. La situación típica, pues, que hay que abordar aquí es la del trabajador extranjero irregular laboral y su relación formal o documental (con sus consecuencias materiales, obviamente) con el Sistema de Seguridad Social.

Pues bien, con anterioridad a la LOEx esta problemática ha recibido el siguiente tratamiento fruto de una evolución temporal (MARÍN; GALLEGO: 2005, 61 y ss.). En un principio, podían existir solicitudes de afiliación y de alta sin reunir el trabajador extranjero los requisitos exigidos para el acceso al Sistema de Seguridad Social (básicamente, la carencia de autorización de trabajo), que incluso podía ser aceptadas positivamente, pero que, detectada la situación, provocaban una baja de oficio por parte de la TGSS y la declaración de invalidez de las eventuales cotizaciones que hubieran podido realizarse. En consecuencia, el trabajador extranjero irregular era considerado un trabajador externo al Sistema de Seguridad Social, cuya adscripción era jurídicamente imposible y respecto del cual el hecho de la prestación laboral era irrelevante. Se trataba de un momento en que la LOEX aún no había sido aprobada y, desde el punto de vista de la protección social, sólo se contaba con un apoyo normativo para que el trabajador extranjero irregular pudiera obtener prestaciones del Sistema de Seguridad Social, en situaciones muy concretas como son las de contingencias derivadas de la actualización de riesgos profesionales. Sólo el Convenio nº 19 OIT de 1925, de igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de accidentes de trabajo (ratificado por España el 24 de mayo de 1928) atribuía a los trabajadores extranjeros irregulares, sobre la base de la igualdad de trato, el derecho a recibir prestaciones del sistema de protección social equivalentes a las de los trabajadores extranjeros regulares o nacionales y ello aunque (irregularidad en Seguridad Social derivada de la irregularidad laboral) ese trabajador no hubiera sido encuadrado en el Sistema ni se hubieran producido cotizaciones en relación con su prestación laboral.

Posteriormente, se produce un giro jurisprudencial a partir de sentencias como la STS de 4 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2100). Se afirma que, ante supuestos en que no se produzca ni el alta ni la afiliación, la obligación de cotizar persiste puesto que, de acuerdo con el art. 106.1 LGSS, el nacimiento de esta obligación se produce a partir del inicio de la prestación laboral y por tanto es independiente de los actos de encuadramiento. De este modo, se produce la nulidad del contrato en virtud de los arts. 6.3 y 1275 CCiv. (aunque parte de la doctrina considera que se trata más de bien de un supuesto de anulabilidad ya que dependerá de un procedimiento de oficio y una posterior declaración), pero los efectos del mismo persisten (art. 9.2 ET). Esta versión de la obligada cotización empresarial pese a la irregularidad laboral de la situación del trabajador se funda en la relevancia sustantiva del desempeño real del trabajo (aunque irregular) y en el mandato, ya citado, del art. 106 LGSS que hace derivar la obligación de cotizar de la existencia de la prestación laboral. Argumento al que se añade el del enriquecimiento injusto del empresario que, utilizando realmente al trabajador en beneficio de la empresa, no está obligado (otra cosa son las consecuencias sancionadoras o de otro tipo) a cotizar por ese trabajador; ahorrándose, en consecuencia, el coste de protección social del mismo.

Otras opiniones, sin embargo (la de la TGSS entre ellas), se oponen a la existencia de esa obligación de cotizar por encima de la irregularidad laboral del trabajador, afirmando que, puesto que la autorización de trabajo es necesaria para la afiliación/alta del trabajador, los actos de encuadramiento realizados sin el

cumplimiento de estos requisitos previos (la regularidad laboral) son nulos, reponiéndose la situación al momento anterior a su realización; de esta forma, las cuotas ingresadas son ineficaces, deben devolverse y no puede justificar ninguna reclamación en el terreno de las prestaciones. De igual modo, puede deducirse que, en los supuestos en que dichos actos de encuadramiento no se han producido, las consecuencias en cuanto a la cotización son las mismas: es decir, no existe obligación de cotizar, al margen de que se adopten otras decisiones, de carga económica equivalente, precisamente para obviar el reproche jurídico del enriquecimiento injusto del empresario. En definitiva, se afirma que en estos supuestos la relación del trabajador extranjero irregular con la Seguridad Social no ha llegado a originarse en ningún momento. Y es que, tal y como establece el RD 84/1996, en su art. 6 *“La afiliación al Sistema de la Seguridad Social, a efectos de los derechos y obligaciones en su modalidad contributiva, es obligatoria para todas las personas comprendidas en el campo de aplicación del mismo [...]”*. Y en el caso de los trabajadores extranjeros irregulares, considera esta opinión que no puede decirse que estén comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social; siendo irrelevante el hecho de la prestación laboral. El predominio, pues, de la lógica formal sobre la lógica material; y de la regularidad de la situación administrativa sobre la realidad de la prestación de trabajo.

Ante esta situación de incertidumbre acerca del alcance de las obligaciones de afiliación/alta y cotización respecto de trabajadores extranjeros irregulares y de contradicción entre el criterio judicial y el administrativo (de la TGSS), se produce una nueva transformación legal que cambia el panorama de la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros irregulares. Lo que, no obstante, no ha dado respuesta plenamente convincente a todos los interrogantes..

b.- Tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina, la jurisprudencia y la TGSS tras la aprobación de la LOEx

Con la aprobación de la LOEx, se introduce un esquema de reconocimiento de derechos al extranjero pese a su situación irregular. Cabe recalcar que de un genérico reconocimiento de los efectos del contrato de trabajo, pese a su nulidad inicial, y de un muy discutible acceso a las prestaciones de Seguridad Social, salvo en lo que hace a las contingencias derivadas de riesgos profesionales, se evoluciona hacia una previsión más desarrollada y, sólo relativamente más clara, a partir de la LO 14/2003. De esta forma, en su versión original, el que entonces era art. 33.3 LOEx establecía *“Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”*. Posteriormente, este apartado fue modificado estableciéndose que *“Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”*. Entendiendo la doctrina que dicho artículo es aplicable tanto a los supuestos en que el trabajador carece de autorización para trabajar como cuando carece también de residencia legal (DE LA VILLA GIL, 2005).

En este sentido, se cuestiona cómo debía interpretarse los términos “no invalidará” y “derechos del trabajador extranjero” (VALDUEZA BLANCO, 2004, 121). En cuanto a la primera cuestión, se rechaza la idea de considerar válido el contrato de trabajo, pues ello conllevaría la pérdida de contenido de la exigencia del permiso de trabajo. De igual modo, tampoco es posible establecer su nulidad, ya que se le atribuyen derechos al trabajador y esto no es posible en supuestos de nulidad radical a no ser que se admita la posibilidad de la existencia de una nulidad relativa. En cuanto al segundo supuesto, se mantiene la incertidumbre del nivel de derechos a que hace referencia la norma (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2003, 10). Estas dos cuestiones fueron abordadas por la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (AS 3396), reputando el contrato como perfectamente válido y eficaz “para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador” y respecto de los derechos laborales de éste (VALDUEZA BLANCO, 2004, 122).

Pero es a partir de la mencionada LO 14/2003 cuando la situación experimenta un cambio sustancial. En primer lugar, la nueva redacción del art. 36.3 LOEx establece que la falta de autorización para trabajar no conlleva la nulidad del contrato y que el trabajador tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades del empresario incluidas las de Seguridad Social. Esto ha sido interpretado por la doctrina en diversos sentidos (MORENO PUEYO, 2004, 142): bien como una nulidad absoluta pero con mantenimiento de efectos (FERNÁNDEZ ORRICO, 2002); bien como una nulidad parcial; bien como validez del contrato (LÓPEZ CUMBRE, 2005). En este marco, cabe señalar como excepción el supuesto en que el trabajo se produce sin haber tenido lugar aún la denegación formal de la autorización para trabajar, supuesto en el que se ha rechazado desde el principio la nulidad del contrato (STS 15 de marzo de 1989 (RJ 1989\2414) y USÚA PALACIOS; FORNIELES PÉREZ, 1999). En este sentido, cabe mencionar la aún vigente Circular conjunta de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y de la TGSS sobre afiliación, altas, bajas, variaciones de datos y cotización de trabajadores extranjeros a la Seguridad Social, aprobada por Resolución de 20 de febrero de 1998, que establece, en su instrucción nº 5.3, lo siguiente: *“En el supuesto de solicitud de renovación de un permiso de trabajo, de la autorización para trabajar o de la excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo, el resguardo prorroga la validez del anterior y surte sus mismos efectos en el ámbito laboral y de la Seguridad Social hasta la resolución del expediente, permitiendo la continuidad o el inicio en la actividad, así como el mantenimiento del alta o, en su caso, solicitar el alta en la Seguridad Social”*.

En todo caso, la cuestión ha sido suficientemente aclarada por los tribunales que ya han afirmado con rotundidad que el art. 36 LOEx implica la no nulidad del contrato de trabajo (STS 29 de septiembre de 2003). De nuevo se refuerza la idea de la importancia del elemento material de la prestación laboral más allá incluso de la de la presencia de los requisitos administrativos exigidos al extranjero, planteándose entonces si la validez (no nulidad, no invalidez) de la prestación laboral determina la inclusión del trabajador en el Sistema de Seguridad Social (MORENO PUEYO, 2004, 143). Entre otras cosas y por si no fuera suficiente, porque el art. 36.3 LOEx afirma expresamente la vigencia de los derechos (hay que entender que laborales y de Seguridad Social, dada la amplia dicción del artículo al referirse, muy genéricamente a *“los derechos del trabajador extranjero”* que pudieran corresponderle), así como la preservación de las responsabilidades (claramente y en primer lugar, y casi exclusivamente, del propio

empresario) que pudiera generar el hecho del trabajo irregular; sean laborales o de Seguridad Social.

De esta manera, se plantea la cuestión de si, a pesar de la falta de afiliación/alta o una irregularidad en la misma, puesto que en principio se puede acceder a una prestación de Seguridad Social, se puede considerar que esto equivale a una inclusión indirecta en el Sistema, anulándose la necesidad de estos actos de encuadramiento y adquiriendo, por tanto, el hecho de la prestación laboral el papel de elemento determinante del acceso al Sistema de Seguridad Social, teniendo más fuerza incluso que los actos de encuadramiento. O, también se plantea si este acceso a las prestaciones determina que dichas alta y afiliación, hechas respecto de un trabajador extranjero irregular, se tornan válidas. Esto es y de nuevo, a efectos de la obligación de encuadramiento y cotización, cuál es el elemento determinante, si la autorización de trabajo, elemento formal, o el desarrollo de una prestación laboral, elemento material.

En este sentido, hay que hacer inevitablemente referencia a un cambio normativo, directamente relacionado con lo que aquí se analiza, cual es la aprobación de la Ley 62/2003, cuyo art. 48 establece que las responsabilidades administrativas que puedan corresponder al empresario se incrementarán con la cuantía correspondiente a las cuotas que no han podido siquiera ingresarse debido a la situación de irregularidad del trabajador extranjero, de modo que este incremento, equivalente a la cotización, opera a modo de sanción. Adquiere así fuerza la opción adoptada por la TGSS de considerar que las cotizaciones por un trabajador extranjero irregular no pueden aceptarse, en cuanto que no debidas, por causa de la imposibilidad formal de afiliación o alta del trabajador; y que, si ingresadas, deben devolverse. La norma deja así sin soporte normativo a la doctrina del Tribunal Supremo que consideraba que, a partir del art. 106.1 LGSS, la obligación de cotizar en el caso del trabajador extranjero también nace desde el inicio de la prestación laboral. La reforma legal contenida en la Ley 62/2003 otorga pues un papel preponderante, en el terreno de la Seguridad Social, a la autorización para trabajar; determinando, parece, la nulidad de los actos de encuadramiento y reforzando la idea de que, aunque se desarrolle una prestación laboral, ésta no es tanto la fuente de la obligación de la cotización como el hecho de la incorporación (o su posibilidad de hacerlo) al campo de aplicación de la Seguridad Social, ya que ni siquiera se admiten las cotizaciones (MARÍN; GALLEGU: 2005, 63).

Ante esta situación, no obstante, se siguen formulando diversas interpretaciones acerca del art. 36.3 LOEx. En primer lugar, existe una teoría que aboga por interpretar que el art. 36.3 LOEx permite, o por lo menos “aporta una suficiente base jurídica” (DE LA VILLA GIL, 2005), para que el trabajador extranjero irregular pueda solicitar (y la TGSS aceptar si se dan los requisitos necesarios, al margen de la regularidad laboral) la afiliación y/o el alta. Este derecho (que, en términos de actos de encuadramiento a la Seguridad Social, es a la vez una obligación) provocaría la validez de las eventuales cotizaciones realizadas por el empresario “en la medida en que el contrato de trabajo sea válido respecto del trabajador” (DE LA VILLA, 2005) y (LÓPEZ CUMBRE, 2005). El último inciso resulta sorprendente ya que parece fuera de toda duda la validez absoluta del contrato de trabajo si bien hay que recordar que existen teorías que únicamente admiten una validez parcial del mismo ya que el art. 11 LOEx condiciona determinados derechos a las pertinentes autorizaciones (MORENO PUEYO, 2004, 142). De acuerdo con esta opinión, este tratamiento no limitativo (respecto del trabajador extranjero irregular puede –debe- solicitarse la afiliación/alta y aceptarla la TGSS mientras exista

una prestación laboral en curso; y, consecuentemente, tales cotizaciones surtirán los mismos efectos que las realizadas por un trabajador nacional o un extranjero regular) se aplicaría tanto a los trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar pero residentes legales como para aquéllos que no son residentes (LÓPEZ CUMBRE, 2005).

Indudablemente esta es la opción más universalista y solidaria de todas las posibles y se funda en las consideraciones realizadas anteriormente acerca de la atenuación de la relevancia de los requisitos de la nacionalidad, o de sus equivalentes requisitos administrativos, que exige el trato igualitario al de cualquier español o ciudadano comunitario. Sin embargo, esta opción interpretativa, no hay duda que lo que hace es propiciar, indirectamente, el incumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso, permanencia y desarrollo de una prestación laboral en nuestro país. Se trata, si se quiere, de una medida más de cara al futuro, teniendo en cuenta la evolución de los flujos migratorios y la necesidad de incrementar el número de afiliados a la Seguridad Social (MÁRQUEZ PRIETO, 2005). En todo caso, hay que plantearse qué sucede entonces con esa sanción que establece el art. 48 de la Ley 62/2003 y las posibles responsabilidades en materia de Seguridad Social. Si es posible que, como consecuencia de un incumplimiento no sólo del empresario sino también del propio extranjero (el ejemplo más claro está en aquéllos que no poseen la residencia legal) se le recompensara prácticamente incorporándolo a un sistema público a partir del cual recibirá un trato por lo menos equivalente a aquéllos que han cumplido con los trámites precisos. Es verdad que esto no puede interpretarse como una regularización plena implícita del trabajador extranjero irregular, puesto esto abriría la puerta incluso al acceso del sujeto a prestaciones no contributivas sin que se ostente la mencionada la residencia legal en el país; pero sí se está otorgando, por comparación, un trato quizá más favorable para estos trabajadores (respecto de quien ha cumplido con las exigencias administrativas de regularidad laboral) y se penaliza al empresario a realizar el pago doble de unas cantidades, en unas ocasiones llamadas cotizaciones y en otras sanciones. Lo que podrían llevar a pensar en una doble imposición que suscita dudas similares a lo que sucedía con el recargo de prestaciones (DESDENTADO BONETE; PUEBLA PINILLA, 2001, 24).

La segunda de las interpretaciones es la sustentada por el INSS, que aboga por interpretar el art. 36.3 LOEx como la expresión de un supuesto peculiar de alta de pleno derecho. Definida en el art. 125.2 LGSS es, como se sabe, aquélla por la cual *“los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiese incumplido sus obligaciones”*. Esto conllevaría la obligación del empresario y del trabajador de proceder al pago de las cotizaciones correspondientes (que deberían haberse ingresado y no se ha hecho, como es el supuesto típico del alta presunta o de pleno derecho) y se otorga al trabajador extranjero irregular un trato similar al de los trabajadores nacionales y regulares en los casos de las contingencias profesionales. Ahora bien, aunque este no es el momento para entrar a analizar una interpretación más allá de una simple valoración, puesto que el art. 36.3 LOEx se refiere a prestaciones, sin especificar el origen de las mismas, puede llevar a pensar, como así lo hace ya parte de la doctrina, que se aplica también a las contingencias comunes, puesto que para las profesionales ya se cuenta con el convenio 19 de la OIT, repetidamente mencionado. De ser así, no obstante, se estaría ante un supuesto que podría considerarse como de discriminación inversa respecto al trabajador nacional, prohibida por los arts. 3.1 y 14.1 LOEx, ya que

el alta presunta sólo tiene efectos respecto de las contingencias profesionales, la asistencia sanitaria y el desempleo; no así en relación con las demás contingencias no profesionales. Por otro lado, esta interpretación también plantea problemas en cuanto a ese doble pago por parte del empresario (como cotización obligada que se deriva de la situación de alta presunta y como sanción incrementada), ya que la aplicación del régimen de alta presunta y, por tanto, la obligación de cotizar, se produce únicamente cuando “no hay alta debiendo haberla” (MORENO PUEYO, 2004, 144) y, evidentemente, en este caso no podría haberla al no reunirse esos requisitos administrativos. Esto unido al art. 59.2 RD 84/1996, que niega validez a las cotizaciones de las personas excluidas del Sistema de Seguridad Social, son fundamentos para rechazar esta segunda interpretación.

Excluidas las dos interpretaciones anteriores, parece claro que, como se ha afirmado, los actos de encuadramiento en esta materia y respecto de los trabajadores extranjeros irregulares, tienen un valor constitutivo (OLARTE ENCABO, 2002, 337). De esta forma, se afirma que “la falta de alta es indiferente para el nacimiento de la obligación de cotizar pero no lo es, ni mucho menos, la inclusión o no del trabajador en el campo de aplicación del Sistema” (MORENO PUEYO, 2004, 144) ya que a este trabajador únicamente se le podrá considerar un trabajador “de hecho pero no de derecho” (MERCADER UGUINA, 2001, 1152). En todo caso, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS adoptó un acuerdo a partir de la aprobación de la LO 14/2003 y de las SSTs de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 que establecía: *“A partir del 21 de diciembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la LO y para hechos causantes producidos desde el citado momento, a la hora de reconocer las prestaciones que gestiona el Instituto, se considerará al extranjero que trabaja en España sin la preceptiva autorización gubernativa, como trabajador que no está dado de alta por el empresario, debiendo estarlo, con las consecuencias legales de todo orden que tal incumplimiento comporta, de conformidad con la legislación vigente”* (Servicio de Régimen Jurídico, expediente 30/2004 citado por MORENO PUEYO, 2004, 147).

Acuerdo con el cual el INSS parece hacer frente a las críticas mencionadas pero abre la polémica, de nuevo, acerca de si el régimen aplicable al extranjero sólo se reduce a las contingencias profesionales, como sucede en el caso de cualquier otro trabajador nacional o, como se viene interpretando, también comprende las contingencias comunes. Si bien, afirmar que el tratamiento del trabajador extranjero es el de quien no está de alta (no puede estarlo), debiendo estarlo, no es otra cosa que reconducir su situación a la de un trabajador en relación con el cual no se han cumplido por el empresario las obligaciones de encuadramiento (aunque no pudiera hacerlo, en realidad). La declaración del INSS sólo tiene el valor de equiparar situaciones y, sobre todo, de anudar a ellas (la del trabajador extranjero irregular que trabaja y no está dado de alta, porque no puede legalmente estarlo) consecuencias jurídicas. Dicho de otro modo, lo que se quiere expresar es que, a efectos de generar el derecho a las prestaciones y de establecer responsabilidades empresariales por ellas, la situación del trabajador extranjero irregular es semejante a la de un trabajador (nacional o extranjero regular) que no ha sido dado de alta (y, en este caso, sí debía desde luego de haberse hecho). No hay que derivar, por tanto, de esa formulación ninguna consecuencia en el sentido de que el trabajador extranjero irregular deba estar dado de alta, porque la norma lo impide; sino sólo que debe ser tratado como si fuera un trabajador regular o nacional que no ha sido dado de alta, debiendo haberlo hecho el empresario. Afirmación

de la que, al margen de los actos de encuadramiento (que no pueden tener lugar) y de la cotización (que no ha de realizarse, aunque exista la penalización alternativa por la cuantía equivalente), se derivan consecuencias en el doble terreno: prestacional y de responsabilidad empresarial.

La última de las interpretaciones es la que lleva apoyando la TGSS desde el inicio y es la imposibilidad de considerar válido el encuadramiento ni la cotización respecto de los trabajadores extranjeros irregulares. Por tanto, se considera que no se produce una incorporación formal y regular al Sistema de Seguridad Social, puesto que esta posibilidad está vinculada a la autorización de trabajo y residencia (arts. 10.1 y 36.1 LOEx; 7.1 LGSS; 42 RD 84/1996). Indudablemente esta es la tesis más acorde con la normativa actual, en principio; y conecta con la matización última realizada por el INSS. Por tanto, lo que la normativa establece es el acceso del trabajador a las prestaciones pero no al Sistema de la Seguridad Social (MORENO PUEYO, 2004, 143; VALDUEZA BLANCO, 2004, 125).

En definitiva, lo que late detrás de todos estos planteamientos es la cuestión de si la autorización para trabajar, es “condición legal de la capacidad del extranjero para prestar servicios en nuestro país y, en consecuencia, para estar incluido en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, primando en la doctrina y en los pronunciamientos judiciales la respuesta negativa; o lo que es lo mismo, optando por la plena eficacia del contrato de trabajo aunque falte la autorización para trabajar” (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, 2006, 284). En el supuesto que apoyan las dos teorías más flexibles, esto es, la inclusión directa en el sistema o la existencia de un alta presunta, perdería sentido la exigencia de autorización para trabajar. No así en la última versión de rechazo de esa incorporación. En el marco de toda la polémica, la cuestión alcanza mayor nivel de claridad a partir de la aprobación del RD 1041/2005 que modifica el art. 42 del RD 84/1996, a partir del cual se establece de forma expresa la negativa a la inclusión del extranjero sin autorización para trabajar en el sistema de Seguridad Social (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, 2006, 284), con lo que adquiere fuerza determinante la teoría más estricta y que, por otra parte, parecía más acorde con la normativa vigente, esto es, la de la TGSS. Aunque haya de subrayarse que la regulación reglamentaria no puede, por más que acoja una determinada posición, contradecir lo establecido en la LOEx, lo que sucede según algunas interpretaciones favorables a la posibilidad de la afiliación y el alta del trabajador extranjero irregular.

No obstante, continúa el juego de la figura del alta de pleno derecho (STSJ Castilla y León 21 de noviembre de 2005 (AS 2005\3387)) pues el propio RD lo acepta en cuanto a las contingencias profesionales en los siguientes supuestos: que esta medida, que ya preveía el Convenio 19 OIT (DE LA VILLA GIL, 2005) sólo es aplicable para los extranjeros de países que lo hayan ratificado; y que la inclusión a estos efectos es sólo en régimen de reciprocidad y es por ello que se considera que el art. 125.3 LGSS no se refiere a los extranjeros ilegales (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, 2006, 285). En este sentido, cabe destacar lo afirmado por la mencionada STSJ Castilla y León de 21 de noviembre de 2005: *“No cabe entender que los trabajadores extranjeros irregulares no están comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social pues, además del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, que les reconoce el artículo 36.3 de la LOEX, tras la reforma operada por Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre, el artículo 42 del Reglamento General sobre*

*inscripción de empresas, RD 84/96 de 26 de enero, tras la reforma operada por RD 1041/05, de 5 de septiembre, reconoce expresamente que se les considera incluidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de la obtención de determinadas prestaciones, entre las que se encuentran, las de desempleo, tal como quedó anteriormente razonado. En definitiva, la automaticidad de las prestaciones de desempleo opera de forma similar a la automaticidad de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional pues, al igual que en dichos supuestos, el incumplimiento por el empresario de la obligación de cotización no es obstáculo para el abono de la prestación por la entidad gestora y, en ambos supuestos, se considera al trabajador, de pleno derecho, en situación de alta".* Un criterio no firme y que se ha visto puesto en cuestión por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo como se verá en su momento.

En todo caso, se ha criticado la normativa contenida en el art. 36 LOEx y en el RD 84/1996 por cuanto se considera que, en puridad, la inclusión, en el sentido de considerar al trabajador extranjero irregular en situación de alta presunta, en el Sistema de Seguridad Social se produce únicamente a efectos de acceso a las prestaciones por contingencias profesionales; pero si a esos mismos sujetos se les permite igualmente acceder a otras prestaciones, como las causadas por riesgos comunes, pueden plantearse situaciones en las que los trabajadores irregulares reciben un trato ventajoso respecto de los trabajadores nacionales o extranjeros irregulares, al acceder a prestaciones sin cubrir los requisitos formales necesarios para ello (CHARRO BAENA, 2005). De lo que sí no hay duda es del derecho a las prestaciones derivadas de contingencias comunes; con lo que poco habría aportado, en realidad, las modificaciones del art. 36 LOEx y del RD 84/1996 (DE LA VILLA GIL, 2005) puesto que se trata de una tutela que, como ha afirmado el Tribunal Supremo (STS 9 junio y de 7 octubre de 2003), que debe extenderse también a los extranjeros de países que no hayan ratificado el Convenio 19 OIT, pues la Orden de 28 de diciembre de 1966 (BOE 30 de diciembre de 1966), sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en periodo voluntario en el régimen general de la Seguridad Social, establece que se entiende reconocida la reciprocidad en todo caso respecto a este tipo de contingencias (DE LA VILLA GIL, 2005).

Por último, se decía que había también un supuesto especial dentro de este primer grupo de situaciones de irregularidad que se está analizando y es aquél que se produce cuando un trabajador, inicialmente en situación irregular por las causas anteriormente descritas y que desempeña una prestación laboral, se regulariza en un momento posterior. Aquí hay que distinguir entre dos posibilidades. La primera es que esta regularización se produzca con posterioridad al hecho causante que pueda dar lugar a una prestación; en este caso se estaría en el mismo supuesto de los establecidos anteriormente cuando no hay la solicitud de afiliación y/o alta, al determinar el hecho causante no sólo la normativa aplicable sino la situación de regularidad o irregularidad que hay que tener en consideración para establecer el derecho a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

La segunda posibilidad es aquélla en que la regularización se produce con anterioridad a la realización del hecho causante. En este caso se plantea la cuestión de qué régimen se le aplicará a este supuesto. Indudablemente, se procederá al alta y, dependiendo de la teoría que se apoye, se iniciará o, en cambio, se comenzará a cumplir debiendo responder de los retrasos pertinentes, con la obligación de cotizar. En el

primer caso, porque se entiende que el trabajador nunca estuvo comprendido en el sistema de Seguridad Social y por tanto no tenía obligación de cotizar. El segundo es más discutido pues su base es la actualización de un riesgo que, caso de tratarse de un trabajador regular, habría dado lugar a una prestación aplicándose por tanto, en virtud del art. 36.3 LOEx o del convenio 19 OIT entre otros, bien el alta presunta, bien la ficción de que el trabajador siempre estuvo comprendido en el campo de aplicación de la Seguridad Social y por tanto debió cumplir con las cotizaciones desde el principio. Pero como en este supuesto dicho hecho causante no se ha producido, es discutible la aplicación de la normativa señalada y se plantean cuestiones como si, debido a que no se ha producido dicho hecho causante, el art. 36.3 LOEx no es aplicable y por tanto ni siquiera el contrato de trabajo se reputa válido, qué sucede con los periodos de trabajo realizados anteriormente, esto es, si computarán a efectos de carencia, etc.

En principio, del tenor del art. 36.3 LOEx parece derivarse que el contrato se seguirá considerando válido pues dicho precepto se prevé no sólo para cuestiones de Seguridad Social sino también para otros derechos como puede ser el salario. Art. 36.3: *“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”*. Por tanto, si el contrato es válido, de nuevo habrá que acudir a la teoría que más sólida resulte de las tres anteriores para considerar si esa obligación de cotizar existe o no, siendo la más consistente aquella que, sobre la base de la existencia de una sanción al empresario, no acepta la inclusión del trabajador en el campo de aplicación de la Seguridad Social y ni siquiera su obligación de cotizar. En todo caso, por lo que se refiere a los periodos de carencia, son de señalar las STSJ Madrid 12 de junio de 2001 (AS 2001, 2939) y de 22 de enero de 2004 (JUR 2004, 95399) o la STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 255491) que consideran que los periodos de cotización durante los cuales el trabajador estaba en situación irregular no son computables a efectos de carencia (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2006, 223). En contra, para los supuestos de normalización MORENO PUEYO, 2005.

### **3.2. Los actos administrativos de encuadramiento como determinantes de la regularidad del trabajador extranjero**

El segundo de los supuestos de irregularidad de un trabajador extranjero que se consideraban relevantes a efectos de los actos de encuadramiento y cotización es aquél en el que ya no son los actos de autorización del extranjero los determinantes a la hora de valorar su validez en el campo de aplicación de Régimen General de la Seguridad Social sino aquéllos en que el elemento fundamental son los propios actos de encuadramiento.

En efecto, de nuevo se encuentra una previsión por la cual si un trabajador posee autorización de residencia y de trabajo e, iniciando una prestación de servicios, su empresario no solicita en el plazo de un mes la afiliación y/o alta en el sistema de la SS, es posible que la autoridad competente resuelva la extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo convirtiéndose el trabajador en irregular (art. 51.14

Reglamento Extranjería) (IGARTÚA MIRÓ, 2005). Algo similar se prevé en el art. 59.12 de la misma norma en cuanto a la residencia temporal de los trabajadores por cuenta propia aunque en este supuesto el incumplimiento corresponde al trabajador y no al empresario (DE LA VILLA GIL, 2005). En principio este supuesto puede resultar sorprendente por cuanto, al margen de que el empresario sea reputado responsable en materia de Seguridad Social, es el trabajador extranjero el mayor perjudicado ya que ve cómo su estatus acorde con la legalidad se altera pudiendo incluso llegar a ser expulsado del territorio nacional en caso de que no sea beneficiario de una prestación. La justificación que aporta el RELOEX se encuentra en su art. 75.2.c, de acuerdo con el cual se entiende que en estos supuestos han desaparecido las circunstancias que sirvieron de base para la concesión de la autorización, que es uno de los motivos genéricos de pérdida de la misma. Además, y coherentemente con esta medida, la Orden de la Presidencia del Gobierno 140/2005, de 2 de febrero (BOE 3 febrero 2005) establece que el periodo de duración de un año de la autorización comenzará a contar desde el momento de la afiliación y alta del trabajador (DE LA VILLA GIL, 2005).

Quizá este problema se solventa relativamente con la posibilidad que tiene cualquier trabajador de instar él mismo el alta y la afiliación en la Seguridad Social (art. 13.3 LGSS y 25.2 RD 84/1996) aunque hay que plantearse en qué momento puede realizar dicha acción. De acuerdo con la doctrina, este momento es aquél de iniciación de la prestación de servicios o cualquier momento posterior a la constatación del incumplimiento del empresario (MARTÍNEZ LUCAS, 1996). Pero la duda persiste pues la cuestión es que la constatación del incumplimiento por parte del empresario es en realidad patente una vez transcurrido dicho mes y dicho plazo que es precisamente aquél que determina la irregularidad del trabajador. En todo caso, hay que añadir que la previsión de los mencionados artículos no constituye una obligación para el trabajador, por lo que sigue siendo censurable la conversión en irregular del trabajador.

Tan criticable como lo es el que también sea irregular el trabajador que, siendo residente legal, no posea autorización para trabajar porque el empresario no la ha solicitado (IGARTÚA MIRÓ, 2005). Añadiendo que, en este supuesto, el trabajador no puede instar la solicitud como sí puede hacerlo en el caso del encuadramiento en la Seguridad Social. Una consecuencia de irregularidad particularmente grave por cuanto, en el caso anterior, el trabajador nunca llegó a ser regular pero, en éste, sí y pierde dicha condición por un acto imputable al empresario. En este sentido, cabe mencionar la STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384), donde se establece, aunque con el fin de justificar el acceso a una prestación de desempleo, que “si es el empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero de conformidad con el art. 36 en la versión dada por la LO 14/2003, no cabe hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse del hecho de que el empresario, bien no haya solicitado la autorización, bien se le haya denegado por causas inherentes a la persona del empresario, como, por ejemplo, haber sido sancionado anteriormente por ocupar trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo” (MARTÍNEZ FONS, 2006). Quizá incluso pudiera serle de aplicación, un tanto forzada, no puede negarse, el art. 10.1 LOEx, que establece que “*los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia y ajena [...]*”, de modo que esto, unido a esas limitaciones estrictas de trato diferenciado a que se hacía referencia al inicio de este epígrafe, podría llevar a considerar que se está negando a los extranjeros este derecho ya

que, al convertirse en irregulares por un acto del empresario, implícitamente se les niega el derecho a trabajar en dichas condiciones de igualdad.

Por último, un supuesto no estrictamente de extranjería pero significativo a estos efectos es aquél que regula la OM de 15 de abril de 1969, que consideraba en situación asimilada al alta al trabajador que hubiera desempeñado una prestación laboral en un puesto de trabajo con riesgo de enfermedad profesional a los efectos de poder declarar una IP debida a dicha contingencia. Por tanto, se produce una asimilación al alta sin que existan los requisitos de encuadramiento, cotización o, incluso, residencia. De este modo, considera la doctrina difícil de justificar el hecho de que un extranjero que prestó servicios en nuestro país en un puesto de trabajo con riesgo de enfermedad profesional, no tenga derecho a la protección por falta de residencia legal si dicha enfermedad se manifiesta una vez regresado éste a su país, ya que la mencionada asimilación al alta sólo hace referencia al desempeño de una específica actividad laboral teñida de un riesgo (MORENO PUEYO, 2004, 138). Se puede asimilar esto, pues, a los casos en que el extranjero ha perdido, incluso, su autorización para trabajar.

Pero la mayor crítica que puede realizarse en este supuesto es que, si partíamos de que los actos de encuadramiento poseen una naturaleza formal, meramente declarativa de un hecho que es patente como es el que el trabajador de que se trate se encuentre incluido en el campo de aplicación del Sistema por el desempeño de su actividad profesional, criterio que a su vez era la base para el apoyo de la teoría más restrictiva de interpretación del art. 36.3 LOEx, en el presente caso se dota a dichos actos de una fuerza tal que los convierte, en realidad, en elementos de naturaleza constitutiva ya que, cumpliéndose todos los requisitos que implican la incorporación del trabajador en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social, si no se produce ese acto en teoría formal, se produce la no inclusión en el sistema.

En todo caso, a esto hay que añadir que si, por un incumplimiento del empresario, el trabajador se convierte en irregular y sufre una contingencia, la pregunta es qué régimen se le aplicará, si el de un trabajador nacional o del art. 36.3 LOEx. Indudablemente el más coherente resulta ser el del 36.3 LOEx con lo que de nuevo se vuelve a la discusión anterior acerca del tratamiento a efectos de encuadramiento y cotización y, por tanto, de incorporación al Sistema, examinados anteriormente y que aquí ya se han valorado. La doctrina, por otra parte, considera que la revocación de la autorización no podrá afectar negativamente a los derechos nacidos del contrato (DE LA VILLA, 2005).

## 4. ESTADÍSTICAS

### Trabajadores afiliados en alta laboral según regímenes

Años (media anual)	TOTAL	RGSS	R.E. Carbón	REA	R.E. HOGAR	RETA	REM
<b>1999 (*)</b>	334.976,00	184.690,00	398,00	43.006,00	44.841,00	60.606,00	1.435,00
<b>2000</b>	402.711,00	239.447,00	415,00	48.447,00	45.650,00	66.732,00	2.020,00
<b>2001</b>	557.074,00	356.297,00	446,00	68.243,00	51.611,00	77.908,00	2.570,00
<b>2002</b>	766.470,00	508.484,00	481,00	94.018,00	72.519,00	88.047,00	2.920,00
<b>2003</b>	924.805,00	625.504,00	500,00	116.631,00	79.182,00	99.748,00	3.239,00
<b>2004</b>	1.048.230,00	737.954,00	531,00	116.724,00	73.893,00	115.627,00	3.501,00
<b>2005</b>	1.461.140,00	1.001.546,00	521,00	143.058,00	175.051,00	136.976,00	3.987,00
<b>2006</b>	1.822.406,00	1.282.602,00	636,00	154.060,00	223.131,00	157.580,00	4.397,00
<b>2007</b>	1.975.578,00	1.462.333,00	690,00	150.353,00	160.063,00	197.520,00	4.618,00
<b>2007 (enero-sept.)</b>	1.962.949,00	1.456.430,00	696,00	148.511,00	162.827,00	189.762,00	4.723,00
<b>2008 (enero-sept.)</b>	2.085.076,00	1.505.356,00	671,00	178.738,00	161.509,00	233.567,00	5.235,00

(\*) El dato de 1999 es del mes de diciembre

Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales Ministerio de Trabajo e Inmigración

### Trabajadores extranjeros afiliados a la Seguridad Social en alta laboral por Comunidades Autónomas

Años (*)	ANDALUCÍA	ARAGON	ASTURIAS	BALEARES	CANARIAS	CANTABRIA	C.L.M.	C.Y.L.	CATALUÑA	C.VALENCIANA
<b>1999 (**)</b>	38.792,00	6.595,00	2.674,00	19.132,00	33.549,00	1.338,00	5.265,00	6.294,00	73.214,00	29.442,00
<b>2000</b>	44.718,00	8.800,00	3.060,00	26.853,00	37.486,00	1.697,00	6.558,00	7.708,00	90.006,00	35.121,00
<b>2001</b>	61.446,00	13.613,00	4.297,00	32.611,00	46.104,00	2.877,00	10.705,00	12.614,00	123.290,00	52.676,00
<b>2002</b>	84.589,00	20.384,00	5.624,00	38.977,00	57.034,00	4.054,00	18.327,00	18.619,00	164.665,00	80.691,00
<b>2003</b>	101.416,00	24.711,00	6.342,00	42.911,00	61.768,00	4.949,00	22.624,00	21.819,00	200.018,00	104.514,00
<b>2004</b>	114.029,00	29.016,00	6.941,00	46.236,00	66.833,00	6.801,00	28.164,00	27.324,00	234.969,00	120.891,00
<b>2005</b>	157.081,00	44.771,00	9.975,00	62.041,00	80.586,00	9.333,00	49.291,00	39.612,00	329.609,00	174.551,00
<b>2006</b>	190.543,00	57.251,00	11.925,00	73.725,00	92.257,00	10.794,00	64.328,00	50.116,00	414.587,00	223.327,00
<b>2007</b>	201.852,00	69.380,00	13.988,00	80.716,00	96.417,00	12.825,00	77.297,00	62.152,00	446.215,00	237.972,00
<b>2007 (enero-sept.)</b>	201.391,00	67.571,00	13.672,00	83.874,00	95.922,00	12.621,00	75.434,00	60.492,00	444.620,00	236.339,00
<b>2008 (enero-sept.)</b>	220.548,00	79.763,00	16.342,00	88.020,00	96.088,00	14.641,00	86.035,00	69.791,00	470.273,00	236.022,00

<b>Años (*I)</b>	<b>EXTREMADURA</b>	<b>GALICIA</b>	<b>MADRID</b>	<b>MURCIA</b>	<b>NAVARRA</b>	<b>PAIS VASCO</b>	<b>LA RIOJA</b>	<b>CEUTA</b>	<b>MELILLA</b>
<b>1999 (**)</b>	5.083,00	6.912,00	75.140,00	16.190,00	4.198,00	6.613,00	2.073,00	641,00	1.831,00
<b>2000</b>	5.472,00	7.850,00	89.415,00	18.999,00	5.681,00	7.812,00	2.739,00	714,00	2.023,00
<b>2001</b>	6.579,00	9.999,00	124.322,00	29.218,00	8.994,00	10.691,00	4.092,00	891,00	2.054,00
<b>2002</b>	7.507,00	12.566,00	173.658,00	42.742,00	12.439,00	14.687,00	6.327,00	1.040,00	2.540,00
<b>2003</b>	7.543,00	15.012,00	209.262,00	55.324,00	15.747,00	18.603,00	8.163,00	1.181,00	2.897,00
<b>2004</b>	7.673,00	18.690,00	229.407,00	57.059,00	17.866,00	22.292,00	9.905,00	1.334,00	2.799,00
<b>2005</b>	8.946,00	25.192,00	318.418,00	77.807,00	23.645,00	31.744,00	13.939,00	1.604,00	2.996,00
<b>2006</b>	10.030,00	31.954,00	406.155,00	98.270,00	26.800,00	38.855,00	16.013,00	1.977,00	3.497,00
<b>2007</b>	11.524,00	38.236,00	430.234,00	98.479,00	29.766,00	45.002,00	17.738,00	2.230,00	3.555,00
<b>2007 (enero-sept.)</b>	11.353,00	37.462,00	427.381,00	98.357,00	29.366,00	44.022,00	17.358,00	2.202,00	3.509,00
<b>2008 (enero-sept.)</b>	12.249,00	43.180,00	445.635,00	98.292,00	31.821,00	51.902,00	18.504,00	2.350,00	3.619,00

(\*) Media Anual

(\*\*) El dato de 1999 es del mes de diciembre

Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales Ministerio de Trabajo e Inmigración

## **V. II. PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL: ACCIÓN PROTECTORA. LAS PENSIONES Y LOS SUBSIDIOS**

### **V. II. I. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACION IRREGULAR A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES.**

#### **1. LA SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS, EVENTUALES BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES.**

##### **1.1. Situaciones de facto: ¿qué irregulares?**

En realidad, tratar la cuestión de cuales pudieran ser los derechos a prestaciones de Seguridad Social de los extranjeros irregulares requiere, en primer lugar, una aclaración relevante: un no-nacional puede encontrarse en España, bien en situación regular (por contar con las debidas autorizaciones para residir y para trabajar), bien en situación irregular. De la misma manera que la situación de regularidad es bivalente (o se está en situación de regularidad o no se ésta), la situación de irregularidad no lo es, y responde a una lógica de carácter borroso.

Esto es así porque cabe distinguir, de un lado, situaciones de irregularidad iniciales y situaciones de irregularidad sobrevenidas (como consecuencia de la caducidad de las autorizaciones iniciales). Paralelamente, se pueden distinguir, situaciones de irregularidad total (por carecer de autorizaciones administrativas de residencia y de trabajo), y situaciones de irregularidad parcial (cuando una persona cuenta con autorización para residir, pero no para desarrollar una actividad profesional).

Obviamente estas tipologías –simplificadas- de situaciones de irregularidad son combinables, de suerte que cabría que una persona:

- a) se encontrara en situación de irregularidad inicial total (*situación 1* En adelante)
- b) se encontrara en situación de irregularidad sobrevenida parcial (por haber caducado su autorización de trabajo, sin haber podido renovarla) (*situación 2*, en adelante)
- c) se encontrara en situación de irregularidad sobrevenida total (por haber perdido, sucesiva o simultáneamente, las autorizaciones para residir en territorio español y para trabajar). Situación ésta que, a partir de aquí se denominará *situación 3*.

Si esta tipología deriva de, y resulta relevante en el ámbito estrictamente administrativo, a partir de la legislación de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, en adelante, LOEx), y genera una dinámica compleja donde, en último término, se pondría en marcha el aparato coercitivo y sancionador del Estado.

Al margen de eso, en el ámbito de la Seguridad Social, esas tres situaciones de irregularidad simplificadas más arriba, pueden presentar elementos añadidos de complejidad, desde el momento en que habría que introducir una tercera tipología de irregularidad atendiendo al momento en el que esa situación de irregularidad se produzca. En efecto, las situaciones 1, 2 y 3 (es decir, de irregularidad inicial total/ sobrevenida parcial/ sobrevenida total) se pueden producir en alguno de los tres momentos prestacionalmente relevantes desde la perspectiva técnico-jurídica de Seguridad Social. De un modo más concreto:

a) Las situaciones 1, 2, 3 se pueden producir mientras se esté generando un derecho, en la fase de causación de una prestación (se trataría de una situación de irregularidad en la fase de generación del derecho o *situación 4*, por seguir con la terminología), y se mantiene hasta el momento del hecho causante (irregularidad en el momento del hecho causante de la prestación).

b) Las situaciones 2 y 3 se pueden producir mientras se está disfrutando del derecho a prestación (situación de irregularidad durante la fase de disfrute o *situación 5*). Si se observa, por razones de pura lógica, esta situación 5 es incompatible con la situación 1.

Esta distinción de situaciones de irregularidad podría permitir, en cada caso concreto, resolver cuestiones problemática de un modo equitativo, tanto desde la perspectiva del extranjero en situación de irregularidad, como desde la perspectiva del sistema español de Seguridad Social globalmente considerado.

Con carácter relativamente marginal habría que señalar la existencia de situaciones de aparente regularidad que, en realidad, reputan ser situaciones, no sólo de irregularidad administrativa, sino delictivas. Se está pensando en los supuestos en los que, a través de una actuación ilegal, vinculada a ciertos tipos penales, como pudieran ser el de falsedad documental o el de suplantación de personalidad, un extranjero en situación de irregularidad inicial o sobrevenida, total o parcial, se mantiene en el sistema con apariencia de situación regular como consecuencia de haber falsificado documentos que habilitan una situación administrativa de residencia o trabajo autorizados.

En lo que aquí respecta, lo relevante de la situación de irregularidad se circunscribe al ámbito de la Seguridad Social, dejando a un lado en todo caso, salvo para cuestiones muy tangenciales, el ámbito penal o administrativo. Y, de esta forma, las consecuencias de las situaciones de irregularidad, en sus distintos tipos, se proyectan a lo largo y ancho del sistema de protección de la Seguridad Social española. En lo que resulta de interés en este momento, se proyectan en el nivel contributivo del Sistema, especialmente en lo referido a las prestaciones contributivas derivadas de las -así llamadas- contingencias profesionales. Porque, de todas las eventuales y posibles situaciones, aquí se tratarán aquellos supuestos referidos a extranjeros en situación de irregularidad que han estado o están realizando una actividad profesional (como trabajador por cuenta propia o ajena) susceptible de permitirles el encuadramiento en el nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social. En la medida en que, más adelante, ya se tratarán los aspectos inherentes a los regímenes especiales del sistema, sirva aquí dejar planteadas las vicisitudes - y las reflexiones a ellas referidas- de los trabajadores extranjeros en situación irregular.

Las situaciones de irregularidad, entonces, se proyectan, en primer lugar, en el ámbito abstracto-material del campo de aplicación del Sistema, de forma tal que el trabajador extranjero irregular no está incluido en el ámbito subjetivo del Sistema español (art. 7.1º LGSS). En segundo lugar, derivado de lo anterior, la irregularidad se proyecta en el ámbito del encuadramiento del trabajador extranjero irregular o ámbito concreto-formal de formalización de la relación de protección con el Sistema de Seguridad Social, de suerte que la situación de irregularidad enerva la posibilidad de proceder a la afiliación al sistema y/o al alta en el régimen de que se trate. En tercer lugar, como conclusión de la interacción de esas dos proyecciones, el extranjero en situación de irregularidad no podría ser beneficiario de prestaciones de Seguridad Social; más concretamente, y a los efectos de esta parte del objeto de estudio, no podría ser beneficiario de prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

La legislación de Seguridad Social es clara al exigir que los trabajadores extranjeros, para recibir el mismo tratamiento que los trabajadores nacionales, en principio, han de encontrarse en situación de regularidad (es decir, han de estar provistos de sendas autorizaciones de residencia y de trabajo). De lo contrario no quedarían incluidos en el campo de aplicación del Sistema español de Seguridad Social. (art. 7.1º LGSS). En puridad, la exclusión del campo de aplicación no posibilitaría el cumplimiento de los requisitos formales de afiliación-alta; así como tampoco el cumplimiento de la consiguiente obligación de cotizar. De este modo, el trabajador extranjero en situación de irregularidad no podría nunca acceder a prestaciones contributivas de Seguridad Social, dado que no cumple los requisitos generales de acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS). Así, a priori, la situación de irregularidad provocaría, como efecto perverso mayor, la desprotección del trabajador extranjero irregular.

Lo anterior, si se observa, es perfectamente predicable de las personas que se encuentren en *situación 1*. Pero habría de modularse en el caso de los extranjeros en *situación 2* y *3*. Respecto de ellos es posible percibir tramos temporales de regularidad administrativa, en los que ha habido inclusión en el campo de aplicación del sistema, que ha generado que estén afiliados, que hayan estado o puedan estar en alta, y que en último término, han podido ser tramos cotizados conforme a la normativa vigente. Pero no sólo eso, por su propio diseño, las contingencias profesionales presentan algunas particularidades que podrían modular esos efectos que de la irregularidad administrativa se derivan para el trabajador extranjero. De ahí que se haya de, mínimamente, analizar las especificidades de la protección de las contingencias profesionales por el Sistema de Seguridad Social.

## **1.2. Prestaciones de corte profesional: prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y prestaciones de desempleo en su modalidad contributiva.**

Desde sus orígenes, el Sistema de Seguridad Social español aparece configurado con una dualidad contradictoria: la directriz de tratamiento conjunto de las contingencias (conjunta consideración de las contingencias) ya se incluía en la Ley de Bases de 1963 como uno de los ejes-directrices del diseño del Sistema y, sin embargo, este Sistema mantuvo la inercia del tratamiento privilegiado de las contingencias

profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional). Entre los mecanismos específicos de protección de las contingencias profesionales, por comparación con las situaciones protegidas derivadas de contingencias comunes (accidente no laboral y enfermedad común y situaciones asimiladas), destacan, eminentemente, tres: la figura del alta presunta o de pleno derecho (art. 125.3º LGSS); la inexigencia de periodos de cotización para acceder a prestaciones derivadas de contingencia profesional (art. 124.4º LGS); y el diseño de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones acompañado de la automaticidad prestacional y el anticipo de prestaciones por parte de las entidades gestoras (art. 126 y 127 LGSS, y art. 94-96 Ley de Seguridad Social de 1966).

Desde una visión estrictamente interna del Sistema de Seguridad Social, las situaciones de irregularidad a las que se ha hecho referencia más arriba no habrían de tener repercusión alguna, ni en la existencia, ni en la intensidad, de la acción protectora del Sistema para con los trabajadores extranjeros que se encuentren en esas situaciones. Porque, en abstracto, si para causar prestaciones por contingencias profesionales no es requisito *sine qua non* la afiliación / alta en el régimen profesional, y es indiferente el periodo de cotización acumulado, al trabajador extranjero en situación de irregularidad administrativa únicamente se le podría exigir que acreditara la existencia de la situación protegida habilitante para ser beneficiario de una prestación. Como consecuencia de lo anterior, el trabajador irregular podría obtener derecho a prestación derivada de contingencias profesionales, el empresario que estuviera recibiendo la prestación de servicios en situación de irregularidad sería responsable de las prestaciones devengadas y las entidades gestora o colaboradora, habrían de anticipar al trabajador dicha prestación.

Junto a ese panorama –simplificado- de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que se materializa en prestaciones de incapacidad, temporal o permanente, y de muerte y supervivencia, también se han de traer el ámbito prestacional de la protección del desempleo, en su modalidad contributiva. Esta protección por desempleo sería, sin duda, el ámbito genuino de lo profesional; dado que la protección de la situación de pérdida de empleo y de no-empleo ulterior responde, de un modo más claro, a un esquema protector de contingencias profesionales. Pues bien, también aquí, a través de idéntico esquema, el empresario es sujeto responsable de las prestaciones por desempleo que devenguen los trabajadores –extranjeros irregulares en este caso- que no estén afiliados, en alta real y respecto de los cuales no se hayan ingresado las oportunas cotizaciones. Y la entidad gestora/servicio público de empleo anticipará la prestación.

No obstante, es cierto que, a diferencia de lo que sucede en el caso de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en el caso del subsidio contributivo de desempleo, la propia situación de irregularidad administrativa del trabajador extranjero sí puede afectar al acceso mismo al derecho prestacional; porque, al margen de que los requisitos generales de afiliación, alta y periodo de carencia se puedan entender relativizados, no puede obviarse que el trabajador extranjero en situación irregular no puede cumplir el requisito específico de esta prestación (la situación legal de desempleo), y tampoco puede cumplir con las obligaciones adjetivas derivadas de esa situación protegida (voluntad y capacidad de trabajar). Es evidente que alguien que se encuentra en situación de irregularidad no puede suscribir compromiso de actividad alguno, ni buscar activamente empleo; algo

que es especialmente válido cuando el trabajador no cuenta con autorización para trabajar en el momento de causar eventualmente derecho.

Aunque, aparentemente, desde el propio diseño del Sistema de Seguridad Social podrían quedar resueltos los problemas jurídicos derivados de la situación de irregularidad administrativa de un trabajador extranjero, sin embargo, en efecto, se trata solo de una apariencia. Porque, como consecuencia de que el ordenamiento español constituye un todo, y como consecuencia de las irradiaciones e infiltraciones entre las distintas ramas del ordenamiento, esa solución aparente es solo un espejismo y podría, no sólo no resolver las cuestiones problemáticas, sino generar otras. Desde la legislación de extranjería, el hecho de ser receptor de una prestación de Seguridad Social, tiene efectos en el régimen administrativo de estancia en territorio español. Y así, por poner dos ejemplos: ser beneficiario de una prestación por desempleo facilita la renovación de una autorización de trabajo caduca (aunque no da derecho a una inicial, en principio); y ser beneficiario de una prestación de incapacidad permanente inhibe eventuales causas de expulsión del territorio nacional (artículo 57.5.d) LOEx). Las prestaciones de Seguridad Social serían, en suma, un blindaje potente contra la aplicación de una legislación de extranjería rigurosa. Y esta es una tesis sobre la que se va a reflexionar en adelante.

## **2. LOS EXTRANJEROS IRREGULARES COMO SUJETOS BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES: SOLUCIONES NORMATIVAS (LEGISLATIVAS, REGLAMENTARIAS, ADMINISTRATIVAS).**

Las soluciones normativas a la problemática relativa a la adjudicación o no de derechos de Seguridad Social a los extranjeros en situación irregular que reúnen los elementos materiales de las situaciones protegidas por el Sistema español se caracterizan por un movimiento oscilatorio, que han dibujado una “regulación de vaivén”.

En un primer momento, en la medida en que la LO 7/1985 nada decía, y resultaban de aplicación las reglas generales de los contratos (art. 1275 CCiv.), la cuestión acerca de la validez o nulidad de los contratos celebrados por extranjeros en situación irregular se dilucidó en sede judicial. Y la jurisprudencia negaba la validez del contrato suscrito por un extranjero que carecía de permiso de trabajo, sobre la base de que una de las partes no tenía capacidad para contratar (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1987). No obstante, por la doctrina de suplicación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 4 de octubre de 1999), y por algún sector doctrinal (CHARRO, 1999), ya se había comenzado a argumentar en sentido contrario.

Al margen de esas cuestiones de índole laboral, en el ámbito de la Seguridad Social, las situaciones de irregularidad suscitaban interrogantes de tipo prestacional, y se dudaba de si los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad podían devengar prestaciones de Seguridad Social derivadas de la actividad laboral desarrollada en esa situación de ilegalidad-irregularidad. Hasta fechas muy recientes, desde la

legislación histórica de Seguridad Social, únicamente quedaban incluidos en el ámbito de aplicación aquellos extranjeros en situación de regularidad total.

En esta materia y desde el Derecho Internacional se podían prever algunas soluciones, después integradas en la legislación interna de un modo expreso. De un modo más concreto, por poner algún ejemplo, el art. 1 del convenio 19 de la OIT (1925) establecía que *“todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo”* A lo que se unía que *“Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia. Sin embargo, en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se regirán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados.”* Convenio este que resultaba complementado, formal o informalmente por los convenios 97, 143 y las Recomendación 25 y 151, también de la OIT. Con este punto de partida, también en los convenios bilaterales de Seguridad Social podían encontrarse soluciones sustentadas en el principio de reciprocidad, por poner algún ejemplo generalizado

No obstante lo anterior, la nueva legislación de extranjería del siglo XXI, la LOEx en su redacción inicial de 2000, incluía un distinto tratamiento para los extranjeros en situación de regularidad (dotados de autorización para residir y para trabajar), respecto de los extranjeros en situación de irregularidad. Así, en el ámbito material de los derechos sociales que les eran reconocidos (en lo que aquí interesa: derechos al trabajo y derivados de él, derechos de Seguridad Social y de asistencia social y derecho a los servicios sociales) quedaban equiparados a todos los efectos a los nacionales españoles (artículos 10 y 14.1º y 2º LOEx). Por su parte a los extranjeros irregulares se les reservaban, “los servicios y prestaciones sociales básicas” (art. 14.3º LOEx), así como la atención sanitaria de urgencia y, para niños y mujeres embarazadas, la asistencia sanitaria que pudieran precisar (art. 12 LOEx). Además, se tipificó como infracción administrativa grave trabajar sin la oportuna autorización (art. 57.1 LOEx).

Sí, referido a los derechos fundamentales de sindicación y huelga (art. 11 LOEX), el distinto tratamiento de extranjeros regulares e irregulares ha sido considerado inconstitucional, por ser constitutivo de discriminación (Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007), sin embargo, en el estricto ámbito de los derechos de Seguridad Social no se ha planteado, constitucionalmente, duda alguna acerca de la justificación del trato diferenciado.

Al margen de lo anterior, el artículo de la LOEx con mayores implicaciones en el tema del que aquí se trata, es el –actual- art. 36 (antiguo 33 en la redacción inicial del año 2000), en el que se establece la no-nulidad del contrato celebrado sin autorización de trabajo. Lo más interesante resulta ser que, en su apartado 3º, este art. 36 fue modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, incorporando la doctrina del Tribunal Supremo (así lo han entendido las STS de 9 de junio y de 7 de octubre de 2007, sobre las que se volverá más adelante). De este modo, se consideraba que el

extranjero que trabajaba en España sin la preceptiva autorización, está asimilado al trabajador español que no está dado de alta por su empresario, debiendo estarlo.

En un espacio no estrictamente prestacional, el de la contribución al sistema, a falta de previsión normativa específica, la sala tercera del Tribunal Supremo, introdujo una doctrina que, en apariencia, podía modular la extensión de la acción protectora ofrecida a los trabajadores en situación de irregularidad. En efecto, a partir de la revisión de actas de liquidación de cuotas, el Tribunal Supremo estableció que el trabajo prestado en régimen laboral por un trabajador extranjero en situación de irregularidad para un empresario, generaba la correspondiente obligación de cotizar (artículo 106 LGSS) y las cotizaciones se entendían válida y debidamente ingresadas en la TGSS, independientemente de que no pudiera haber afiliación y/o alta legal de ese trabajador en el Sistema de Seguridad Social (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 28 de marzo de 1991, o de 2 de diciembre de 1998).

Esta interpretación abría una vía interpretativa a favor de entender que, habiendo cotizaciones al Sistema, el trabajador irregular cumplía los requisitos contributivos y podría ser beneficiario de una prestación contributiva de Seguridad Social. Vía interpretativa ésta que la TGSS quiso desvirtuar, mediante la Circular de 5 de abril de 2001, en la que se exigía, para entender surgida la obligación de cotizar, y validamente ingresadas las cotizaciones, que el trabajador extranjero contara con permiso de trabajo.

Enseguida, como una reacción del legislador para desvirtuar los efectos de la jurisprudencia y teniendo en cuenta la debilidad del derecho subterráneo que resultaba de aplicación, se procedió a introducir dos novedades normativas. De una parte, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social se introdujo un nuevo tipo de sanción accesoria dentro del ámbito de la potestad sancionadora del orden social, en la vertiente referida al empleo de los extranjeros. En su art. 48 se establecía que la multa que sancionaba al empresario que empleara a extranjeros sin autorización para trabajar, se podría incrementar con una cuantía equivalente al montante de cotizaciones al Sistema que habría procedido ingresar en la TGSS, de haber contado el extranjero con dicha autorización. O, dicho de otro modo más sencillo, el legislador transmutó la naturaleza de aquellas cantidades que el Tribunal Supremo consideraba debidas -como consecuencia de haberse desarrollado una actividad lucrativa por cuenta ajena a favor del empresario infractor- y ya no serían ingresos de la Seguridad social de tipo “cotizaciones”, sino cantidades en concepto de “sanción administrativa”. Aparentemente, de esta manera, el argumento que, para justificar el derecho de los extranjeros en situación de irregularidad se apoyaba en la existencia de cotizaciones “debidas” perdía su fuerza porque esas cantidades pasaban a ser una multa complementaria, sin efectos posibles, por tanto, en el ámbito prestacional.

En este ámbito, no obstante, se siguieron planteando ciertos problemas jurídicos de carácter práctico derivados de la inactividad de la TGSS. Así, era posible entender que la existencia de un alta (indebida en realidad, cuando se refiere a un trabajador extranjero en situación de irregularidad), pondría de manifiesto la inexistencia de un *animus* de ocultación o de fraude del empresario. De manera que, si el servicio común no depuraba situaciones de irregularidad y se seguían ingresando cuotas, el “principio de confianza legítima”, inhibiría la posibilidad de sancionar al empresario (Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 28 de marzo de 2003)

En la redacción actual del art. 36.3 LOEx (dada por la LO 14/2003), se ha puesto de manifiesto la voluntad legislativa de proceder a la ampliación de los derechos laborales de los extranjeros, aún es situación de irregularidad relativa. Y, al margen de sancionar la validez (*rectius*, la no-nulidad) del contrato celebrado sin la preceptiva autorización para trabajar, se establece que la falta de autorización no será obstáculo “*para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*”, “*sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar*” esa situación, “*incluidas aquellas de Seguridad Social*”. (art. 36.3º LOEx, in fine).

De esta redacción no era fácil deducir cuáles habrían de considerarse prestaciones susceptibles de ser devengadas por el trabajador en situación de irregularidad. De ahí que, a partir de una determinada interpretación judicial del Tribunal Supremo, sobre la que se volverá más adelante, el legislador, en el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, modificó - en desarrollo de la nueva redacción de 2003- el art. 42 del RD 84/1996, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos; en su apartado segundo vino a precisar el ámbito prestacional al que podría entenderse referida la apertura interpretativa y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social. Ámbito que se precisó en torno a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales – accidente de trabajo y enfermedades profesionales, por aplicación de la normativa internacional aplicable. En esta nueva redacción, quedó establecido que “*2. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el Sistema español de Seguridad Social y en alta en el Régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida*”

Por último, resulta, cuanto menos, curioso cómo, desde la doctrina y desde algún sector judicial, la *vis expansiva* de la protección del trabajo irregular parece no tener un límite preciso. Uno de los últimos ejemplos lo constituye el caso en el que el trabajador extranjero no sólo se encuentra en situación de irregularidad administrativa, sino, además, realiza una conducta tipificada penalmente con la finalidad de crear una apariencia de regularidad. Se está pensando en los supuestos de falsedad documental para el cumplimiento de los requisitos formales de afiliación y alta. A este efecto, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén, de 18 de enero de 2008, ha establecido, para su supuesto de suplantación de personalidad, que el trabajador irregular que había sufrido un accidente de trabajo del que se derivaba una incapacidad permanente para el trabajo, tendría derecho a esa prestación. Se le consideró, a estos efectos, dentro del campo de aplicación de la Seguridad Social, y, en la medida en que reunía los requisitos exigidos por la legislación aplicable, y en consecuencia se reconoce derecho a pensión. En este caso, dado que se había cometido un delito que generaba una apariencia jurídica de legalidad, el juzgador eximía de responsabilidad al empresario, pero no a la entidad colaboradora (Mutua). Subsidiariamente, también se declaraba la responsabilidad del INSS y de la TGSS.

Esta doctrina, ampliada a los tipos de falsedad documental, ha sido asumida en el Derecho subterráneo (Criterio de aplicación 2008/6). Se entiende que el ilícito penal deberá ser castigado conforme al procedimiento sancionador del orden penal, con las penas previstas en el Código Penal, pero no a través de la desprotección del extranjero no autorizado que falsifica documentación administrativa para simular una situación de regularidad. Esto en la medida en que no está tipificada ninguna sanción accesoria que se concrete en pérdida de la protección en el caso de las contingencias profesionales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de noviembre de 2007). No obstante lo anterior, cuando se acredite la connivencia empresarial, éste no quedará exento de la correspondiente responsabilidad prestacional.

### **3. LOS EXTRANJEROS IRREGULARES COMO SUJETOS BENEFICIARIOS DE PRESTACIONES DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES: SOLUCIONES JUDICIALES.**

Es en este ámbito donde la labor de los órganos judiciales ha ofrecido, paradójicamente, tantas líneas interpretativas y aplicativas de solución como de confusión añadida a las vicisitudes que plantean las relaciones entre la normativa de extranjería, en su zona de contacto, con la normativa de Seguridad Social

#### **3.1. Prestaciones de incapacidad temporal, pensiones de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional.**

Fue relativamente pronto cuando la doctrina judicial muy restrictiva, sustentada en la ilegalidad del contrato celebrado entre un empresario y un extranjero en situación de irregularidad, giró bruscamente hacia el lado opuesto ante situaciones referidas a las consecuencias derivadas de accidentes de trabajo de esos trabajadores irregulares. Y así, desde la doctrina judicial, se estableció que los extranjeros que, sin permiso de trabajo, realizaran una efectiva y real prestación de servicios, y sufrieran un accidente de trabajo, habrían de quedar protegidos, equiparándoles a los trabajadores extranjeros en situación de regularidad administrativa. Y, así, cuando el alta en Seguridad Social no era posible respecto de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, esto no excluía la responsabilidad empresarial en orden a la cobertura ante accidentes laborales. Doctrina esta que ya se fraguó por el Tribunal Central de Trabajo durante la vigencia de la LO 7/1985 (MARIN Y GALLEGO, 2005, 65).

Esta línea extensiva de derechos se incorporaba tímidamente, no un modo no expreso, en el art. 33 LOEx, en su redacción de 2000. Y, fue la doctrina del Tribunal Supremo la que, explícitamente, diseñó los contornos de la protección desde la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad administrativa cuando sufrieran un accidente de trabajo. Doctrina que se resumiría en que el campo de aplicación de la Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo se extiende a los trabajadores que se encuentran ilegalmente en territorio español, mediante la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones (art. 125.3 LGSS), algo que es inherente a la existencia de la relación laboral (por todas, Sentencia

del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 (Rec. núm 4217/2002, de casación para la unificación de doctrina, y Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 (Rec. núm 3003/2002, de casación para la unificación de doctrina).

En efecto, si de un contrato de trabajo se deriva la protección contra los accidentes de trabajo, al margen de que haya alta en un régimen del Sistema; si el extranjero irregular es, en todo caso, titular de un contrato no nulo, pero no le es posible estar en alta (acto formal de encuadramiento, vinculado a la existencia de una autorización administrativa para trabajar), la falta de alta no debería privarle de protección frente a un accidente de trabajo. La protección se materializa a través de la institución de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones (art. 126 LGSS), del anticipo de la prestación por las entidades gestoras o colaboradoras competentes, así como a través de la responsabilidad subsidiaria del INSS, en caso de insolvencia de la entidad colaboradora. Esta doctrina, miméticamente, ha sido asumida de un modo incontrovertido por la doctrina de suplicación sucesiva (sirva de ejemplo Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 1 de abril de 2004)

Si se observa, en esta nueva jurisprudencia, gracias al art. 125.3 LGSS, se produce una ruptura conceptual relativamente trascendente, que se opone al tenor del art. 7 LGSS, que es categórico en este sentido, y del art. 42 del RD 84/1996.

En efecto, el concepto “sujeto protegido” como sujeto que se encuentra dentro del campo de aplicación del Sistema (y que exige residencia legal y realización de una actividad profesional también en régimen de legalidad), queda dissociado respecto de otro concepto, en abstracto y lógicamente vinculado al anterior, como es el de “sujeto beneficiario” de una prestación; concepto este que se mueve en el ámbito, ya no subjetivo del sistema (campo de aplicación), sino objetivo (acción protectora). De este modo, a partir de la doctrina jurisprudencial, es posible que un trabajador que no está en el campo de aplicación (que delimita qué sujetos están dentro del Sistema), sí podría recibir prestaciones del Sistema, en igualdad de condiciones que los sujetos que están dentro del campo de aplicación por cumplir los requisitos legales establecidos (art. 7 LGSS). Parece que esta ruptura se produce porque, como un subtipo del principio de equidad aplicado a la Seguridad Social, aflora el “principio de protección”. Junto a él, también emerge el principio de prohibición del enriquecimiento injusto. En este sentido, no se puede perjudicar al trabajador como consecuencia de un uso abusivo de la fuerza de trabajo, de ahí que se haya de derivar la responsabilidad empresarial (CABEZA, 2008).

La aplicación de la automaticidad y las consiguientes obligaciones de anticipo de las entidades gestoras y colaboradoras serían el resultado de una subrepticia transferencia de esa lógica equitativa de reequilibrio entre privados (empresario y trabajador inmigrante irregular) hacia una entidad gestora de Derecho público; transferencia que ha sido negada por algunas posturas doctrinales, que entienden que en el art. 36.3º no se recoge la responsabilidad del art. 126 LGSS, sino una responsabilidad *tertium genus*, específica del espacio de la legislación de extranjería y referida a los supuestos de irregularidad, y que, en ningún caso, puede generar obligaciones (de anticipo) para las entidades gestoras o colaboradoras; obligaciones reservada al ámbito estricto –se ha de entender– de la Seguridad Social (MORENO PUEYO, 2004, 143)

### 3.2. Prestaciones de desempleo en su modalidad contributiva.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que la doctrina de suplicación, con relativa frecuencia ha venido ofreciendo, de modo divergente, soluciones a las situaciones en las que, a un trabajador extranjero irregular en situación de desempleo *de facto*, se le negaba por la entidad gestora la prestación de desempleo solicitada. Y la divergencia de soluciones se sustenta en una desigual manera de entender el alcance del art. 36.3 LOEX, en consonancia con la normativa reguladora de este tipo de prestaciones contributivas del sistema español.

Hasta la LOEx y especialmente a partir de la reforma de la LOEx de 2003 (LO 14/2003, de 20 de noviembre) en este ámbito es donde, con mayor trascendencia, resultaba necesario clarificar si el contrato celebrado con un trabajador en situación de irregularidad administrativa (*situaciones 1, 2, o 3*) era nulo o no. De la determinación de nulidad-validez del contrato dependía que, una vez extinguido el negocio jurídico entre empresario-trabajador extranjero irregular, esa extinción pudiera calificarse de despido y pudiera desplegar los efectos anudados a ésta institución (indemnización, readmisión, percepción de salario de tramitación y acceso a prestaciones de desempleo).

Durante algún tiempo, antes de la reforma de la legislación de extranjería, es decir, antes de que quedara establecida la no-nulidad del contrato celebrado sin contar con la preceptiva autorización administrativa para trabajar, la doctrina judicial osciló entre: a) entender que la extinción a instancia de la parte empresarial de un negocio jurídico entre un extranjero irregular y un empresario, cuyo objeto era el intercambio de servicios y de remuneración, equivalía a un despido, y, b) entender que no había despido, porque a un contrato nulo no podría aplicársele el régimen jurídico de esa institución, por lo que el proceso quedaba sin objeto.

En el primer caso, una vez conceptualizada la extinción contractual a instancia del empresario como despido, este recibía distintas calificaciones. En aquellos casos en que había vulneración de derechos fundamentales (especialmente relevante eran los casos referidos a extinciones contractuales de trabajadoras extranjeras irregulares en estado de embarazo), la extinción contractual se calificó como despido nulo. En algunas resoluciones judiciales se reconocía el derecho de la trabajadora a la readmisión, sin embargo, más habitual fue entender que el contrato, aunque no era nulo, se había celebrado sin cumplir la legislación administrativa vigente, de suerte que no era posible restablecer situación legalmente jurídica alguna, y esa readmisión se mutaba en el derecho a indemnización y en la extinción efectiva del vínculo laboral. En otros supuestos, atendiendo a las circunstancias del caso, se calificaron las extinciones como despidos improcedentes. Y no fue inhabitual que, tanto en uno como en otro caso, se reconociera el derecho del trabajador extranjero en situación irregular a salarios de tramitación, y a las indemnizaciones previstas estatutariamente, con o sin derecho a indemnización por daños y perjuicios.

Estos aspectos, a saber: la validez/ nulidad del contrato celebrado entre un empresario y un extranjero en situación de irregularidad (sin mayores especificaciones), y los efectos de la extinción de dicho contrato, tenían de un modo inevitable implicaciones en los aspectos prestacionales referidos a las prestaciones por desempleo. Porque se consideraba que, en el caso de que un empresario extinguiera una relación laboral vigente, no formalizada jurídicamente, o formalizada con carencia de

autorización administrativa, había un despido, es decir una pérdida de empleo, y, por lo tanto, habría una situación legal de desempleo. En suma, los pronunciamientos en el ámbito laboral, se irradiaban al ámbito de la Seguridad Social y permitían valorar la posible generación de prestaciones de desempleo. Pero, por otro lado, el debate en torno a la (im)posibilidad de que un trabajador extranjero generase prestaciones por desempleo tuvo un ámbito autónomo, desligado de la existencia o no de extinciones contractuales a instancia del empresario. Por cuanto había otras eventuales causas extintivas (conclusión del periodo convenido, por ejemplo) que podrían plantear el interrogante acerca de si constituyen situación legal de desempleo para un trabajador, inicial o sobrevenidamente en situación de irregularidad.

En este espacio, de nuevo, hubo posiciones encontradas. Por simplificar, un sector judicial (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 25 de septiembre de 1995) y doctrinal (CEINOS, 2006 y CABEZA, 2008) apegados al tenor literal de la LGSS, entendían que, al margen de las calificaciones de la relación jurídica entre empresario y trabajador irregular, no era posible que dicho extranjero en situación irregular pudiera cumplir los requisitos de la prestación de desempleo: ni había situación legal de desempleo, ni había días cotizados, ni el eventual beneficiario podía acreditar ni la capacidad ni la voluntad de trabajar porque se le negaba la posibilidad de inscribirse como demandante de empleo. Esta doctrina general se exceptuaba para los supuestos en que el trabajador tuviera permiso de residencia, aunque le hubiera caducado el permiso de trabajo (*situación 2*). Con estas condiciones, la protección por desempleo se extendía durante todo el tiempo que le correspondiera según las cotizaciones acreditadas. Protección ésta que impedía su expulsión (art. 57.5 d) LOEx) y le habilitaba para recuperar la situación de regularidad y renovar la autorización para trabajar (art. 38.2º b) LOEx).

Contrariamente a la postura anterior, desde otros sectores judiciales (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León Valladolid de 17 y 21 de noviembre de 2005, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 13 de febrero de 2007, por poner algunos ejemplos) y doctrinales (CHARRO, 2005), se consideraba que el trabajador extranjero irregular, que perdiera su empleo, tendría derecho a prestación por desempleo. Derivadamente, el empresario sería responsable de la prestación, sin perjuicio de la obligación de anticipo de la entidad gestora. Si se observa, en suma, para el trabajador irregular no se derivarían efectos prestacionales ante la falta de autorización administrativa para trabajar. Esta postura se justificaba argumentado que en el art. 36.3 LOEx no se distinguía entre prestaciones, ni entre causas de las mismas (profesionales o comunes); a lo que se unía que la normativa interna a partir de la normativa internacional (convenio 97 OIT y Recomendación 151 OIT) reconoce el derecho a la protección frente a las contingencias profesionales. Pero, quizás, el argumento más potente era el de la equidad. Se entendía que había de aplicar la regla de equidad a un supuesto en el que la falta de autorización administrativa perjudicaría al extranjero irregular, y dejaría impune al empresario contratante que recibe la prestación de servicios en régimen de irregularidad. Para evitar esa situación de desequilibrio, se entendía justificado declarar el derecho a prestación del trabajador extranjero, y la correlativa responsabilidad en orden a las prestaciones del empresario, como vía de trasladar las consecuencias negativas de la falta de autorización desde la esfera del contratante débil a la esfera empresarial. No obstante lo anterior, habría de, en estos casos, establecerse una excepción; puesto que no serían equiparables las situaciones fraudulentas de falta de autorización, de las situaciones derivadas de dificultades

burocrático-materiales para obtener una autorización materialmente de debido otorgamiento.

Muy recientemente, este panorama confuso ha quedado, al menos temporalmente, solventado en la medida en que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, que resuelve el recurso núm. 800/2007 de casación para la unificación de doctrina, ha fijado la doctrina general aplicable a estas situaciones.

La solución ofrecida a los supuestos en que se extingue una relación laboral entre un empresario y un trabajador extranjero en situación de irregularidad, y éste pretende ser beneficiario de una prestación por desempleo, se concreta en las direcciones que se explicitan en lo sucesivo. Como punto de partida, no existe una solución única al supuesto problemático planteado, sino varias. Esas soluciones dependerán de si nos encontramos en una situación de irregularidad del tipo 1, o de tipo 2 o 3. En efecto, el elemento trascendente ha de ser, en todo caso, que el extranjero, al menos, se encuentre en situación de regularidad referida a la residencia (que cuente con autorización administrativa para residir en territorio español). Y será entonces posible soslayar la situación de irregularidad parcial (ausencia de autorización administrativa para trabajar), inicial o sobrevenida. Cuando haya una situación de irregularidad total inicial (*situación 1*), o de irregularidad total sobrevenida (*situación 3*), entonces, no cabe, bajo ningún concepto entender que quepa devengarse prestación por desempleo.

Dicho en otros términos más precisos, el artículo 36.3º LOEx, debe interpretarse en el sentido de que, si un trabajador extranjero se encuentra en situación de irregularidad parcial (*situación 2*, por carecer de autorización para trabajar, pero cuenta con autorización para residir), el contrato celebrado en esa situación, que no es nulo, puede desplegar efectos en el ámbito de la Seguridad Social. De esta manera, podrá obtener las prestaciones a las que pudiera tener derecho de idéntico modo que podría obtenerlas un nacional español. Ahora bien, si el trabajador extranjero se encuentra en situación de irregularidad total, inicial o sobrevenida, incurre en el tipo de una infracción administrativa grave (art. 57.º LOEx), y sólo puede ser acreedor de los “servicios y prestaciones sociales básicas” (art. 14.3º LOEx), entre las que no se encuentra, obviamente la prestación por desempleo.

Se llega a esta conclusión a partir de la aplicación de, tanto la normativa internacional reiteradamente alegada, cuanto de la normativa puramente interna de Seguridad Social y de Extranjería. Respeto a la normativa internacional, entiende el Tribunal Supremo que, ni del convenio 97 de la OIT, ni de la Recomendación 151 de la OIT cabe derivar que los extranjeros irregulares ostenten cualquier tipo de derecho prestacional en materia de desempleo. De un lado, el convenio 97 reserva el principio de igualdad de trato a los trabajadores extranjeros que acrediten residencia legal (artículos 6 y 11). En todo caso, además, el ámbito material se circunscribiría a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) sin que se pueda entender incluida la protección por desempleo. De otro lado, aunque la Recomendación sí amplía el principio de igualdad de trato a los emigrantes, al margen de su situación de (ir)regularidad, puesto que no resulta de obligado cumplimiento a los Estados, no varía, ni siquiera vía interpretativa el tenor de la legislación interna aplicable. En definitiva, no hay normativa internacional directamente aplicable a los supuestos de prestación por desempleo.

En lo que se refiere a la normativa nacional, ni del art. 36.3 LOEx, ni del art. 42 del RD 84/1996, de 18 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, permiten justificar que se relativice el requisito de la residencia legal; ni tan siquiera, en principio, permiten modular el requisito de contar con autorización administrativa vigente para trabajar. Pero, además, resulta imposible desde la propia configuración de la prestación por desempleo, interpretada de un modo sistemático con la legislación de Extranjería, entender que el extranjero en situación de irregularidad total pueda encontrarse en la situación protegida del art. 203 LGSS. Sintéticamente, el extranjero en situación de irregularidad total, inicial o sobrevenida, no “puede” y no “puede querer” trabajar. El extranjero que no esté dotado de autorización de residencia no puede obtener autorización para trabajar. Por lo tanto se encuentra en una situación de incapacidad jurídico-técnica para poder celebrar un contrato y “poder trabajar”.

A lo anterior se une que el extranjero irregular que haya perdido su empleo (por más que su contrato no sea nulo a efectos laborales, especialmente) difícilmente podrá inscribirse como demandante de empleo; inscripción que se exige como condición *sine qua non* para acceder a la protección por desempleo (art. 209. LGSS, Resolución de 11 de julio de 1996, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los servicios públicos de empleo y agencias de colocación; y que ha sido modificada por la Orden TAS/711/2008, de 7 de marzo, para clarificar la exigencia de residencia legal). Y esta inscripción sólo es posible practicarla cuando el trabajador extranjero se encuentre legalmente en España y cuente, bien autorización administrativa vigente para trabajar, o bien se reúna los requisitos exigido para que le sea otorgada.

Desde la perspectiva de la involuntariedad de la situación de desempleo (y a pesar de que el trabajador extranjero en situación de irregularidad puede acreditar una voluntad real, material de acceder a otro empleo), la situación de irregularidad enerva la posibilidad de que el trabajador extranjero pueda acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo, aceptar colocación adecuada y suscribir un compromiso de actividad (art. 207 y 231 LGSS). El Tribunal Supremo, como cláusula de cierre, no considera susceptible de aplicación analógica su doctrina –señalada más arriba- acerca de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones para los casos de prestaciones de incapacidades y asistencia sanitaria derivadas de accidentes de trabajo, y que afectaban a trabajadores en situación de irregularidad. Por otra parte, no niega, evidentemente, que el extranjero que ha sido contratado de forma irregular pueda reclamar indemnización por daños y perjuicios al empresario. Eso sí, ese resultado no es manifestación de la responsabilidad en orden a las prestaciones (art. 220 LGSS), sino de una responsabilidad ordinaria de Derecho civil, que no entrañaría obligaciones derivadas de anticipo a las entidades gestoras o colaboradoras.

Esta doctrina se justifica en algo evidente: mediante la aplicación de la normativa de Seguridad Social no se puede desvirtuar la legislación de Extranjería. Esta, que por otro lado se ha ido flexibilizando y adaptando, no puede sufrir un embate tal como el que supondría considerar que los extranjeros irregulares tienen los mismos derechos que los extranjeros en situación regular. Sería contrario a la finalidad de la normativa actualmente vigente de extranjería que, a través de la lógica prestacional del

Sistema español de Seguridad Social se regularizasen, judicialmente, situaciones de irregularidad administrativa. Algo especialmente grave cuando la legislación de extranjería sanciona, incluso, con la expulsión del territorio español esa situación de irregularidad.

En conclusión, reconocer que los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad cuentan con los mismos derechos que los nacionales españoles y los extranjeros en situación de irregularidad supondría una equiparación perniciosa. Se estarían igualando a los extranjeros residentes regulares con las situaciones de residencia y trabajo clandestinos; algo que desincentiva la migración legal, especialmente ante las profusas y complejas obligaciones burocráticas derivada de la legislación de extranjería.

#### **4. RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES EN RELACION CON LOS TRABAJADORES IRREGULARES.**

Ya se ha señalado repetidamente que, conforme al art. 10.1 LOEx, el extranjero dotado de los permisos correspondientes tiene pleno acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, fundamentalmente las de tipo contributivo. Establecido igualmente el derecho del extranjero irregular a las prestaciones contributivas derivadas de contingencias profesionales y, en medida más matizada conforme a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la prestación por desempleo, procede ahora dar sentido a lo establecido en el art. 36.3 LOEx, cuando señala que *“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 de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”*.

En este debatido apartado 3 del art. 36 LOEx es posible apreciar, en el ámbito de la Seguridad Social, dos afirmaciones que deben diferenciarse. En primer lugar, establece que, entre otras consecuencias jurídicas, la prestación de de trabajo de un extranjero irregular deja intactas las responsabilidades “incluidas aquellas en materia de Seguridad Social” a que dé lugar esa situación; debiendo recalcar que el artículo no dice que sean exclusivamente del empresario, aunque es sin duda el referente personal más claro a quien imputar esas responsabilidades. En segundo lugar, el art. 36.3 establece que la prestación de trabajo en situación irregular no será obstáculo para que el trabajador obtenga las prestaciones de la Seguridad Social “que pudieran corresponderle”. Derecho a las prestaciones y responsabilidades empresariales en el ámbito de la Seguridad Social que abarcan tanto las sancionadoras como las más estrictamente prestacionales.

Como se ha indicado antes, no resulta discutible hoy el derecho de los trabajadores extranjeros irregulares a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales; por lo que, respecto de ellas, sólo procede ahora establecer cuáles son las responsabilidades a que se refiere el art. 36.3. Sin embargo, antes de explicitarlas, hay

que detenerse brevemente en una dimensión del derecho a las prestaciones aún no tratada; y de la que derivarán también consecuencias en el campo de las responsabilidades. Se trata de la cuestión de si los trabajadores extranjeros irregulares tienen o no derecho a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de contingencias comunes. Que no es una cuestión pacífica lo atestigua el que alguna posición jurisprudencial (y doctrinal, MONTOYA MELGA, 2007, 125; ROQUETA BUJ, 2005, 82) haya restringido el derecho a las prestaciones a las derivadas de riesgos profesionales y que también pueda citarse alguna resolución judicial que ha excluido el derecho de tales trabajadores a prestaciones causadas por contingencias comunes. Siendo el fundamento de esta posición doble: de una parte, que el incumplimiento de las normas en materia de autorización sólo puede generar responsabilidades para el empresario que utiliza esa mano de obra irregular; y que lo que la norma establece es que el trabajador irregular tendrá derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle, siendo éstas exclusivamente las que las normas internacionales, la LOEx, e incluso el art. 42.2 del RD 84/1996, acogen, es decir, las referidas a los riesgos profesionales.

Se ha afirmado (CEINOS SUAREZ, 2006, 454), que no existe razón para negar el derecho de los trabajadores extranjeros irregulares a la protección por contingencias comunes. Afirmación que se comparte en la medida en que el art. 36.3 LOEX menciona, con carácter muy general, el derecho de tales extranjeros a las prestaciones que pudieran corresponderle. Un mandato que si bien no es expresivo ni contundente en el sentido de establecer el derecho a cualquier tipo de prestación (de origen profesional o común) tampoco es excluyente de las naturaleza común (aceptado, como mínimo, que esas prestaciones que pudieran corresponder al extranjero son las de origen profesional). En todo caso, lo que el art. 36.3 sí hace es dejar abierta la vía del reconocimiento de un derecho a prestaciones (otra cosa es ante quién y en qué condiciones, lo que es materia ya de la cuestión relativa a la responsabilidad) que se basará en la circunstancia de que sean prestaciones que pudieran corresponder al trabajador.

La explicación de esta referencia textual a las “prestaciones que pudieran corresponderle”, abarca desde luego las de origen profesional tanto porque, de haber estado afiliado y en alta (como hubiera sido la situación regular) el extranjero habría tenido derecho a esas prestaciones, como porque esas concretas de naturaleza profesional están reconocidas también por otros instrumentos normativos. Pero las prestaciones de naturaleza común también podría haberlas generado el trabajador extranjero si hubiera estado en situación regular. Dejando al margen la dificultad de algunas por la exigencia de periodos carenciales amplios, como es el caso de la jubilación y la incapacidad permanente derivada de enfermedad común; lo que no sucede con la muerte y supervivencia o la incapacidad derivada de accidente no laboral, o de las prestaciones de corta duración como la incapacidad temporal o la maternidad/paternidad. Luego esa referencia genérica a las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador extranjero irregular no es en sí misma limitativa y, desde luego, una vez que acepta que este tipo de trabajador puede tener derecho a prestaciones de la Seguridad Social (yendo así más allá que lo que establece el art. 10.1 LOEx) no es fundamento suficiente para trazar una frontera entre las prestaciones de tipo profesional o de naturaleza común.

Además, hay que poner en conexión lo dicho con el art. 42.2 del RD 84/1996, el cual, tras subrayar que los trabajadores extranjeros irregulares “*se considerarán*

*incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y de enfermedades profesionales*”, dedica el segundo párrafo del mismo apartado a establecer que los extranjeros que trabajen en España sin la correspondiente autorización, “*no estarán incluidos en el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley*”. Aun cuando se trata de una norma adjetiva respecto del reconocimiento del derecho a las prestaciones ya que se limita a regular lo referido a la afiliación/alta de los trabajadores extranjeros, en la medida en que esos actos de encuadramiento constituyen requisitos necesarios, en el régimen ordinario del derecho a prestaciones, para generar el derecho a las mismas, sus mandatos referidos a los extranjeros, tanto regulares como irregulares, tienen una repercusión indirecta en el tema que aquí se debate.

En efecto, lo que el art. 42.2 establece es lo siguiente: a) Que, a efectos de la afiliación y el alta, los extranjeros regulares se equiparan a los españoles y sus actos de encuadramiento tendrán los mismos efectos jurídicos; b) Que al margen de esta regla general, cuando se trata de trabajadores irregulares, y sólo a los efectos de las prestaciones de origen profesional, se considerarán incluidos y en alta en el Sistema español de Seguridad Social, con la misma eficacia que el alta presunta o de pleno derecho del art. 125.3 LGSS a la que, sin duda, se está haciendo referencia implícitamente; c) Que, respecto de otras prestaciones (que no pueden ser sino las de naturaleza común) esos mismos trabajadores no estarán incluidos en el Sistema español de Seguridad Social (esto es, no funciona respecto de ellas, como no podía ser de otra forma, el alta presunta) pero sin que ello signifique (porque el precepto en esta parte carecería de sentido de no aceptar esta interpretación) que no tienen derecho a las prestaciones causadas por contingencias comunes. En consecuencia, pues, los trabajadores extranjeros irregulares pueden tener derecho a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, al margen de su naturaleza profesional o común. Lo que no significa que ambos tipos tengan el mismo régimen jurídico en esta situación (tampoco lo tienen para los trabajadores regulares o los nacionales), ni que el derecho pueda exigirse de la misma forma, frente a los mismos sujetos y con la misma cobertura de mecanismos de garantía (automaticidad, responsabilidad subsidiaria, anticipo, etc.). Pero esta es materia ya de responsabilidades en materia de prestaciones y no de reconocimiento del derecho a las mismas.

La cuestión de la responsabilidad de las prestaciones tiene, en consecuencia, que abordarse partiendo de la base de que hay que referirla tanto a las contingencias profesionales como a las comunes.

En relación con las contingencias profesionales, ya se ha visto que el art. 42.2 del RD 84/1996, expresa con claridad y síntesis lo que define la situación de los trabajadores extranjeros irregulares frente a las posibles prestaciones a que pudiera tener derecho (incapacidad temporal, incapacidad permanente, muerte y supervivencia): se les considera en situación de alta presunta, aunque, como dice el art. 42.2 (y es suficiente en lo que aquí interesa) “*a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales*”. Es decir que, frente a este tipo de contingencias, el trabajador extranjero irregular se encuentra dentro del Sistema (aunque se trate de una ficción, como lo es el mecanismo del alta presunta) y podrá ejercitar sus derechos a prestación “como si fuera” un trabajador regular. Esta

equiparación con el trabajador regular o nacional significa que el irregular comparte con ellos la posición jurídica privilegiada que la LGSS atribuye a los beneficiarios de prestaciones en estas circunstancias.

Esta situación es la que se refleja en el art. 126.1 y 3 LGSS, cuando establece que la responsabilidad por las prestaciones corresponde a la entidad gestora o mutua, bien porque se considere que el trabajador irregular está a estos efectos (alta presunta) en situación de regularidad administrativa respecto de la Seguridad Social, bien porque se considere que, en relación con los riesgos profesionales rige el principio de automaticidad de la prestación, de forma que el beneficiario podrá solicitar de la entidad gestora o colaboradora la prestación de que se trate (otra cosa será determinar las características concretas de la misma: cuantía, duración). En definitiva, como sucede con los trabajadores extranjeros regulares o nacionales, el trabajador irregular podrá solicitar el anticipo de la entidad gestora o colaboradora, ésta vendrá obligada a proporcionar la prestación, conforme a las circunstancias que afectan a su entidad que pudieran probarse (salario, por ejemplo; o hipotéticas bases de cotización con impacto en las bases reguladoras), dando cumplimiento así a su obligación de anticipo. Lo que no excluye, desde luego, la responsabilidad que, conforme al art. 126 LGSS (y las normas de la Ley de Seguridad Social de 1996 que funcionan con rango reglamentario) será, al margen otras de tipo administrativo o de cotización o asimiladas, evidentemente del empresario, contra quien la entidad gestora o colaboradora podrá ejercitar la pertinente acción de repetición. Ninguna diferencia hay, por tanto, en el plano del derecho a las prestaciones, al tratarse de una equiparación expresa querida por la norma y que, como se ha dicho, el art. 42.2 del RD 84/1996 expresa con claridad al entender que el trabajador está, a estos efectos, en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social y en alta por lo que hace a la protección dispensada por el Sistema frente a estas contingencias.

Otra cosa es lo relativo a las prestaciones derivadas de contingencias comunes. Aceptado que existe el derecho a las mismas (siempre lógicamente que, al margen del alta, imposible en el caso del trabajador irregular, se cumplan los demás requisitos de la prestación de que se trate), distinto es el régimen de reclamación del derecho a tales prestaciones. Aquí hay que traer a colación de nuevo el art. 42.2, segundo párrafo, que resulta ser más matizado de lo que inicialmente parece. Se dice allí que, para estas prestaciones, el trabajador no está incluido en el Sistema español de Seguridad Social (ni siquiera por la vía de la ficción como es el caso de las contingencias derivadas de riesgos profesionales), lo que no impide ni anula el derecho a las prestaciones; para afirmar el cual ese trabajador se encontrará incluido en el Sistema a los solos efectos de obtener tales prestaciones. Lo que esta última frase quiere decir, en aparente contradicción con la anterior (estar y no estar incluido en el Sistema de Seguridad Social) no es más que, primero, que el trabajador extranjero irregular no está incluido en el Sistema para las prestaciones derivadas de contingencias comunes; y que, segundo, sólo a efectos de la obtención de las prestaciones sí se incluirá en el sentido de establecer el derecho, sus características, determinar la prestación y su contenido. Es decir, que esta “inclusión a efectos de obtener la prestación” es sólo para establecer su alcance; sin que tenga mayor repercusión en otro plano.

La consecuencia inmediata de esta distinción o matización es que no rigen, en la dinámica del derecho a las prestaciones, las mismas reglas o garantías (aunque debilitadas) que para los trabajadores nacionales o extranjeros regulares. En primer

lugar (aunque esto es algo común), conforme al art. 126 y su desarrollo reglamentario, no habrá en ningún caso anticipo de prestaciones; sencillamente porque el trabajador irregular no está en alta (no puede estarlo y bien se cuida el art. 42.2 de señalar, por oposición a las contingencias profesionales, que ese alta no existe); en segundo lugar, tampoco existirá implicación alguna de la entidad gestora o colaboradora en el pago o garantía de la prestación (no hay tampoco, por la exclusión que la norma hace de tales trabajadores del Sistema, ni responsabilidad subsidiaria ni aval o garantía de ningún tipo); en tercer lugar, en fin y como conclusión, que el único responsable será el empresario y a él deberán dirigir los trabajadores sus reclamaciones de forma directa. Sin contar con ninguna garantía ulterior del percibo efectivo de la prestación. De forma que la insolvencia empresarial, por ejemplo, hará que el derecho a la tutela quede sin satisfacer; sin que ni siquiera pueda ser obligado (porque es otra garantía inherente a estar incluido en el Sistema de Seguridad Social) a capitalizar la cuantía de la prestación en la entidad gestora para que esta proceda al abono de la misma. La exclusión del Sistema del trabajador irregular para las contingencias comunes hace, como se ha dicho, que la reclamación deba dirigirse directa y exclusivamente al empresario; y obtener de él, en los términos que procedan, el pago de la prestación. No estando excluido que se exijan al empresario garantías de dicho pago, pudiendo establecer la sentencia que afronte esta materia fórmulas variadas que van desde la exigencia de un aval a la misma capitalización pero en instancias ajenas a la Seguridad Social LOPEZ CUMBRE, 2005)

Al margen de las responsabilidades en materia de prestaciones que se acaban de establecer, ya se ha señalado antes la responsabilidad empresarial de tipo administrativo que, conforme a la peculiar norma contenida en el art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, acumula en la sanción administrativa tanto lo que es la sanción por el hecho mismo del incumplimiento de la norma que prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros carentes de permiso de trabajo y residencia, como lo que se ha visto trasmutado desde deuda de cotización a incremento del quantum de la sanción económica. Justamente en el importe de las cantidades que el empresario hubiera debido abonar en calidad de cotizaciones. Aportación que no puede hacer en ningún caso respecto de trabajadores irregulares al no poder cumplirse respecto de ellos las obligaciones de afiliación/alta.

Y que se ha transformado en un incremento de la sanción administrativa con una finalidad doble. De una parte, para desincentivar el recurso a la contratación de trabajadores extranjeros irregulares, en la medida en que la misma no supone un ahorro de costes. Lo que es la consecuencia inmediata y criticable de la conjunción entre rechazo de la afiliación/alta en el Sistema de Seguridad Social y de la imposibilidad de cotizar por el trabajador y reconocimiento de prestaciones. Al establecer que la sanción se incrementará con esa exacta cuantía, la norma sigue evitando la afiliación/alta por carecer el extranjero de permiso de trabajo y, a la vez, carga al empresario con un coste económico que es, justamente, lo que hubiera significado el importe de las cotizaciones si hubiera sido posible abonarlas con efectos dentro del Sistema de Seguridad Social. De otra parte, para alejar, pese a que en realidad el empresario tiene que abordar un coste similar al de las cotizaciones, toda pretensión de basar un derecho a la prestación en esa aportación económica. Porque, aunque haya un abono de cuantía igual, no hay cotizaciones sino sanción; porque, al ser sanción, no hay en puridad contribución económica alguna al Sistema por parte ni del empresario ni del trabajador; porque, al no existir esa contribución, no es posible reclamar el desplazamiento del coste de las prestaciones hacia la Seguridad Social sobre la base, en caso contrario, del

enriquecimiento injusto, sobre todo cuando la sanción es anterior a la realización del hecho causante; porque, al no haber ese desplazamiento, tampoco será posible exigir la puesta en funcionamiento de las fórmulas de garantía del disfrute efectivo de la prestación (al margen siempre de los riesgos profesionales); porque, en fin, al no haber cotización, no podrá reclamarse el reconocimiento del derecho sobre la base del principio contributivo ya que el derecho a las prestaciones del trabajador extranjero irregular se funda, sobre todo en el caso de las contingencias comunes, en el reconocimiento legal del derecho a las mismas.

## **V. II. II. IRREGULARES EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.**

La aproximación al fenómeno de la protección social de los inmigrantes irregulares que en España vienen desempeñando actividades susceptibles de ser encuadradas en algunos de los Regímenes Especiales de Seguridad Social no puede desconocer indudablemente algunas circunstancias que, aunque connaturales al fenómeno que estudiamos, no por ello deben obviarse:

a) En primer lugar, como ya se ha reseñado en páginas anteriores el inmigrante irregular es un sujeto que, en su tratamiento jurídico, ha padecido en los últimos años las oscilaciones de sucesivas reformas legislativas de signo distinto, unas más restrictivas, otras más contemplativas con lo que en muchos casos es su lamentable situación como sujeto de derechos.

b) En segundo lugar, en acercamiento al tema que nos concierne en estos momentos no resulta posible sin combinar el manejo a un mismo tiempo de la legislación vigente y de la doctrina de nuestros Tribunales, que en éste último caso han desarrollado una significativa actividad sobre todo rompiendo barreras al reconocimiento de ciertos derechos.

c) En tercer lugar, resulta indudable que la incidencia del fenómeno de la inmigración irregular no es homogéneo en todos los sectores de actividad, resultando más acentuado en unos que en otros. Por ello, nuestras reflexiones se van centrar en la problemática que registran ciertos Regímenes Especiales, aquellos donde la presencia de inmigrantes irregulares es mayor, a saber: Régimen Especial Agrario, de Trabajadores del Mar, de Empleados de Hogar y de Trabajadores Autónomos.

En las próximas páginas, por tanto, se aborda el análisis jurídico de los problemas que rodean la protección social de los inmigrantes irregulares en los Regímenes Especiales más significativos.

### **1. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE SU ENTORNO NORMATIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR.**

Si se observa la evolución legislativa de los últimos años de la normativa reguladora de los Regímenes Especiales de Seguridad Social – sobre todo del período que va desde la aprobación de la L.O. de 2000 que sustituye a la primera Ley extranjería, la de 1985 -, desde la perspectiva de la inmigración irregular, rápidamente puede comprobarse que la principal preocupación de legislador no ha sido en ningún caso adoptar medidas concretas en relación con los inmigrantes irregulares que pudieran desarrollar actividades profesionales concretas susceptibles de ser encuadradas en alguno de los mencionados Regímenes Especiales.

Esta conclusión no debe ser sorpresiva desde el momento en que en nuestro país la legislación de Extranjería gira, desde la aprobación de la Constitución, en torno a un

norma central, como es la Ley Orgánica sobre derecho de los extranjeros que, con sucesivas denominaciones, ha regulado los aspectos centrales del ingreso y permanencia en nuestro país de los trabajadores extranjeros. En ese sentido, conviene reseñar que la legislación de extranjería acostumbra a manejar un concepto de extranjero marcadamente laboral, de manera que, desde una perspectiva legal, sólo cuando el inmigrante tiene reconocida su condición de trabajador legal resulta posible su integración en la Seguridad Social, y, en nuestro caso, en alguno de los Regímenes Especiales.

No obstante, merece reseñarse la concurrencia en estos años de tres procesos de distinta naturaleza, y que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar hasta qué punto los inmigrantes irregulares pueden beneficiarse de la protección de alguno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social, y cuál sería el alcance de dicha protección. Estos procesos son:

a) La convergencia entre Regímenes de Seguridad Social:

Como resulta conocido, en su momento el Pacto de Toledo (1995) en su Recomendación Sexta animó a que se continuara reduciendo de manera gradual el número de Regímenes actualmente existentes “logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o a largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”.

Sin embargo, los posteriores Acuerdos entre Gobierno e interlocutores sociales en materia de Seguridad Social, de 1996 y 2001, resultaron de una efectividad más que discutible en este terreno (CABEZA PEREIRO, 2002, p. 62), desde momento en que no consiguieron estimular suficientemente la acción normativa del Estado para avanzar legislativamente por la vía de la homogeneización, quedando todavía muy lejano el objetivo de la existencia de dos únicos Regímenes, el de los trabajadores por cuenta ajena y el de los trabajadores por cuenta propia. Pese a lo cual, hay que reseñar novedades significativas en estos años tanto desde la perspectiva de la acción protectora de estos Regímenes, y su mejora, como de su mayor racionalidad estructural, tales como: la aproximación realizada en materia de cotizaciones; la mejora, en la búsqueda de la equiparación progresiva al Régimen General, de la acción protectora de los Regímenes Especiales; el reconocimiento de la cobertura de las contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el RETA; o la incorporación progresiva a este Régimen Especial de trabajadores autónomos que se encuadraban en otros Regímenes Especiales, caso de los trabajadores por cuenta propia del sector agrario, por no mencionar la integración de los trabajadores autónomos dependientes.

b) La introducción de reformas sucesivas en materia de Seguridad Social que han afectado lógicamente la posición jurídica del inmigrante, particularmente del inmigrante legal.

De tal manera que la equiparación que hoy día conocemos entre los nacionales y extranjeros con permiso de trabajo y/o residencia en materia de Seguridad Social, tanto

a nivel contributivo como no contributivo o asistencial, en el fondo es la expresión última de un largo proceso con sus luces y sombras (OLARTE ENCABO, 2002, p. 326 y ss), No se olvide con todo, que, como han señalado algunos estudiosos del fenómeno (SOLA MONELLS, 2002, p. 73 ) el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros en materia de Seguridad Social en la práctica permite apreciar una sucesión de coincidencias parciales, que no identidad de régimen jurídico, pues, de un lado el régimen jurídico español en materia de prestaciones acostumbra a exigir unos requisitos de difícil cumplimiento para los trabajadores extranjeros – lo que en la práctica dificulta el disfrute de tales prestaciones -, y de otro, hay dificultades para trasladarles la aplicación de las normas de Derecho Comunitario e Internacional sobre conservación de derechos de Seguridad Social. Ese proceso, en todo caso y por lo que respecta a los inmigrantes legales, registró un punto de inflexión importante en la equiparación que consagraron entre nacionales y extranjeros, a nivel contributivo y no contributivo, las sucesivas Leyes de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, 13/1996 y 66/1997. Proceso que actualmente tiene como hito último la propia LO 14/ 2003 y su discutido art. 36 párrafo 2º, donde se afirma que *“la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”*.

En un planteamiento que, como resulta sobradamente conocido, también se ha visto expuesto a voluntades legislativas de signo diverso, pues si bien la LO 4/2000 reconoció el derecho al trabajo y a la Seguridad Social (art. 10) “a los extranjeros” – término que en principio podría albergar a todo inmigrante, legal o no -, bien es verdad que “en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen” (art. 10.1), con posterioridad, a los pocos meses, la LO 8/2000 altera el reconocimiento de derechos de Seguridad Social, estableciéndolo en términos más restrictivos, pues ya sólo serán titulares de estos derechos los “extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen”, tenor que parece excluir con ello a los inmigrantes irregulares. Situación que vuelve a registrar novedades con la mencionada LO 14/2003, en los términos que se han indicado.

Lógicamente, por lo que se ha comentado hasta ahora, la cuestión pendiente es cómo hacer frente a la protección social de los inmigrantes irregulares. Pero desde ahora conviene advertir que el proceso de equiparación de derechos de protección social entre nacionales e inmigrantes legales lógicamente no resulta ajeno a los inmigrantes irregulares, y que precisamente dicho proceso genera en unos casos unas sinergias, en otros unas corrientes de pensamiento a favor del reconocimiento de derechos de protección social a los inmigrantes irregulares, si no en los mismos términos que a los trabajadores extranjeros legales, sí en términos parecidos o próximos.

c) La jurisprudencia “imaginativa” de nuestros Tribunales, que indudablemente ha constituido un motor notable no sólo para la equiparación de derechos en materia de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en situación legal con los nacionales del país, sino también para avanzar en el reconocimiento de derechos de protección social de los inmigrantes irregulares. De tal manera que con el paso del tiempo nuestros Tribunales han evolucionado, como es conocido, desde posiciones que negaban el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social a los trabajadores extranjeros sin

las correspondientes autorizaciones administrativas, a planteamientos que afirman que las relaciones de trabajo entabladas por estos inmigrantes son susceptibles de generar no sólo efectos retributivos sino también referentes a prestaciones de la Seguridad Social.

Las páginas que siguen están encaminadas a determinar hasta qué punto los inmigrantes irregulares pueden acceder a prestaciones derivadas de alguno de los Regímenes Especiales, aunque hay que advertir desde un principio que las consideraciones al respecto no pueden realizarse sin tener en cuenta los pronunciamientos judiciales producidos en relación con la protección social de los inmigrantes, regulares o no, a la vista del Régimen General de la Seguridad Social.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ALGUNOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL.**

### **2.1. La inclusión en el ámbito subjetivo de los Regímenes Especiales.**

La posible inclusión de los inmigrantes irregular en alguno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social choca por principio con la cuestión todavía hoy día no resuelta, de hasta qué punto un posible derecho a prestaciones derivadas de algunos de estos Regímenes puede generar una relación jurídica de pleno derecho (afiliación y alta) entre el trabajador extranjero en situación irregular y la propia Seguridad Social, en este caso alguno de sus Regímenes Especiales.

No obstante, la resolución de esta cuestión, y en definitiva del asunto que constituye el encabezamiento del presente epígrafe, exige partir de consideraciones previas, vinculadas en este caso al tenor de la Constitución y de la normativa de Seguridad Social, bastante confusa en esta cuestión, como resulta conocido. Fijando, aunque sea de manera breve, cuál es la posición en relación con el posible derecho de los inmigrantes irregulares a la protección social otorgada por determinados Regímenes de la Seguridad Social; cuestión que en definitiva remite al conflictivo asunto de hasta qué punto los trabajadores extranjeros en situación irregular pueden pretender su inclusión en alguno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social.

Por principio, conocido es que el art. 13 CE establece que los “extranjeros” en nuestro país “gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [I] en los términos que establezcan los tratados y la ley”, lo que atinadamente se ha interpretado como que puede haber un reconocimiento legal limitado de derechos a los extranjeros respecto de los españoles, pues sólo respecto de estos el art. 14 CE reconoce el principio de igualdad y no discriminación (SÁNCHEZ-URÁN, 2006, p. 249). De manera que, del texto constitucional, no se puede extraer, de una forma clara una suerte de “derecho a la integración social”, pese a que, entre los principios rectores de la política social y económica, la CE reconoce derechos como el de Seguridad Social. Y es que como refirió en su momento la STC 72/2005, “el art. 13.1 CE no se refiere a la totalidad de los derechos de los extranjeros en España, sino sólo a derechos fundamentales”, entre los que desde luego no está el derecho a la Seguridad Social. Otra cosa es que el legislador haya considerado en un momento determinado a los inmigrantes como colectivo “con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo”(por ejemplo, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en su art. 26,

se refiere a los inmigrantes como “personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo”). Si bien, eso sí, cuando se refiere a los inmigrantes lo hace añadiendo la consideración de que ello será así “con respeto a la legislación de extranjería”; lo que fuerza a plantearse si el legislador en este punto está pensando en los inmigrantes irregulares, que, aunque con evidentes problemas de integración no merecería el favor del legislador, por lo menos en este caso.

Claro que, como se ha advertido en algún caso (MONEREO PÉREZ, 1996, p. 159), lo que está en juego en última instancia es hasta donde alcanza la “ciudadanía social”, en cuanto conjunto de derechos sociales básicos a reconocer a toda persona por su vinculación directa con la dignidad humana concepto que se contrapondría a la “ciudadanía política y civil”, expresión ésta íntimamente ligada a la noción de nacionalidad. Recuérdese cómo el TC ha señalado tiempo atrás que los derechos que no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana pueden ser modulados lícitamente por las leyes y tratados, en función de la nacionalidad, por ejemplo, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros (STC 94/1993; 130/1995). Recuérdese a este efecto cómo el TC ha señalado tiempo atrás que los derechos que no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana pueden ser modulados lícitamente por las leyes y tratados, en función de la nacionalidad, por ejemplo, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros (STC 94/1993; 130/1995).

En ese sentido, y desde una perspectiva general, no es posible sustraerse a la impresión generalmente compartida por los especialistas hoy día en cuanto a la opinión que merece la consideración general del ámbito subjetivo de la Seguridad Social (RODRÍGUEZ CARDO, 2006), que podría resumirse de la siguiente manera: partiendo de la base de que el desempeño de una actividad profesional constituye el “pórtico de entrada” al Sistema de Seguridad Social, la evolución de nuestro Derecho de Seguridad Social evidencia en estos últimos años, por un lado, la consagración de la territorialidad como límite natural del sistema, y, por otro, la decadencia de un criterio clásico hasta hace no tantos años como la nacionalidad. Lo que resulta especialmente interesante ahora, de manera que la pregunta sería ¿cómo afectan estas líneas de tendencia a los inmigrantes irregulares cuando pretenden la protección social de alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social?

La dependencia como hemos advertido de la legalidad vigente en cada momento, a la hora de determinar los derechos de Seguridad Social de los inmigrantes irregulares o no (se trata de “un derecho de estricta configuración legal”, según la STC 37/1994) obliga a considerar, aunque sea brevemente, las normas legales que con carácter general configuran el ámbito subjetivo de la Seguridad Social en relación con el colectivo de los inmigrantes. En ese sentido, resulta obligada la cita del art. 7.1 LGSS que establece que se encuentran comprendidos dentro del Sistema de Seguridad Social “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que (...) ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados” de dicho precepto. Así como de lo dispuesto tanto por los arts. 10 y 14 LOEx, como el vigente tenor del art. 36.3 párrafo 2º de la LOEx. De tal manera que si bien, y como es conocido, en principio el art. 10 LOEx reconoce a los “extranjeros” el “acceso al Sistema de Seguridad Social”, siempre que éstos “reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica” y “de conformidad con la legislación vigente” - tenor que descarta cualquier consideración sobre los inmigrantes irregulares -, y el art. 14.3 de dicha norma

establece que “los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas” – norma confusa donde las haya, aunque desde luego no parece que el legislador cuando se refiere a “servicios y prestaciones sociales básicas” esté pensando en prestaciones de la Seguridad Social como las derivadas de accidente de trabajo o las de enfermedad común (GARCÍA MURCIA, 2002, p. 29).

Será, pues, el apartado 3 párrafo 2º del art. 36 L.O. 4/2000, en su nueva redacción dada por la L.O. 14/2003, el que finalmente se constituya en precepto clave a la hora de argumentar el derecho de los trabajadores extranjeros irregulares a prestaciones de la Seguridad Social, y en lo que aquí interesa, a prestaciones de alguno de los Regímenes Especiales, al afirmar, como es conocido, que: *“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”*. Aunque, como se ha señalado (LOUSADA AROCHENA y CABEZA PEREIRO, 2004, p. 7-8), se aprecia una clara antinomia entre el art. 14.1 y el art. 36.3 párrafo 2º LOEx: lo que en apariencia deniega aquél lo concede éste, al removerse el obstáculo para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social que supone la inexistencia de la autorización administrativa pertinente. Y recuérdese a estos efectos, como ya se ha hecho en algún caso (CABEZA PEREIRO, 2008, p. 11) que mientras los arts. 10 y 14 LOEx tienen la naturaleza de preceptos de ley ordinaria, el art. 36 LOEx tiene rango de ley orgánica, argumento a no desdeñar a la hora de otorgar mayor valor a los dispuesto en este último precepto.

Lo que ocurre es que, con ser un precepto que reconoce derechos a los trabajadores extranjeros irregulares la norma se mantiene en una ambigüedad, casi calculada, que empuja prácticamente a recurrir a la jurisprudencia que se va generando como técnica para llenar de contenido el derecho reconocido de forma tan espectacular - si se recuerda por contraposición el tratamiento normativo de otro tiempo, por ejemplo con ocasión de la L.O. 8/2000 -. Sobre esta cuestión se volverá posteriormente, pues, en estos momentos y a la vista del reconocimiento del derecho a prestaciones de Seguridad Social sancionado por el art. 36.3 párrafo 2º LOEx, lo que interesa es determinar hasta qué punto los Regímenes Especiales acogen en su campo de aplicación a los trabajadores extranjeros irregulares.

La respuesta es clara en sentido: no hay en la normativa ordenadora de cada uno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social referencia alguna que permita considerar a los trabajadores extranjeros irregulares como sujetos integrantes del Sistema de Seguridad Social. Esta circunstancia apuntaría por tanto a la no inclusión de tales trabajadores en el ámbito subjetivo de los distintos Regímenes Especiales. La cuestión sería si el mencionado art. 36.3 párrafo 2º LOEx no provocaría una suerte de inserción, casi habría que decir por la puerta de atrás, – el tenor ya se ha comentado que no acompaña - en tales Regímenes. Pues bien, parece razonable partir de la idea de que la posible inclusión de un trabajador extranjero irregular en alguno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social exige en primer término, y por principio, el desarrollo de una actividad profesional de las que la normativa vigente contempla como propias de cada uno de los Regímenes Especiales, pues no puede olvidarse, por un lado, que la profesionalidad continúa hoy día siendo el “pórtico de entrada” al sistema de Seguridad

Social (RODRÍGUEZ CARDO, 2006, p. 45), y por otro que, históricamente, los Regímenes Especiales surgen como respuesta a las demandas o peculiaridades de protección de ciertos colectivos de trabajadores.

Especialmente problemáticos pueden ser en ese sentido los supuestos de “pluriactividad, en los que el trabajador inmigrante irregular al desempeñar distintas actividades profesionales, lo que incrementa la confusión de su situación a la hora de determinar en qué Régimen Especial, por la actividad que desarrolla, podría ser encuadrado. Como en algún caso se ha señalado (LÓPEZ GANDÍA, 2005, p. 383 - 384), la exigencia de habitualidad y dedicación en Regímenes Especiales como los de Autónomos, Trabajadores del Mar, o Agrario, dificulta la configuración de situaciones de pluriactividad, sino fuera porque, finalmente, tales condicionantes no suponen la exigencia de facto de la exclusividad. Usando desde luego la expresión con cautela porque la definición de pluriactividad que aporta el art. 9.1. 4º del R.D. 2064/1995, de 22 de diciembre, desde luego no se ajusta al supuesto de hecho al que se está haciendo referencia aquí. Pues para la norma legal la pluriactividad es una situación en la que un trabajador por cuenta ajena o propia desempeña actividades que *“den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de Seguridad Social”*, lo que no es el caso, pues precisamente si algo no ocurre es que la actividad del inmigrante irregular genere el derecho a ser obligatoriamente dado de alta en Régimen alguno.

No obstante, y con independencia de lo que se dirá con posterioridad, sí conviene advertir que, en el caso de las contingencias profesionales, ámbito donde existe una mayor sensibilidad a reconocer prestaciones a los trabajadores inmigrantes irregulares, una de las principales dificultades puede residir en el hecho de que, por lo que respecta al RETA por ejemplo, la cotización de los epígrafes se fijan en función de la actividad que desarrolle el autónomo, por lo que si el mismo desempeña varias, dado que el R.D. 1273/2003, de 10 de octubre, no plantea una solución cierta, pueden surgir dudas sobre la viabilidad de la cobertura desde el momento en que el RETA exige al trabajador una declaración expresa del epígrafe por el que desea cotizar, cosa que el inmigrante irregular no habrá hecho, con la consiguiente confusión. En ese sentido (LÓPEZ GANDÍA, 2005, p. 385), se ha planteado que tal vez lo razonable sería extender la solución que se predica generalmente en los casos de pluriempleo, y tal es que el accidente de trabajo se considera producido en los dos trabajos desempeñados por el trabajador, si bien es necesario reconocer que dicha solución no es tan clara cuando el accidente se produce en la actividad con la tarifa más alta, y resulta que no es la elegida por el autónomo.

Igualmente, parece razonable considerar que el hipotético encuadramiento de un trabajador inmigrante irregular en un Régimen Especial de Seguridad Social pase por la residencia, de un lado, de dicho trabajador en nuestro país, y de otro, por la prestación en el territorio nacional de la actividad profesional que califica a un extranjero como trabajador autónomo, del mar, agrícola, etc, en línea con la exigencia que se deriva del art. 7.1 LGSS en relación con el encuadramiento de los trabajadores en el Sistema de Seguridad Social. Especialmente problemática en ese sentido puede ser, sin embargo, la situación que registran los trabajadores inmigrantes irregulares que incurrir en situaciones propias del trabajo transfronterizo. A esos efectos conviene recordar que tanto la normativa internacional, como la comunitaria, como los convenios bilaterales que España ha firmado con algunos países – sobre todo africanos -, se decanta por la aplicación de la *lex loci laboris*, o sea la aplicación de la ley del territorio donde se

trabaja, por lo que, en principio, si un senegalés atraviesa frecuentemente la frontera portuguesa para vender productos en un mercadillo – trabajo autónomo -, sus aspiraciones en materia de protección social debería pasar por que se le reconozcan derechos en el Sistema Español de Seguridad Social, concretamente en el RETA.

Se ha hecho referencia a cómo las pretensiones de un trabajador inmigrante irregular en relación con alguno de los Regímenes Especiales de Seguridad Social pasan por el desempeño de una actividad profesional, la residencia en España y el desarrollo de dicha actividad en territorio español. Estos tres elementos se configuran como presupuestos de toda consideración en relación a un posible derecho a prestaciones de Seguridad Social. Llega el momento, por tanto, de analizar cómo se ha construido jurídicamente un posible derecho a tales prestaciones. Para lo cual se abordará la cuestión distinguiendo la protección de las contingencias profesionales de la de las contingencias comunes y del desempleo.

## **2.2. La protección de las contingencias profesionales.**

La protección de las contingencias profesionales constituye sin duda el terreno en el que más se ha avanzado en el reconocimiento de derechos de protección social a los trabajadores inmigrantes irregulares, hasta el punto de que en algún caso se ha llegado a afirmar que “resulta difícil, y en la práctica nadie lo hace, negar a estas alturas el derecho a la protección por las contingencias profesionales” (CABEZA PEREIRO, 2008, p. 6). El problema es que aunque esto fuera así, existen significativas discrepancias en cuanto a los argumentos jurídicos que respaldarían este derecho. Vaya por delante, además, que la opinión elaborada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es una construcción teórica que tiene su origen en los problemas generados a partir de la consideración del Régimen General de la Seguridad Social; lo que no quita para sean perfectamente trasladables los argumentos al caso de los Regímenes Especiales.

Como en algún caso se ha mantenido, el accidente de trabajo es un fenómeno que “no sólo tiene que ver con la Seguridad Social, sino también con las condiciones de trabajo y, en particular, con las condiciones de seguridad y salud en el trabajo” (GARCÍA MURCIA, 2002, p. 32), y tal vez por mor de la sucesión de accidentes acaecidos en el ámbito de la economía sumergida, los Tribunales españoles terminaron superando la doctrina del no rotundo que representaba la tesis de la nulidad radical del contrato de trabajo de los inmigrantes irregulares, en favor del reconocimiento de la protección del extranjero irregular, al menos en los supuestos de accidente de trabajo. Ya clásica es en ese sentido, la STS (Sala 4ª) de 9 de junio de 2003 (R.J. 3936), donde el argumento principal es el recurso al principio de automaticidad (art. 125.3 LGSS); Sentencia que es acompañada poco después de otra en la que literalmente se afirmaba que, teniéndose en cuenta que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es nulo, “no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900” (STS (Sala 4ª) de 7 de octubre de 2003 (R.J. 6497).

Junto al principio de automaticidad, otros argumentos que también se han empleado en estos años, tienen que ver con:

a) El Convenio núm. 19 OIT, de 1925, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, y que obliga a otorgar la igualdad de trato “sin ninguna condición de residencia” (art. 1.2), invocándose a veces también, en conjunción, la Recomendación núm. 25 OIT, de 1925, sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo. Así como, en algún caso, el Convenio núm. 97 OIT, sobre los trabajadores migrantes, de 1949

b) El art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, que reconocería a los extranjeros, sin distinción ni condicionamiento alguno, “la reciprocidad en todo caso” en relación con las “contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional” Norma que, como es conocido, arrojaba luz en su momento sobre el alcance del art. 7 LGSS, reconociendo que estarían equiparados a los españoles “los súbditos de países hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio nacional”, mientras que en el caso de los demás extranjeros su ingreso en el Sistema de Seguridad Social español dependería de la acreditación de la correspondiente reciprocidad, salvado el caso ya reseñado de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

c) El art. 36.3 párrafo 2º LOEx, que para muchos constituye argumento definitivo en relación con este asunto.

d) El art. 42 .2 REGE, en su redacción tras la reforma del dicho precepto por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, y que se considera consecuencia en gran medida de lo dispuesto por el citado art. 36.3 párrafo 2º de la LOEx. A su vez, dicho precepto reglamentario diferencia entre:

a. Trabajadores por cuenta ajena en situación ilegal en España – entiéndase sin permiso de residencia –, y sin autorización para trabajar, pero pertenecientes a países que han ratificado el Convenio núm. 19 OIT: se consideran incluidos en el Sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional. Y todo ello, sin perjuicio de la aplicación “a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida”.

b. Demás extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar – estén o no en residencia legal habría que entender –, desempeñan una actividad – no se precisa si por cuenta ajena o propia- en España, y que, si bien “no estarán incluidos en el Sistema de la Seguridad Social”, pueden “considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”.

e) El art. 57.5 b) de la Ley 4/2000 en su redacción vigente, si bien en cuanto argumento secundario que reforzaría la tesis a favor de la protección por contingencias profesionales, y que establece que la sanción de expulsión no podrá imponerse, entre otros, a los extranjeros “que sean beneficiarios de un prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad

profesional ocurridos en España”; lo que se considera un reconocimiento indirecto del derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

La cuestión es que algunos de estos argumentos han sido discutidos, y con razón, por lo que toca en estos momentos determinar qué fundamentación jurídica, si la hubiera, justificaría el que un trabajador extranjero autónomo, o del mar, por ejemplo, en situación irregular, podría recabar con éxito la protección social en relación con las contingencias profesionales.

Para empezar, hay que descartar el recurso a los Convenios núm. 19 y 97 OIT. Este último porque se trata de un Convenio referido exclusivamente a los migrantes regulares, lo que no es el caso (ALARCÓN CARACUEL, 2005, p. 95). Y, en relación con el primero, porque, si bien es verdad que dicho Convenio reconoce que la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros no está supeditada a “ninguna condición de residencia”, hay que recordar que esa igualdad viene referida a una circunstancia tan concreta como el percibo de la indemnización por accidente de trabajo por parte de los trabajadores extranjeros o sus derechohabientes, y lo que se pretende es que las exigencias de residencia no dificulten el percibo de la indemnización cuando los beneficiarios, por la razón que sea, ya no residen en España (RODRÍGUEZ CARDO, 2006, p. 236).

Igualmente discutible resulta el argumento del tenor del art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, desde el momento en que, como en algún caso ya se ha expresado (RODRIGUEZ CARDO, 2006, p. 237-239), se trata de una norma que históricamente sólo se explica en el contexto del tenor del art. 7.4 LGSS, en su redacción anterior a la reforma operada del mismo por la Ley 13/1996, norma ésta que terminó con la reciprocidad en el caso de las prestaciones contributivas, por lo que la Orden ministerial hay que considerarla de una virtualidad jurídica inexistente, si no derogada tácitamente. Añádase si se quiere la circunstancia de que el tenor de la Orden Ministerial se refiere a la reciprocidad respecto de los extranjeros “residentes”, lo que descarta la utilidad de la norma a efectos del análisis que se está haciendo aquí (CEINOS SUÁREZ, 2006, p. 446).

Dificultades también registra el recurso al principio de automaticidad del art. 125.3 LGSS, desde el momento en que se trata de una norma que parte de la base de la inclusión de los beneficiarios de dicho principio en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social (CEINOS SUÁREZ, 2006, p. 444-445). Siendo eso así, parece razonable considerar que dicho principio no pueda ser invocado en el caso de los trabajadores extranjeros irregulares, al menos en los términos estrictos del art. 125.3 LGSS.

¿Qué queda por tanto como argumento? Pues fundamentalmente, el ya mencionado art. 36.3 párrafo 2º LOEx, en el que se puede considerar contenido el principio de automaticidad, en este caso referido específicamente a los trabajadores que sin autorización para trabajar, sean o no residentes legales, realicen un trabajo efectivo. Unos trabajadores respecto de los que la norma legal reconoce efectos jurídicos a la relación laboral de facto que mantienen con el empresario, no sólo respecto a sus derechos laborales – se dice, como hemos señalado antes, que la falta de autorización “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”-, sino también en relación a las prestaciones que “pudieran corresponderle”, y ahí se

deben encontrar, sin duda, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. Aunque también respalda la conclusión a la que se llega el citado art. 57.5 b) de la Ley 4/2000, si bien debe considerarse un argumento de segundo orden.

Cuestión distinta es el caso del art. 42.2 REGE, que debe considerarse un intento fallido de incorporación, en sede reglamentaria, de la doctrina del TS en relación con la protección por contingencias profesionales de los trabajadores inmigrantes irregulares. En ese sentido, llama la atención que después del tenor del art. 36.2 párrafo 3º, se reforme el art. 42 REGE en unos términos tan desafortunados, por la confusión que introduce y la deficiente técnica de la norma: a) Por un lado, vuelve a enarbolar el principio de reciprocidad a la hora de reconocer prestaciones, al tiempo que remota la idea, ya superada, de la existencia de un grupo de inmigrantes con tratamiento preferente, aquellos que pertenecen a países firmantes del Convenio núm. 19 OIT, haciendo afirmaciones tan criticables como que tales trabajadores – sólo por cuenta ajena, por cierto – se considerarán “incluidos” en el Sistema español de Seguridad Social, y en “alta”, si bien “a los solos efectos” – o sea está o no se está en el Sistema, presencias parciales no parecen tener sentido ni ser posibles - de las contingencias profesionales; b) Por otro lado, si bien niega el que cualquier extranjero, trabajador en este caso sin embargo por cuenta ajena o propia, residente legal o no, y sin autorización administrativa para trabajar, pueda estar incluido en el Sistema de Seguridad Social, a continuación admite que puedan “considerares incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones”, que nuevamente no se determinan cuáles son, aunque se precisa que todo ello será “de acuerdo con lo establecido en la Ley”.

En cuanto a las contingencias profesionales, y por lo que respecta al art. 36.3 párrafo 2º citado, el reconocimiento del derecho a las prestaciones resulta evidente desde el momento en que dicho precepto legal bien puede considerarse como una excepción al binomio afiliación/alta –prestación de Seguridad Social, como en algún caso se ha señalado (LÓPEZ CUMBRE, 2006, p. 20 - 21), vinculándose los derechos de Seguridad Social – y habría que decir también los derechos laborales -, al trabajo efectivamente realizado y no al contrato de trabajo en sentido formal. Aunque existan opiniones que consideran que planteamientos de este tipo remiten a la “tesis que prescinde de la naturaleza contractual que la relación de trabajo tiene en nuestro sistema jurídico (arts. 7 y ss. ET), retrocede a las viejas teorías sobre las relaciones laborales de hecho y hace tabla rasa de la distinción entre trabajador regular e irregular, contraviniendo además abiertamente lo dispuesto por el art. 41 CE (que reserva a los ciudadanos la protección de la Seguridad Social)” (MONTROYA MELGAR, 2007, p. 129).

No obstante, ello no quiere decir que el trabajador extranjero irregular esté en condiciones de poder ingresar en el Sistema, y por tanto, ser afiliado y dado de alta, de la misma manera que de producirse la contingencia profesional correspondiente no surgiría obligación de cotizar alguna. Aunque es importante no perder la perspectiva de que la normativa sobre Extranjería a lo que aspira es a controlar los flujos migratorios, y desde esa perspectiva resulta inevitable la diferenciación entre regulares e irregulares a la hora de reconocer derechos (en este sentido, GARCÍA MURCIA, 2002, p. 30-31). El ordenamiento español claramente no aborda el derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE) como una suerte de derecho universal de las personas, aunque reconozca su condición de derecho propio de los inmigrantes. En ese sentido hay que compartir la opinión de quienes (SÁNCHEZ-URÁN, 2006, p. 279) han expresado que en el presente

caso hay una aplicación efectiva de lo que se ha dado en llamar el “principio de universalidad limitada o restringida”, y que, en definitiva, supone el establecimiento de diferencias en el contenido y posibilidades de ejercicio del derecho a la protección social en función de la situación administrativa del trabajador extranjero.

En este sentido, recuérdese que, en su momento, el art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, estableció el incremento de la multa impuesta al empresario por utilizar trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar “en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta”, y su correspondiente ingreso en la TGSS, dejando nítido y claro – una rareza en esta materia– la naturaleza sancionatoria de ese incremento en función de las cuotas no satisfechas, y su no consideración como cotización efectiva. A fin de cuentas, y como en alguna ocasión se ha indicado (MERCADER UGUINA, 2004, p. 126), de lo que se trata es de evitar que se entienda que la sanción complementaria “generaría contraprestaciones de los órganos de Seguridad Social en forma de prestaciones para el extranjero ilegalmente contratado”. Por tanto, aunque el INSS o la Mutua deban asumir inicialmente el pago de la prestación correspondiente – con independencia de su repercusión posterior al empresario –, el empleador finalmente es el responsable del pago de la prestación, por lo que deberá ingresar el correspondiente capital-coste conforme a la legislación vigente de Seguridad Social.

De todas formas, conviene ser conscientes de que la tibieza – por no hablar de indeterminación – con que el mencionado art. 36.3 párrafo 2º LOEx ampara el derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales, complica enormemente la puesta en práctica de dicho reconocimiento. Un buen ejemplo de ello es el caso de los trabajadores extranjeros irregulares que realizan trabajos por cuenta propia susceptibles de ser encuadrados en algunos de los Regímenes Especiales de Seguridad Social, donde los problemas prácticos que se plantean son de diversa índole. Tal vez el principal es que, en este caso, no existe un empresario al que imputar la responsabilidad de los gastos derivados de la prestaciones por contingencias profesionales, y no se comprende muy bien cómo se puede pretender el beneficio del Sistema cuando no ha habido aportación alguna al mismo y la prestación irregular de trabajo tiene su origen exclusivamente en la voluntad del propio interesado, que optó por residir y trabajar ilegalmente.

A ello añádase el hecho de que, salvo que se trate de un trabajador autónomo económicamente dependiente –algo de difícil prueba en estos casos y respecto de los cuales el art. 26.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, establece la obligación en el caso de estos trabajadores de incorporar “dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los riesgos profesionales–, la cobertura de las contingencias profesionales en el caso de los autónomos (D.A. 3ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio) exige una opción previa que difícilmente puede realizar un trabajador inmigrante irregular (no así la incapacidad temporal cuya cobertura es obligatoria para el autónomo a partir del 1 de enero de 2008 (D.A. 3ª Ley 20/2007, de 11 de julio), siempre que no tenga derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social). Es más es que no va a poder hacer dicha opción, con lo cual el derecho a prestaciones por contingencias profesionales que se ha hecho derivar del art. 36.3 párrafo 2º LOEx quedaría en papel mojado, al menos en este caso. A no ser que el trabajador extranjero irregular realice

alguna de las actividades profesionales que en su día el Gobierno determine como de “mayor riesgo de siniestralidad”, y donde la D.A. 2ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, prevé la cobertura obligatoria de las contingencias profesionales. Esta situación es compartida también por los trabajadores inmigrantes irregulares que realizan labores agrarias susceptibles de encuadrarse en el “Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia”, pues en este caso no sólo la cobertura de las contingencias profesionales, sino también la IT, es voluntaria, y exige una declaración de voluntad previa (D.A. 3ª.3 Ley 20/2007, de 11 de julio).

Otras veces los problemas que se pueden dar afectan a los que realizan trabajos por cuenta ajena, y, así, por ejemplo, se ha planteado qué hacer cuando un Tribunal ha apreciado la existencia de una relación laboral y ha declarado improcedente el despido, por ejemplo de un estibador portuario en situación irregular. Se ha sostenido al respecto (ALARCÓN CARACUEL, 2005, p. 98), ante las carencias de la legislación vigente, y sobre todo el tenor del art. 42.1 REGE, que posiblemente la solución pasaría, en tanto no haya una respuesta normativa adecuada, por considerar que existiendo sentencia que declare la validez del contrato y/o la responsabilidad empresarial por cuotas y prestaciones, los extranjeros no necesitarían proveerse de permiso de trabajo con carácter previo a su afiliación y alta, sino que debería ser suficiente con aportar la sentencia y la solicitud de permiso de trabajo. Tal solución intenta resolver una situación que ciertamente no es deseable: si nos atenemos a la norma el trabajador inmigrante irregular debería continuar siéndolo. Pero lo cierto es que al día de hoy el legislador se ha abstenido de resolver dicha situación, posiblemente porque no se tiene muy claro qué hacer con el trabajador que irregularmente lleva ya un tiempo prestando su trabajo en nuestro país, y que en principio no tiene los mismos derechos que los trabajadores extranjeros regulares, poniéndose con ello de manifiesto la incapacidad de la Administración para regular el flujo migratorio con las reglas que ha decidido otorgarse.

También se podría pensar en la vía del arraigo, sobre todo en sus modalidades de arraigo laboral y social (art. 45 RELOEX), como un proceso adecuado para obtener la regularización de situaciones individuales de irregularidad. Especialmente interesante es la posibilidad de poder solicitar, con ocasión del agotamiento del permiso de residencia por arraigo, una autorización de residencia y trabajo conforme al régimen previsto en el art. 58 RELOEX. El problema es que no siempre va a ser fácil aportar las pruebas que permitan cumplir con las exigencias legales fijadas por la norma para obtener el correspondiente reconocimiento legal de la situación del trabajador irregular (AGUILERA IZQUIERDO, 2006, p. 190 y ss).

En alguna ocasión también se ha sugerido que la regularización, al menos temporal, del trabajador inmigrante irregular podría pasar por la solicitud de un permiso de residencia temporal con ocasión del reconocimiento de una prestación por riesgos profesionales, en virtud de lo dispuesto por el art. 35 RELOEX, al considerar que la prestación reconocida podría operar como título suficiente para demostrar la existencia de rentas, lo que permitiría avalar la solicitud (CEINOS SUÁREZ, 2006, p. 456-457). Olvidan quienes proponen esta vía que entre los requisitos para solicitar el visado se exige la presentación de “pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año”, lo que no está al alcance de muchos extranjeros irregulares. Por no hablar de la precariedad de la protección de ciertas prestaciones, tal es el caso de la incapacidad temporal de los empleados al servicio del

hogar familiar de hogar, que, como se sabe, se percibe a partir del vigésimo noveno día desde la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente (art. 30 R.D. 2346/1969, de 25 de septiembre).

### **2.3. La protección de las contingencias comunes.**

Si las dudas sobre el acceso de los trabajadores extranjeros irregulares a la protección por contingencias profesionales en gran medida se salvaron tras el reconocimiento de efectos jurídicos a la relación de trabajo del inmigrante irregular, y sobre todo el tenor del art. 36.3 párrafo 2º LOEx, la polémica entorno a las contingencias comunes continúa muy viva, aunque sólo sea porque numerosos estudiosos del fenómeno, ante la respuesta afirmativa, se plantean qué sentido tiene entonces distinguir entre inmigrantes legales e ilegales “si a la postre se les va a reconocer el mismo estatuto jurídico” (por todos, MONTOYA MELGAR, 2007, p. 126).

Ciertamente, el art. 36.3 párrafo 2º LOEx no realiza concreción alguna sobre las prestaciones a las que podría tener derecho el trabajador inmigrante irregular, lo que en unos casos se ha interpretado como un factor que habla a favor del reconocimiento de prestaciones por contingencias comunes (CEINOS SUÁREZ, 2006, p. 454), mientras que en otros casos se ha considerado que, a falta de concreción, no puede hablarse de derecho alguno a prestaciones de esta naturaleza (SÁNCHEZ-URÁN, 2006, p. 286). Sin embargo, no puede ignorarse la “tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales”, de la que se ha hecho eco, aunque sea *obiter dicta* el Tribunal Supremo (STS (Sala 4ª) de 7 de octubre de 2003).

De tal manera, que, ante la vaguedad del tenor normativo del art. 36.3 párrafo 2º LOEx, es posible afirmar, como ya se ha hecho antes, el derecho de los trabajadores inmigrantes irregulares, sean o no residentes, a las prestaciones por contingencias comunes. Podría oponerse a esta interpretación lo dispuesto por el art. 14 .2 y 3 LOEx, norma que como se ha señalado reconoce a los “extranjeros residentes”, en el primer caso el “derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles” – lo que podría considerarse comprensivo de la protección por contingencias comunes -, mientras que a los demás extranjeros, “cualquiera que sea su situación administrativa” – o sea, tenga o no residencia legal, por ejemplo – les reconoce sólo el “derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”, expresión esta última que desde luego no parece poder albergar la mencionada protección por contingencias comunes. Sin embargo, hay que advertir en este caso una diferencia fundamental como es que mientras el art. 36.3 párrafo 2º LOEx se refiere al trabajador irregular por cuenta ajena, sin autorización para trabajar, con o sin permiso de residencia, el art. 14 se dirige a los extranjeros en general, sean o no trabajadores.

Cuestión distinta es, determinar, por un lado, quién debe asumir el coste de estas prestaciones, y por otro, hasta qué punto éste puede ser un derecho efectivo. En cuanto al responsable de asumir el coste de las prestaciones por contingencias comunes, parece lógico que, no existiendo integración en el Sistema de Seguridad Social, sea el

empresario quien lo haga. Se discrepa, pues, de quienes abogan por la responsabilidad de las Entidades Gestoras (CAMOS VICTORIA, 2004, p. 32), en atención exclusivamente a que otra cosa supondría la desprotección de los trabajadores inmigrantes. Solución a la que también se opone la jurisprudencia más restrictiva del Tribunal Supremo en cuanto la responsabilidad subsidiaria del INSS, en el caso de contingencias comunes, cuando los trabajadores no están en alta (STS (Sala 4ª), de 16 de febrero de 2005 (RJ. 3492)).

Esta solución es respetuosa no sólo con el tratamiento que se da, por ejemplo, a los trabajadores españoles que no están en alta, y que fuera de los supuestos amparados por el art. 125.3 LGSS (contingencias profesionales y desempleo), carecen de derecho a la protección por contingencias comunes, sino que también constituye la solución más razonable desde la perspectiva del empresario que, recurriendo a mano de obra ilegal, pretende beneficiarse del dumping social que genera la contratación de este tipo de personas, al ahorrarse el empresario, entre otras cosas, los costes derivados de la cotización por contingencias comunes.

Pero junto al reconocimiento de este derecho a prestaciones por contingencias comunes de los trabajadores inmigrantes irregulares – no así de los que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena -, con base en el art. 36.3 párrafo 2º LOEx, hay que subrayar la escasa virtualidad que en la práctica puede llegar a tener este derecho. Y ello porque, como en algún caso se ha señalado (MARÍN MARÍN y GALLEGO MOYA, 2005, p. 76), no puede olvidarse que, por lo que respecta a las contingencias comunes, el disfrute de las prestaciones pasa por la acreditación de períodos mínimos de cotización, que sobre todo en el caso de algunas prestaciones tipo incapacidad permanente o jubilación suponen largos períodos de carencia, difíciles de reunir por un trabajador irregular. Otro problema también será la sucesión de empleadores para los que ha trabajado el inmigrante irregular y la demostración de los períodos en que dicho trabajo se ha producido, cuando no la carencia en estos casos de aportaciones (cotizaciones) que son responsabilidad del propio trabajador, como la cuota obrera del REA (art. 42 R.D. 2123/1971, de 23 de julio), o la cotización que esta obligada a efectuar la empleada de hogar en los casos de pluriempleo (art. 46 R.D. 2064/1995) y que este caso no ha podido realizar por razones obvias; entre las que cabe citar la situación de ilegalidad que le impide al trabajador efectuar por si mismo la cotización de forma regular, por no hablar de la imposibilidad de efectuar esa cotización cuando el empresario, como es el caso, no da de alta, por ilegal, al trabajador en el censo agrario, en el caso del REA.

Finalmente, y por lo que respecta a los trabajadores inmigrantes irregulares por cuenta propia, los problemas para hacer efectivo el derecho a la protección por contingencias comunes son aún mayores, desde el momento en que, normalmente no existirá cotización efectiva, por lo que, ante la imposibilidad de hacer responsable a Entidad Gestora alguna del pago de las prestaciones, finalmente el inmigrante irregular, sea o no residente, se encontrará desprotegido. En el caso del RETA, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha sido especialmente claro en la exigencia de estar al corriente de pago en las cuotas, de forma que, a aquellos autónomos que integrados en este Régimen Especial – lo que no es siquiera el caso - no se encontraban a la fecha de producirse el contingencia de la incapacidad temporal al día en sus cotizaciones se les ha denegado la prestación (STS (Sala 4ª), de 26 de abril de 2004 (Ar. 3703) y STS (Sala 4ª) de 24 de mayo de 2006).

## 2.4. La protección de la contingencia de desempleo.

Según el art. 207 LGSS, el derecho a la prestación de desempleo pasa por el cumplimiento por el potencial beneficiario no sólo de requisitos que le vinculan al Sistema de Seguridad Social, como la afiliación y el alta o situación asimilada al alta, sino también el cumplimiento de otras exigencias, como tener cubierto un período mínimo de cotizaciones, así como, al margen de encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo, al tiempo que estar en disposición de aceptar una colocación adecuada a través de la suscripción del correspondiente compromiso de actividad (art. 231 LGSS).

Circunstancias todas, que en el caso de los trabajadores inmigrantes irregulares, por la diversidad de requisitos exigidos, han dificultado el acceso a esta prestación de los mismos. Aunque también hay que recordar que la existencia de colectivos de emigrantes que están excluidos legalmente de la protección por desempleo, caso de los titulares de autorizaciones de trabajo que desarrollan trabajos transfronterizos, de duración determinada, o los estudiantes con permiso de trabajo especial (D.A. 13ª RELOEX). No obstante, conocido es que, tiempo atrás, el Tribunal Supremo (STS (Sala 4ª) de 21 de diciembre de 2004 (RJ. 10349); SSTS (Sala 4ª) de 21 y 25 de septiembre de 1995 (RJ. 6787 y 6887), estimó oportuno el reconocer el derecho de un trabajador extranjero con permiso de residencia a la prestación de desempleo, aunque el permiso de trabajo hubiera expirado. Jurisprudencia que con el tiempo se ha visto superada por la existencia de un conjunto de fallos (STSJ Castilla y León, de 17 de noviembre de 2005. En sentido parecido SSTSJ Castilla y León, de 14 de marzo de 2006 (AS. 1468) y de 21 de marzo de 2006 (AS. 829), que en un esfuerzo por ir más allá han reconocido, por ejemplo, el derecho del trabajador inmigrante, que no tenía residencia legal en España, ni permiso de trabajo, y que no estaba en alta en la Seguridad Social, a la prestación contributiva de desempleo, al tiempo que la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones.

Esta última corriente de pensamiento maneja habitualmente muchos de los argumentos que se han mencionado anteriormente en el caso de las contingencias profesionales (Convenio núm. 97 OIT, Recomendación núm. 125 OIT, etc.), y que se han desechado. De manera que lo que se plantea es la viabilidad de considerar a los trabajadores inmigrantes irregulares como trabajadores en alta de pleno derecho – con base en el art. 36.3 párrafo 2º LOEx -, pudiendo reclamarse al empresario el coste de la prestación, y a la Entidad Gestora el anticipo de misma en virtud del principio de automaticidad (art. 125.3 LGSS). Incluso se ha calificado a esa doctrina como un avance “hacia una sociedad más justa, hacia una ciudadanía social superadora de nacionalismos farisaicos”, pese a que se reconozca que se trata de una doctrina con “puntos negros” (OLARTE ENCABO, 2006, p. 9).

El tema desde luego no es fácil. Pero no estará nada mal partir de la consideración que en su día hizo en relación con este asunto el TC en su conocida Sentencia 139/1995, cuando afirmó que “el derecho (...) de percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles del mismo sector dependerá de que por ley o por tratado internacional aplicable ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán como a éstos, los beneficios del régimen

público de Seguridad Social a los que se refiere el art. 41 CE”. Por tanto no estamos ante un derecho a reconocer a cualquier persona con independencia de la nacionalidad o de su situación jurídica en nuestro país. Nuevamente se plantea, quiénes, en qué medida y con qué argumentación jurídica, pueden ser acreedores al derecho a disfrutar de las prestaciones contributivas por desempleo.

El último pronunciamiento del Tribunal Supremo, la STS (Sala 4ª) de 18 de marzo de 2008, al tiempo que arroja luz sobre el asunto, sin embargo, no se puede decir que zanje el tema. La Sentencia, al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina, confirma la STSJ Madrid de 16 de enero de 2007, negando por tanto la doctrina de la STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005, que precisamente reconoció la prestación de desempleo a un rumano sin permiso de residencia ni autorización de trabajo. La Sentencia del TS resulta de enorme interés no sólo porque aporta una solución concreta que marcará posteriores decisiones judiciales, sino también porque desestima, de manera bastante contundente, la utilización de ciertos argumentos jurídicos de quienes defiende el derecho a la prestación por desempleo de todo trabajador inmigrante irregular, tenga o no residencia legal España. En concreto, se dilucida si un cubano tiene derecho o no tanto a inscribirse como demandante de empleo, como a percibir las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social, en proporción al tiempo trabajado.

Para resolver la cuestión, el Alto Tribunal procede previamente a descartar la utilización de todo un conjunto de normas y Sentencias, tales como:

a) Los Convenios núm. 19 y 97 OIT, así como la Recomendación núm. 151. En el caso del Convenio citado en primer término, por no contener mención alguna al desempleo; en el segundo, porque tiene por destinatarios a los “emigrantes que se encuentren legalmente” en España; finalmente la Recomendación porque ninguna obligación impone al Estado Español.

b) Sentencias del propio Tribunal Supremo, de uso habitual en estos casos, pero que, a juicio del Alto Tribunal, en el presente no son de utilidad, por no resolver asunto similar. Son:

a. STS de 9 de junio de 2003: se pronuncia sobre prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo, en el caso de un extranjero cuyo país no firmó el Convenio núm. 19 OIT.

b. STS de 7 de octubre de 2003: resuelve un caso de invalidez permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, respecto de un extranjero cuyo país no firmó el Convenio núm. 19 OIT.

c) El R.D. 864/2001, de 11 de enero: al no contener disposición alguna referente al desempleo.

d) El art. 42.2 R.D. 84/1996: alude sólo a la obtención de “determinadas prestaciones”, sin que se le pueda otorgar a la expresión legal un significado omnicompresivo de todas las prestaciones de Seguridad Social.

De tal manera que, si bien el Tribunal Supremo reconoce que “las sucesivas modificaciones de la LOEx ponen de manifiesto una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros” (F.J. 3º), sin embargo, “dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga

derecho a la prestación de desempleo que reclama”. Afirmación que se soporta sobre un planteamiento que, básicamente, se asienta sobre los siguientes postulados:

a) La vigente LOEx asume – y recoge en sus Exposición de Motivos – la conclusión del Consejo Europeo de Tampere, en el sentido de garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión, que pasa entre otras cosas por “concederles derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión”. Es por ello que la LOEx distingue claramente en todo momento entre extranjeros residentes y extranjeros en situación irregular, regulando los derechos de unos y otros de manera distinta, y así se ve claramente en el art. 14 LOEx, donde, por ejemplo, su apartado 3 pone de manifiesto que los extranjeros en situación irregular “carecen del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes” (F.J. 4º).

b) En cuanto a la afirmación del art. 36.3 en su inciso final respecto a que la carencia de autorización para trabajar “ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”, la misma debe conducir a conclusiones distintas, según el extranjero (F.J. 5º):

a. Cuento con autorización de residencia: en este caso la falta de autorización para trabajar no puede ser un obstáculo para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero tiene derecho en virtud del art. 14. 1 LOEx. (F.J. 4º).

b. No cuento con autorización de residencia: en virtud del art. 14.3 LOEx, las prestaciones que pueden corresponderle “ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 sólo a los extranjeros “residentes” sino los “servicios y prestaciones sociales básicas”: entendiéndose por tales tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe cita la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que la STS de 26 de mayo de 2004 (rec. 351/2003) calificó de “asistencia social externa a la Seguridad Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)”.

c) Ni los Convenios internacionales firmados por España, ni la propia LOEx, prevén el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los inmigrantes “irregulares o no residentes”. Lo contrario conllevaría en la práctica “el reconocimiento de todas las prestaciones de S. Social a los irregulares”, equiparando plenamente con ello la emigración irregular o clandestina a los extranjeros residentes, “con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país” (F.J. 7º). Advierte además el Alto Tribunal que el reconocimiento del derecho a prestación de desempleo a los emigrantes irregulares supondría de facto “una especie de regularización, encubierta y en espiral” de estos trabajadores, pues quien no podría en ningún caso obtener la autorización de

residencia “no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo” (F.J. 7º).

d) Finalmente, la LGSS ha establecido una serie de requisitos legales en el caso de la prestación de desempleo “que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular”, tales como:

- a. El art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo. Los extranjeros no residentes aunque quieran trabajar no puede legalmente al verse imposibilitados de obtener la pertinente autorización.
- b. El art. 209.1 LGSS establece que sólo pueden solicitar la prestación de desempleo las personas que cumplan los requisitos del art. 207 LGSS, circunstancia que no concurre en el caso de los extranjeros irregulares, y entre los que se encuentra “acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS”. Para el Tribunal Supremo resulta evidente que el inmigrante irregular no puede suscribir el citado compromiso de actividad, que comporta obligaciones como la búsqueda activa de empleo o la aceptación de una colocación adecuada, que “el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral”.

e) Que no se tenga derecho a prestación de desempleo, no descarta a priori la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios el empresario que dio ocupación al extranjero no residente o irregular, eso sí siempre y cuando la carencia de los requisitos que impide el acceso a las prestaciones de Seguridad Social fuera imputable a la actuación del empleador. Y en el presente caso hay que advertir que “la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las “redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra” de las que habla el art. 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y sólo la responsabilidad del propio extranjero “no residente”, que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España” (F.J. 9º). En definitiva, en el presente caso, tampoco hay responsabilidad indemnizatoria del empleador.

Como se ha comentado, la Sentencia es bastante contundente en sus conclusiones: “la prestación de desempleo, solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar (...) pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular” (F.J. 10º). Es más, los trabajadores extranjeros irregulares no podrán solicitar siquiera la prestación de desempleo al no poder inscribirse como demandantes de empleo en la oficina correspondiente (F.J. 9º). Lo que recuerda la Resolución de 11 de julio 2008 de la Dirección General del INEM en la que se establece que sólo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, que “en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo”.

Pero esa contundencia no evita el que en todo este planteamiento pueda apreciarse una cuestión bastante discutible, como es que se considere por el Alto

Tribunal que el trabajador extranjero con permiso de residencia, pero que no posee autorización para trabajar (art. 203 y ss. LGSS), va a poder cumplir suficientemente con las exigencias que se derivan del régimen de la prestación de desempleo. Más concretamente, la falta de autorización para trabajar ha de considerarse como una circunstancia que imposibilita, también al trabajador extranjero residente legal pero sin autorización para trabajar, cumplir con exigencias como la del art. 203.1 LGSS, que confiere el derecho a desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo; el trabajador que cuenta sólo con permiso de residencia no puede trabajar legalmente. Dificultades que también pueden apreciarse, en un principio, en relación con la asunción con garantías de las obligaciones que se derivan del compromiso de actividad, tales como la búsqueda activa de empleo, o la aceptación de una oferta de empleo, cuando carece de autorización para trabajar.

La presente Sentencia del Tribunal Supremo se enmarca en el contexto de una jurisprudencia, invocada por el propio Tribunal, que no debe olvidarse. Se trata de la STS (Sala 4ª) de 21 de diciembre de 1994 (RJ. 10349), en relación con un marroquí al que el INEM reconoció el derecho a la prestación de desempleo hasta la fecha en que terminaba su permiso de trabajo y no hasta el período máximo de duración que correspondía en atención al período de ocupación cotizada acreditado; STS (Sala 4ª) de 21 de septiembre de 1995 (RJ. 6787), en relación con un marroquí al que se denegó al prestación por desempleo, al no tener en el momento de su solicitud permiso de trabajo, aunque sí de residencia; STS (Sala 4ª) de 25 de septiembre de 1995, marroquí del que se discute si expirado su permiso de trabajo, que no el de residencia, y denegada la prórroga de aquél, puede considerarse desempleado, pese a no poder trabajar en principio por la falta de permiso. Jurisprudencia cuya doctrina principal se resume de la siguiente manera:

a) No puede sostenerse que el extranjero que no ha obtenido permiso de trabajo esté afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar.

b) El permiso de trabajo se ha de encuadrar dentro de la categoría de la actividad administrativa de limitación, que opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos. Se trata de una “acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía”, cuya inexistencia no puede considerarse comprensiva de una prohibición absoluta, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo.

c) El trabajador con permiso de residencia puede buscar otro empleo, y cuando lo tenga, solicitar otro permiso de trabajo. La concesión será complicada pero esas dificultades no eliminan de forma absoluta la posibilidad de trabajo, y por tanto resulta apreciable la existencia de una situación de desempleo. En tanto el permiso de residencia esté en vigor, el trabajador está en condiciones de buscar empleo, solicitando en su caso el permiso de trabajo.

Ciertamente, el tenor literal del art. 36.3 párrafo 2º LOEx no puede decirse que se oponga o imposibilite la efectividad de esta doctrina judicial. De la misma manera que el art. 14 LOEx, y el tratamiento diferenciado que establece en función de la situación en que se encuentre el extranjero en general – sea trabajador o no -, en España, tampoco puede entenderse como un argumento insalvable por la argumentación jurisprudencial comentada. Pero pese a ello, en el presente caso, sí conviene poner el acento en una consecuencia que resulta incontestable desde una perspectiva fáctica de la presente situación: y es que la jurisprudencia comentada a lo que lleva es a otorgar un

régimen más ventajoso a los trabajadores extranjeros irregulares con permiso de residencia, frente a los nacionales españoles, pues mientras aquéllos podrán acceder a la prestación de desempleo, éstos en el caso de que su contrato sea nulo de pleno derecho, sólo podrán obtener, en virtud del art. 9.2 ET, el salario correspondiente, en virtud de la teoría del enriquecimiento injusto (FERNÁNDEZ COLLADOS, 2003, p. 6, entre otros).

Con todo, conviene advertir que también en relación con la prestación de desempleo, la normativa específica de los distintos Regímenes Especiales donde se contempla la misma como parte del cuadro de acción protectora, registran especificidades – pese a la condición de régimen común del Título III LGSS en la materia – que viene a agudizar la situación denunciada en páginas anteriores, en relación con las especiales dificultades que pueden registrar los trabajadores extranjeros irregulares, pese a reconocérseles el derecho a una prestación, para finalmente poder disfrutarla, ante la imposibilidad de cumplir con ciertas exigencias legales. Valga como ejemplo las peculiaridades que se registran en el Régimen Especial Agrario, entre las que cabe reseñar:

- a) La prohibición de cotización por desempleo en el caso de los trabajadores extranjeros agrarios con autorización de trabajo para realizar actividades de duración determinada, y que lógicamente también afecta a los irregulares si autorización para trabajar.
- b) La exigencia de incontables requisitos para que los trabajadores extranjeros domiciliados en Andalucía y Extremadura, autorizados para realizar actividades de duración determinada, pese a la prohibición indicada anteriormente, puedan ser beneficiarios del subsidio por desempleo agrario: carencia de recursos; inscripción en el censo agrario como trabajador por cuenta ajena; tener cubierto un mínimo de treinta y cinco jornadas reales; hallarse al corriente de pago de la cuota fija mensual en los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la solicitud de subsidio; no haber sido beneficiario del subsidio en los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del mismo; suscripción del correspondiente compromiso de actividad. Requisitos muchos de ellos de difícil cumplimiento por parte del inmigrante irregular.
- c) El establecimiento, en el caso de la renta agraria, de exigencias adicionales, de difícil cumplimiento en el caso que nos ocupa, como la exigencia de haber residido y estar empadronado un mínimo de diez años en las CC.AA. de Andalucía o Extremadura.

Claro que siempre quedaría la salida de imputar al empresario la responsabilidad del pago de la prestación por desempleo no imputable a la Entidad Gestora correspondiente, en la línea defendida en páginas anteriores.

## **V. III. LA DIMENSIÓN ASISTENCIAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EXTRANJEROS IRREGULARES**

### **1. EL NIVEL NO CONTRIBUTIVO DE PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

#### **1.1 Consideraciones generales.**

Como ya se ha señalado, el art. 41 CE dirige un mandato a los poderes públicos consistente en establecer un régimen público de Seguridad Social que proteja a todos los ciudadanos frente a todas las situaciones de necesidad; lo que en modo alguno debe interpretarse en el sentido de todos los ciudadanos, por el mero hecho de serlo, están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social en relación con todas las prestaciones del mismo. Por el contrario, este principio debe entenderse en el sentido de que todos los ciudadanos (lo que alcanza igualmente a los extranjeros residentes en España) tienen derecho a ser protegidos de alguna manera frente a las situaciones de necesidad en que pudieran encontrarse, si bien no necesariamente todos de la misma manera, ni mediante toda la variedad de prestaciones existentes. A partir de este principio de universalidad de protección, nuestro actual Sistema de Seguridad Social se ha organizado, como se sabe, en dos niveles de protección, uno contributivo o profesional, y otro no contributivo. En efecto, un Sistema de Seguridad Social que estuviera compuesto, exclusivamente, por el nivel contributivo de protección no permitiría dar debido cumplimiento a ese principio de universalidad subjetiva ya que quedarían claramente desprotegidos de toda cobertura quienes no hubiesen prestado servicios o lo hubieran hecho por tiempo insuficiente; lo que justifica la necesaria existencia de un nivel no contributivo o “primer pilar del sistema de protección” frente al segundo pilar que representa el nivel contributivo.

Esta denominación de primer pilar, a su vez, se relaciona con la calificación que igualmente este nivel recibe de ser básico. Se considera que la tutela de situaciones efectivas de necesidad económica es la primera función de un Sistema de Seguridad Social, sobre todo, a la vista de las exigencias del art. 41 CE, ya que se trata de dar cobertura a situaciones reales y no presuntas. Además, en la medida en que este nivel se limita a dar una cobertura económica que garantice mínimamente esa subsistencia para la que el ciudadano no tiene recursos, sus prestaciones son básicas, esenciales o indispensables (lo que no las identifica con la referencia a las prestaciones y servicios básicos a los que hace referencia el art. 14.3 LOEx cuando señala el derecho de los extranjeros, al margen de cuál sea su situación administrativa, “*a los servicios y prestaciones sociales básicas*”). Por otra parte, este nivel se denomina básico en relación al nivel profesional, en la medida en que el mismo está dotado de mejores prestaciones y de mayor calidad; no se puede obviar que las mismas se dirigen a personas que previamente a la actualización de la contingencia han prestado servicios y, consecuentemente, han contribuido con sus aportaciones al sostenimiento financiero del Sistema esperando, posteriormente, que éste les proporcione las prestaciones que sustituyan (en gran medida) los ingresos dejados de percibir.

Pues bien, analizado ya el primero de los niveles mencionados cuando los sujetos a proteger son los extranjeros irregulares (análisis que se ha concretado esencialmente en el especial tratamiento que reciben las contingencias profesionales frente a las de naturaleza común así como la cobertura de la contingencia por desempleo), el objeto ahora de análisis se centrará en las especificidades de esa regulación cuando el nivel de protección no parte de una necesaria situación de activo profesional sino de la existencia de una auténtica situación real de necesidad. Esto obliga necesariamente a detenerse en el alcance, contenido y requisitos que configuran el nivel no contributivo de protección ya que, sólo desde su conocimiento y comprensión, particularmente por lo que hace a la exigencia de residencia, es posible entender la no extensión de este nivel de protección cuando se trata de sujetos extranjeros en situación irregular.

## **1.2. Elementos delimitadores de las prestaciones de nivel no contributivo.**

El nivel no contributivo de protección que ofrece el Sistema se justifica, en clara contraposición a lo que sucede cuando se trata del contributivo o profesional, por la carencia real y efectiva de recursos económicos de quien se considera sujeto protegido; esto es, la carencia absoluta, o de forma casi total, de los recursos mínimos de subsistencia, tanto individuales como respecto de las personas que dependen económicamente del sujeto protegido. Son precisamente este tipo de situaciones las que han propiciado y sirven de fundamento a medidas protectoras tales como salarios de subsistencia, salarios sociales o de solidaridad dirigidas, en definitiva, a proporcionar recursos a quienes no pueden obtenerlos aún cuando estén dispuestos a prestar servicios. El principio caracterizador básico que define el contenido y alcance de las prestaciones no contributivas es su ámbito subjetivo de carácter universal. Siendo así que son posibles destinatarios de las mismas los ciudadanos inasegurables (pobres y marginados que viven fuera de la frontera misma de la economía de mercado), los no asegurados (todos los trabajadores por cuenta propia o ajena dependientes de la economía irregular) y los infraasegurados (los contingentes en aumento de asegurados intermitentes y de asegurados parciales). Hay quien se refiere al subsistema no contributivo de Seguridad Social en términos de “piedad peligrosa” (MERCADER UGUINA, J.R. 2004, p. 1172). Estas tres categorías se nutren en gran medida de extranjeros hasta el extremo de que se ha llegado a considerar que estas prestaciones, junto con las asistenciales puras, acaban siendo “el medio de vida estable” de un importante número de extranjeros (GONZALO GONZÁLEZ, B, 1986, 103).

Nuestro Sistema de Seguridad Social ha limitado el espacio de estas prestaciones no contributivas, de garantía de mínimos a las prestaciones de invalidez permanente y jubilación (manteniéndose así un esquema semejante al que está previsto en el nivel contributivo o profesional, de manera que quien no puede acceder a este nivel máximo de protección podrá acceder, siempre que reúna los requisitos específicos de cada una de las situaciones descritas, al nivel de protección mínimo o no contributivo) y a las prestaciones familiares por hijo a cargo, o las indemnizaciones por nacimiento, adopción o parto múltiple. En líneas generales se puede decir que, para tener derecho a cualquiera de las prestaciones de este nivel de protección, no necesariamente se requiere que el sujeto protegido deba carecer de ingresos de forma absoluta, sino que, para el caso de tener ingresos, que los mismos no superen un determinado nivel o umbral cuantitativo establecido legalmente; así, por ejemplo, en el caso de las prestaciones

familiares las mismas se reconocen a núcleos familiares que, aún teniendo recursos, éstos no son considerados suficientes para garantizar una subsistencia digna a quienes son parte integrante de dicho núcleo familiar (especialmente significativa esta situación cuando las necesidades de gasto se ven incrementadas por el nacimiento a adopción de hijos). Lo que justifica la prestación es la existencia de una situación de pobreza relativa, aunque real.

Frente a las prestaciones de nivel contributivo cuya función protectora es sustituir las rentas dejadas de percibir, en el caso de las prestaciones de nivel no contributivo la función que cumplen es la de compensar esa carencia real de ingresos, de ahí que su reconocimiento no se haga depender cuál haya sido la situación laboral del posible beneficiario previa al momento de actualizarse la contingencia. Por el contrario, en este nivel de tutela resulta de todo punto irrelevante para la obtención de la prestación que el sujeto haya prestado o no servicios, e incluso, que haya contribuido al sostenimiento financiero del Sistema con carácter previo. Tratándose de prestaciones de garantía de mínimos de subsistencia, las exigencias o requisitos precisan de connotaciones de signo distinto dirigidas, exclusivamente, a confirmar la existencia de la situación de necesidad económica real y efectiva del sujeto. Así pues, el título que legitima la entrada en este nivel de protección y justifica la intervención de su tutela es la carencia real de recursos.

Esto explica que la delimitación de las situaciones protegidas deba caracterizarse por ese elemento de carencia que, en el plano estrictamente formal o procedimental, está marcado por lo que se denomina “prueba de recursos o acreditación de la pobreza”. A través de la misma el interesado justifica que carece de recursos, o que si los posee los mismos no alcanzan el umbral de pobreza establecido en la norma. Junto a este elemento, sin duda clave, en el reconocimiento y posterior disfrute de la tutela dispensada por este nivel, la centralidad que representa el factor de carencia de recursos hace que la situación protegida sea, en cierto modo, provisional o inestable, ya que la carencia de recursos debe mantenerse a lo largo del disfrute de la prestación no siendo suficiente para su mantenimiento que tal exigencia sea cumplida en el momento inicial del reconocimiento del derecho a su disfrute; lo que en la práctica genera la necesidad de comunicar por parte del sujeto beneficiario las posibles variaciones económicas que éste pueda experimentar.

Asimismo, es requisito indispensable que la situación protegida afecte a una persona que resida en España (circunstancia que, como se ha dicho, habrá de conservar para seguir siendo perceptor de la prestación no contributiva). Una exigencia que responde al principio de solidaridad tan presente en el Sistema de Seguridad Social para con las personas que forman parte de una misma comunidad, al margen (y este es un dato clave en el tema que ahora se trata) de la nacionalidad. De este modo, parece lógico entender que quien no ha residido nunca (o lo ha hecho por tiempo insuficiente o de forma irregular) no genere derecho a prestación alguna; así como quien decida romper los vínculos con la sociedad que le protege económicamente igualmente cese en la percepción de la misma. Por último, tratándose de prestaciones que cumplen la finalidad de incrementar los ingresos hasta alcanzar ese umbral de pobreza, las mismas se configuran de manera uniforme o de cuantía fija, o bien son diferenciales (esto es, en función de cuál sea la distancia que exista entre los ingresos que se perciben y ese umbral mínimo de pobreza).

Pues bien, junto al requisito indispensable de la existencia real de una situación de necesidad económica que, como se ha señalado, se manifiesta mediante la acreditación de que, bien el sujeto, bien la unidad familiar, o ambos, no alcanzan un nivel mínimo de rentas, hay que hacer referencia a otros requisitos igualmente requeridos en el acceso a las prestaciones que ofrece este nivel de protección; se trata de la ausencia de recursos y de la residencia del sujeto en nuestro país. Es precisamente este segundo requisito el que centrará el presente análisis ya que el mismo se ha convertido en requisito impeditivo del acceso a la tutela que ofrece el nivel no contributivo para quienes, al margen de cualquier exigencia de nacionalidad, carecen sin embargo de residencia legal en nuestro país.

### **1.2.1. Requisitos de acceso a las prestaciones de nivel no contributivo: ausencia de recursos y residencia del sujeto protegido.**

No existe en el articulado de la LGSS ningún precepto que, con carácter general, se refiera a los requisitos exigibles en el caso de las prestaciones no contributivas, tan sólo el art. 7.3 LGSS, al delimitar el campo de aplicación del citado nivel de protección señala al efecto que estarán comprendidos en el mismo “...*todos los españoles residentes en territorio nacional*”. De manera que cuales sean los requisitos generales predicables de este tipo de prestaciones habrá que deducirlos de cada una de las diferentes prestaciones que integran este nivel de protección; siendo así que los mismos son, la carencia de recursos y la residencia en España.

#### **a) Requisito de carencia de recursos**

Es este un requisito claramente vinculado a la función que estas prestaciones cumplen dentro de la más general de tutela, esto es, compensar la ausencia o escasez de los ingresos o rentas necesarias para la subsistencia (es el caso de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez); o la insuficiencia de tales recursos en relación con los que se consideran mínimos para un núcleo familiar (supuesto de los complementos de mínimos); o la pobreza de esos recursos familiares para hacer frente a determinados gastos (caso de las prestaciones por hijo a cargo).

En cuanto a los recursos computables hay que señalar que el concepto que se maneja es amplio ya que abarca son todos los ingresos o rentas, deriven del trabajo o de bienes mobiliarios e inmobiliarios, *ex arts. 144.5 y 167.1 LGSS y art. 12 Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, de desarrollo en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas en el Sistema de Seguridad Social (en adelante, RPNC)*. De este modo, habrá que tener en cuenta las rentas del trabajo, computándose a tal efecto las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena (la duda que siempre suscitan estas retribuciones es si las mismas incluyen o no las partidas extrasalariales); las de naturaleza prestacional estableciéndose una equiparación absoluta con las rentas derivadas del trabajo. Se incluyen las prestaciones económicas de protección social, sea cual sea su naturaleza, si bien cabe excepciones, tales como las prestaciones por hijo a cargo; y, por último, las rentas de capital computándose la totalidad de los ingresos que provengan de elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, considerándose según sus rendimientos efectivos.

Este requisito de carencia de recursos, en según qué prestaciones (caso de la jubilación e invalidez) presenta, a efectos del cómputo de estos recursos, una doble esfera de imputación; así, primero habrá que tener en cuenta el nivel de rentas o ingresos del sujeto que pretende la protección (esfera individual) y, sólo, para el caso de cumplirse con el requisito de carencia de recursos, siempre claro está que aquél conviva en una unidad familiar, habrá de acudir al nivel de rentas de esta (esfera familiar). De manera que, es habitual que hayan de contabilizarse los ingresos del conjunto de la unidad familiar al tener en consideración la unidad de convivencia y conceptuarla como una unidad de ingreso y gasto, dentro de la cual habrá de funcionar las reglas de solidaridad interna y apoyo mutuo. Bien es verdad, que la disponibilidad económica de la unidad familiar habrá de ser mayor cuanto mayor sea igualmente el número de miembros que la integren.

#### b) Requisito de residencia en España

El art. 7.3 LGSS al delimitar el campo de aplicación del nivel contributivo se refiere a españoles residentes en territorio español. Aparecen pues, dos exigencias, nacionalidad y residencia, en la configuración subjetiva de este nivel de protección. Sin embargo, pese a la referencia a la nacionalidad que el citado precepto contiene lo cierto es que es el requisito general de residencia el que se convierte en clave y prioritario a tal efecto. Esto significa en la práctica que españoles no residentes en España no tendrán derecho a las prestaciones de este nivel de protección (salvo excepciones especialmente previstas en el art. 7 LGSS) mientras que sí tendrán tal derecho extranjeros residentes.

Se trata de un requisito que, como ya se ha dicho, es tanto previo como simultáneo al disfrute de la prestación; de manera que el cese en la residencia generará la pérdida del derecho; bien es verdad, que el grado de exigibilidad no es el mismo en todas las prestaciones de este nivel. En concreto, y por lo que hace a las pensiones de invalidez y jubilación, no sólo requieren esta exigencia en el momento de la solicitud y posterior a la misma, sino que es igualmente preciso que haya existido un cierto periodo de residencia antes de reclamar el derecho como una forma de garantizar la pertenencia del sujeto a la comunidad que financia dicha prestación (cinco años en el caso de la invalidez y diez años en el caso de la jubilación). Por su parte, en el caso de las prestaciones por hijo a cargo la exigencia se entiende debidamente cumplimentada cuando la misma es actual en el momento mismo de solicitar la prestación y, lógicamente, durante el tiempo de disfrute.

## **2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY DE EXTRANJERIA: LA RESIDENCIA EN ESPAÑA COMO CRITERIO DETERMINANTE**

La LOEX recoge el derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en dos de sus artículos. De una parte, el art. 10.1 establece que *“Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”*. La alusión que contiene el citado precepto al derecho a la Seguridad Social de quienes ejerzan una actividad (sea por cuenta propia o ajena) conduce a pensar que en el

mismo tan sólo está incluido el nivel profesional o contributivo de protección, es decir, aquél que dispensa tutela a quienes ostentan la condición de trabajador. Así pues, el art. 10.1 hace referencia al campo de aplicación del nivel contributivo en tanto que el extranjero, en la medida que desempeñe una actividad remunerada, quedará incluido en el mismo, adquiriendo la condición de sujeto protegido por el Sistema a través del encuadramiento en cualesquiera de los diferentes Regímenes que lo integran (MORENO PUEYO, M, 2004, 135)

Y de otra, el art. 14.1 LOEX que prevé “*Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”. El artículo contiene un principio general e incondicionado de igualdad de trato entre españoles y extranjeros, siempre que estos tengan residencia en nuestro país, en materia de Seguridad Social. Es precisamente la generalidad en su formulación la que permite afirmar que es el único precepto en la LOEX de referencia aplicable en materia de prestaciones no contributivas pues el mismo habla en términos de “prestaciones de Seguridad Social”, sin diferenciar entre uno u otro nivel; como sí hace, por el contrario, el art. 10.1 del mismo cuerpo legal al limitar su contenido a la protección de quienes prestan servicios (GALA DURÁN, C, 2004, 1315).

Esta equiparación entre españoles y extranjeros en materia de Seguridad Social reconocida en el art. 14 la LOEX ha supuesto la superación, y consecuentemente, la derogación del art. 7.5 LGSS, como es sobradamente conocido. En efecto, el art. 7.3 al definir el ámbito de aplicación del nivel no contributivo, tal y como ya se ha señalado parecía limitarse a los ciudadanos españoles residentes en territorio español quedando claramente excluidos los extranjeros. Sin embargo, el apartado 5 del citado precepto ha venido a corregir esta primera impresión estableciendo distintos grupos o colectivos que podían igualmente acceder a estas prestaciones:

a) Nacionales de países con los que España mantiene vínculos históricos (hispanoamericanos, portugueses, brasileños, filipinos y andorranos) los cuales quedaban vinculados a los españoles si residían en territorio español

b) Nacionales de aquellos países con los que España se encuentra vinculada en función de tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales.

De este modo, el derecho a las prestaciones no contributivas de los extranjeros quedaba integrado en el grupo de derechos que pertenecerán o no a aquellos en función de lo que dispongan los tratados y las leyes; siendo, por tanto, admisible en esta materia “la diferencia de trato con los españoles” (MERCADER UGUINA, J.R. 2004, p.1174). Es más, se puede decir que las normas internacionales sobre Seguridad Social se limitan a reconocer el derecho a la modalidad contributiva dejando que sea la legislación interna de cada Estado la que establezca lo correspondiente para la modalidad de protección no contributiva. Así, por ejemplo, el Convenio 97 OIT sobre trabajadores migrantes, establece en su art. 6.1.b).ii) “*todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, sexo o religión, un trato menos favorable al que aplique a sus propios nacionales en relación con las siguientes materias...seguridad social, a reserva de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnan las condiciones de cotización exigidas para la*

*atribución de una pensión normal*". En la misma línea cabe citar el Convenio 102 OIT sobre norma mínima de Seguridad Social (ALONSO GARCÍA, B, 2002, p.199)

Pues bien, por esta vía (además de por la exigencias de igualdad de trato del tratado comunitario) también pueden acceder a las prestaciones no contributivas los ciudadanos comunitarios comprendidos en el ámbito de aplicación de los Reglamentos CEE (concretamente así lo permite el apartado 2 bis del Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, según el cual lo dispuesto en el mismo resultará de aplicación a las prestaciones especiales de carácter no contributivo). Los nacionales de países que mantienen Acuerdos de Cooperación con la Unión Europea en los que se reconoce, entre otras previsiones, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en materia de Seguridad Social de los trabajadores nacionales de aquellos países ni de sus familias que residan con ellos en relación con los propios nacionales de los Estados miembros donde aquéllos estén empleados (es el caso de Marruecos, Túnez y Argelia). Nacionales de países que mantienen con España Convenios Bilaterales de Seguridad Social (es el caso de Canadá, Protocolo al Convenio de 19 de octubre de 1995, Ucrania, Convenio de 7 de octubre de 1996, o el caso de Chile, Convenio de 28 de enero de 1997). Igualmente hay que hacer referencia a los apátridas (Convención hecha en Nueva Cork el 28 de septiembre de 1954, ratificada por España mediante Instrumento de 24 de abril de 1997 y por el Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio); refugiados (Convenio firmado en Ginebra el 28 de julio de 1951 y ratificado por España mediante Instrumento de 22 de julio de 1978) y asilados. En defecto de los anteriores, por aplicación del principio de reciprocidad, también pueden acceder a las prestaciones no contributivas, los de países en los que no existiendo acuerdo, se reconoce sin embargo el derecho a prestaciones semejantes (BARRIOS BAUDOR, G Y CHARRO BAENA, P, 2004, p. 1223-1228).

Por tanto, tras la LOEx se ha producido un reconocimiento general del derecho a un trato igual, al margen de la nacionalidad, con la sola condición, y este es precisamente el dato relevante, que el extranjero tenga presencia regular en España. Lo que significa ya de punto de partida que el extranjero regular tiene acceso directo a la protección asistencial por el mero hecho de ostentar el rasgo esencial para ello, cual es, la residencia en nuestro país. De manera que el problema central en el acceso a las prestaciones no contributivas no es tanto la nacionalidad, sino la residencia legal o regular en España. Conseguida esta (algo que resulta de inmediato en el caso de los extranjeros comunitarios y que para el resto de extranjeros queda acreditada cuando tengan el correspondiente permiso de residencia concedido por las autoridades del Ministerio del Interior) el acceso al sistema de Seguridad Social, en cualquiera de sus dos niveles de protección, estará abierto para los extranjeros.

No obstante, y pese a que la residencia se ha convertido en el criterio clave, tal y como ya se ha visto en el apartado anterior relativo a la dimensión contributiva del Sistema (junto con la autorización para trabajar), la irregularidad en la estancia no necesariamente ha supuesto, al menos no de forma absoluta, la no obtención de prestaciones del Sistema de Seguridad Social.

En efecto, la LOEx, ahora en su art. 36.3 dispone *"Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a la que se refiere el apartado 1 de este artículo. 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 pudiera corresponderle*". En los términos en los que se formula el citado precepto, cabe interpretar que la referencia general a las prestaciones del Sistema no permite hacer diferencias entre las contingencias por razón de su distinta naturaleza, esto es, comunes o profesionales. Bien es verdad, que por vía de la aplicación del Convenio 19 de la OIT, no hay duda de que el extranjero irregular tendrá derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales respecto de las que, lógicamente, habrá de operar el mecanismo de flexibilización de la exigencia de alta en que consiste el alta presunta o de pleno derecho y el pago anticipado de las mismas, por aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones.

Pero la claridad, o si se quiere la facilidad, en el acceso a las prestaciones de corte profesional (fundamentalmente por aplicación del principio de automaticidad) no significa que no quepa el acceso a las prestaciones de naturaleza común, la única diferencia estribará en cómo haya de gestionarse la responsabilidad derivada del incumplimiento por parte del empresario de la consabida autorización administrativa (LÓPEZ CUMBRE, L, 2005, 18). En efecto, en estos casos, habrá de ser el empresario quien haya de responder del pago de la prestación, de conformidad con el art. 126.2 LGSS; el hecho de no haber podido llevar a cabo el encuadramiento de estos trabajadores por prohibirlo el ordenamiento no debe interpretarse como causa de exoneración o atenuación de su posible responsabilidad ya que tal imposibilidad deriva de una infracción previa por parte del empresario, cual es la de haber contratado a trabajadores extranjeros que carecían de la preceptiva autorización. Lo que si es acertado concluir es que, según se trate de contingencias comunes o profesionales, el resultado final deviene en más o menos favorable. Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de julio de 2006 (JUR 2006/236012) no se reconoce el derecho a una pensión de viudedad al cónyuge superviviente por haber sido la causa de la muerte un suicido por razones personales. El Tribunal fundamenta su resolución desestimatoria de la petición de la prestación de viudedad, de una parte, por aplicación del art. 7.1 LGSS y, de otra, en la imposibilidad de aplicar el Convenio 19 OIT por no tratarse de contingencias profesionales; sin que en ningún caso se haga referencia al art. 36. 3 LOEx.

En cualquier caso, conviene precisar que se habla del derecho de estos trabajadores extranjeros irregulares a las prestaciones del Sistema, no del acceso de éstos al campo de aplicación del mismo que irremediamente estará vinculado a la autorización administrativa y al permiso de residencia, tal y como establecen el art. 10.1 en relación con el art. 36.1 LOEx, el art. 7.1 LGSS y el art. 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas (MORENO PUEYO, M, 2004, 143). Esto supone, entre otras cosas, que las responsabilidades de las que habla el art. 36 LOEx serán de cargo exclusivo del empresario sin que quepa imputar responsabilidad alguna al Sistema, ya que se trata de responsabilidades que no cabe identificarlas con las que este contempla (esto es, las relativas a los actos de encuadramiento, cotización y pago de las prestaciones). Aspectos todos ellos que se han abordado en el epígrafe correspondiente a la responsabilidad en materia de Seguridad Social.

Ahora bien, este derecho a las prestaciones, en el caso de contratación irregular, sólo es predicable de las contributivas, ya que para el caso de las no contributivas la solicitud sólo puede hacerse ante la entidad gestora (no se puede pasar por alto que no existe intervención del empresario) y requiere residencia legal mantenida, además, un

cierto tiempo previo a que tenga lugar la solicitud. Ni siquiera en este extremo puede aplicarse lo dispuesto en el art. 14.3 LOEx cuando señala que *“los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones básicas”*; porque dentro de estas sólo han de comprenderse los servicios generales de información, integración y ayuda, pero en ningún caso las prestaciones no contributivas. En todo caso, prestaciones que no se adscriben, como las no contributivas, al ámbito institucional del Sistema de Seguridad Social.

En definitiva, por lo que hace a las prestaciones no contributivas, la residencia en España constituye la exigencia principal para su acceso; razones relacionadas con el principio de solidaridad que inspira estas prestaciones (financiadas vía impuestos) y cuya expresión se limita, como no podía ser de otra manera, a quienes, mediante el cumplimiento de la exigencia de residencia, forman parte de la comunidad en la que esa solidaridad se expresa. Tan relevante es la residencia como factor de vinculación subjetiva con el nivel no contributivo del Sistema (se exige tanto a los españoles como a los extranjeros) que generalmente no basta con residir en el momento de la solicitud, sino que además dicha residencia debe ser permanente como característica previa.

En este sentido se ha pronunciado, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2003 (AS 2004\1135), en relación con la solicitud de pensión no contributiva de invalidez por parte de quien sí tenía permanencia en España durante más de cinco años pero no tenía permiso de residencia. El Tribunal estima que sólo se pueden considerar extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia concedido por las autoridades del Ministerio del Interior, que es el documento que reconoce y otorga la condición de residente legal. Resulta interesante la sentencia si se tiene en cuenta que la parte demandante estaba casada con un ciudadano español, tenía tres hijos y acreditaba un número de años superior a cinco de permanencia en España (que son los exigidos para poder acceder a la prestación de invalidez no contributiva).

Pero lo que desde la LOEx se está imponiendo (de manera semejante a lo que establece la LGSS) es una exigencia de residencia legal, algo que sólo procede entender que se ha conseguido con el oportuno permiso de residencia; lo contrario, supondría dotar de una elevada dosis de inseguridad jurídica el reconocimiento de unas prestaciones asentadas sobre un principio de solidaridad prescindiendo de un requisito que es predicable igualmente para los españoles. Así se expresa la citada sentencia, fundamento jurídico cuarto, cuando señala que *“las prestaciones no contributivas constituyen una manifestación de la solidaridad nacional, lo que determina que estén previstas para quienes demuestran tener un cierto arraigo en España, una vinculación que sea la contrapartida al hecho de sufragarse, vía presupuestos generales del Estado, con cargo a los impuestos que se satisfacen por quienes en ella viven y tienen sus actividades. Constituye, en consecuencia, este requisito un modo de salvaguarda doble: por un lado (sentido positivo), que la ayuda de la sociedad se centre entre quienes, necesítandolo, en ella están arraigados y en quienes, precisándolo, a ella están vinculados, mientras que por otro (sentido negativo), se quieren así evitar los desplazamientos o inmigraciones más o menos masivos de población marginal en búsqueda de este tipo de prestaciones”*. En la misma línea se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2006 (JUR 2006/148525), en relación con la solicitud de prestación no contributiva de jubilación.

Por tanto, se trata de acreditar residencia, sea temporal o permanente (arts. 31 y 32 LOEX) y no la mera permanencia, por muy continuada que esta sea. Es verdad que puede llegar a parecer contradictorio que no se considere residente a quien, como sucede en el caso de autos, verifica un arraigo notable con la comunidad que le va a sufragar el gasto de su pensión. Pero, tras la exigencia formal del permiso de residencia, se esconde la idea de preservar el reconocimiento de unas prestaciones respecto de quien ningún (o escaso) contacto con el Sistema ha tenido o tiene; eso sin contar que las sucesivas leyes de Extranjería configuran el marco de derechos de los extranjeros desde la situación administrativa previa del sujeto (regular/irregular).

En otro orden de cosas, pero también relacionado con el requisito de residencia cabe hacer referencia al actual tratamiento que el mismo recibe en el caso del reconocimiento de las prestaciones familiares por hijo a cargo; en este caso, tal y como expresamente prevé el art. 182 1. a) y b) LGSS, resulta preciso que ambos sujetos, causante y beneficiario, tengan su residencia en España; una exigencia que es consecuencia del cambio normativo introducido por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. En efecto, con anterioridad, el criterio era otro bien distinto permitiéndose, según qué casos, el acceso a estas prestaciones al interpretarse la exigencia de convivencia *“con criterios flexibles, atendiendo al espíritu y finalidad que informa la normativa en esta materia, teniendo presente, por ello y de modo primordial, que la razón de ser de dicha prestación radica en la dependencia económica de los hijos respecto del trabajador, como lo evidencia la propia denominación de “hijo a cargo”, unida al mantenimiento de relaciones afectivas y obligaciones legales y entre ellas, y de modo prevalente, la de alimentos, debiendo, en consecuencia, reconocerse el derecho a dicha prestación cuando está justificada la convivencia física si existe dependencia económica”* (fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 3 de mayo de 1996 (AS 1996\1552). De este modo, respecto del hijo (sujeto causante de la prestación), al menos no de forma directa, se venía presuponiendo dicha residencia en tanto le era exigido vivir a expensas; lo que en la práctica suponía, junto a la dependencia económica, la convivencia con el sujeto beneficiario. Un tratamiento, que dicho sea de paso, no resulta coincidente cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia en las que también se aprecia la doble condición de sujeto beneficiario/sujeto causante; pues bien, respecto de estas resulta factible que los extranjeros que se encuentren en nuestro país de forma irregular puedan tener derecho a las mismas, siempre que el causante pueda generar el derecho correspondiente (art.1 y 17.2 a) del Convenio 157 OIT de 1982) (ALVAREZ DEL CUBILLO, A, 2008, p. 117-118). La naturaleza contributiva de estas prestaciones puede justificar la diferencia.

De todas formas, en aquellas prestaciones familiares consistentes en una cantidad a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, sólo se requiere que el nacimiento se haya producido en España o que la adopción se haya constituido o reconocido por las autoridades españolas (arts. 185.1 y 187 LGSS y art. 2.1 de la Ley 35/2007).

Sin embargo, si bien puede entenderse que se trata de un requisito que encuentra justificación en la lógica financiera de facilitar recursos hacia situaciones de necesidad localizadas en territorio español, esta exigencia, en último término puede llegar a ser contraria al Derecho Comunitario. En efecto, en el marco de las normas comunitarias originarias, los Estados Miembros podían exigir requisitos relativos a la residencia en los casos previstos en el art. 10 del Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de enero; el

citado precepto habilita a los Estados Miembros para que introduzcan cláusulas de residencia referidas a eventuales beneficiarios de prestaciones denominadas especiales, de carácter no contributivo, siempre que hayan sido incluidas por cada Estado Miembro en el Anexo II bis del Reglamento de referencia (algo que hizo España respecto de las prestaciones familiares por hijo a cargo y que le legitimaba para condicionar el acceso a las mismas a que el sujeto beneficiario tuviese que residir en España). Pero si bien no parece haber duda de que esto es así respecto del sujeto beneficiario, no queda tan claro cuando se trata del sujeto causante, para el que el Reglamento no habilita el establecimiento de la cláusula de territorialidad; antes al contrario, en el capítulo específicamente dedicado a las prestaciones familiares se fija un criterio de convalidación de la residencia.

Esta clara contradicción entre la normativa interna y la comunitaria ha sido resuelta en el sentido de considerar cumplida la exigencia de residencia del sujeto causante cuando el mismo resida en cualquiera de los Estados de la Unión (Criterio 7.1º del INSS de aplicación de determinados preceptos en materia de prestaciones económicas de la Seguridad Social, contenidos en diferentes disposiciones aprobadas con efectos de 1º de enero de 2004). Así pues, si esta solución, sin duda más flexible, es la que se viene aplicando cuando se trata de extranjeros comunitarios, nada parece impedir que la misma sea proyectada en el caso de los extranjeros extracomunitarios que residen en España, aunque el hijo “a cargo” no lo haga; algo que, dicho sea de paso, resulta ser lo habitual entre los extranjeros que prestan servicios en nuestro país. Lo contrario, la exigencia de la doble residencia, supone dar la espalda a la realidad de la inmigración actual caracterizada por el mantenimiento, desde la distancia que representa el país de prestación de servicios, de la familia que sin embargo permanece en el país de origen. Ahora bien, todo cuanto se ha dicho resulta de aplicación cuando se trata de extranjeros en situación legal, esto es, porque reúnen el requisito clave cual es el de la residencia; sin embargo, no son titulares del derecho a la reagrupación familiar los inmigrantes en situación de irregulares (art. 17.1 LOEX).

En relación con las prestaciones familiares también conviene advertir que la exigencia de residencia sólo se predica de uno de los progenitores, en tanto que no existe ninguna preferencia legal sobre el posible disfrute de esta prestación a favor del padre o de la madre. Esto ha permitido que el derecho a la prestación por nacimiento de tercer hijo o sucesivos se reconociese al padre (que si tenía residencia legal) aunque la madre careciese de ella, (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 2001 (Ar. 2001/2352) y de Andalucía, Málaga, de 26 de abril de 2004 (Ar. 2002/2652). No ocurre lo mismo cuando se trata de la prestación por nacimiento o adopción de hijos regulada en la Ley 35/2007 ya que la condición de sujeto beneficiario corresponderá generalmente a la madre, salvo en el caso de adopción que corresponderá a quien éstos de común acuerdo decidan; de este modo, partiendo de esta diferenciación de trato en función del sexo de los cónyuges, y al margen de posibles valoraciones acerca del carácter discriminatorio de la medida legal, lo cierto es que resultará condicionado el cumplimiento de la exigencia de residencia.

Para concluir estas reflexiones acerca de la exigencia de residencia como criterio clave en el acceso a las prestaciones no contributivas (tanto para españoles como para extranjeros), hay que hacer mención a las excepciones que el cumplimiento de este requisito presenta. Sobre este particular, se considera que la residencia previa en España puede quedar cubierta con tiempos de residencia en otros países, que es lo que sucede con los países de la unión Europea; tratamiento que facilita el cumplimiento de este

requisito y evita su inevitable dimensión discriminatoria indirecta por razón de nacionalidad. Igualmente se han reconocido pensiones asistenciales de ancianidad a favor de emigrantes retornados; las llamadas prestaciones en beneficio de “los niños de la guerra”; o, el tratamiento, sin duda, más favorable para los españoles que residen fuera de nuestro país en cuanto a la conservación de sus derechos en materia de Seguridad Social (art. 18 Ley 40/2006, de 14 de diciembre del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior). Es evidente que en estos dos últimos casos, es la nacionalidad española la que cobra protagonismo en detrimento de la residencia; como una manifestación de la solidaridad del país hacia personas con las que existe ese vínculo de pertenencia a la comunidad nacional, aunque esa pertenencia no se haya traducido en pertenencia física a dicha comunidad.

### **3. EL NIVEL ASISTENCIAL DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y EXTRANJEROS IRREGULARES**

La protección por desempleo presenta la singularidad de estar configurada en dos niveles de protección, uno contributivo y otro asistencial, que no significa que sea no contributivo. Es precisamente este rasgo lo que diferencia este segundo nivel de protección del resto de prestaciones que integran el ya analizado nivel no contributivo del Sistema. En el caso de la prestación por desempleo la dimensión asistencial presenta una fuerte dosis de contributividad, siendo así que, en la práctica generalidad de subsidios que componen este nivel de protección, la exigencia, directa o indirecta, de una cierta carencia está presente. Existe, en definitiva, una fuerte imbricación entre ambos niveles de tutela, de forma que el asistencial se convierte en la mayoría de los casos en un complemento posterior de la situación previa de desempleo contributivo; es lo que se ha venido a denominar “interpenetración entre ambos niveles de protección” (GONZÁLEZ ORTEGA, S, 1985, 243-246). Así pues las referencias contributivas que presenta el nivel asistencial de desempleo, dificultan, cuando menos, el tratamiento de ambos niveles desde dos lógicas distintas de protección, a diferencia de lo que sucede con el resto de prestaciones de este nivel (caso de las prestaciones de invalidez y jubilación no contributivas).

Con carácter general se puede decir que el hecho causante requiere, en este nivel asistencial, el cumplimiento de dos requisitos. Por un lado, es necesario que el sujeto figure como demandante de empleo y no haya rechazado oferta de empleo adecuada; y de otro, la carencia de rentas de cualquier naturaleza superior en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional. Junto a estas exigencias, que son comunes a todas las situaciones de este nivel, existen otras que son específicas de cada una siendo así que, de la combinación de ambas, es posible clasificar el ámbito subjetivo en tres grupos de sujetos beneficiarios.

El primero y más numeroso es el que está integrado por aquellas situaciones que exigen dentro de esos requisitos específicos, el agotamiento previo de una prestación de nivel contributivo (art. 215 1. a) y b), 3 y 4 LGSS); se trata de prestaciones asistenciales complementarias del nivel contributivo pues, sólo cuando este se agota, es posible el acceso al nivel asistencial en cualquiera de las situaciones tasadas legalmente. Se está, por tanto, ante un grupo de beneficiarios que han trabajado y, consecuentemente, contribuido al Sistema. El segundo bloque lo integran aquellas situaciones en las que el sujeto no ha podido acceder a la protección que dispensa el nivel contributivo por no

reunir el periodo de carencia exigido. Se hace referencia ahora a los supuestos que recoge el art. 215. 2 LGSS y que han sido calificados de “subsidio contributivo” (ALARCÓN CARACUEL, M.R, 1985, 271). Sin embargo, pese a no ser el agotamiento previo de la prestación contributiva uno de sus requisitos específicos (tal y como sucedía en el colectivo anterior), lo cierto es que existe también una conexión con el citado nivel ya que, por un lado, sólo estarán protegidos los trabajadores asimilados que hayan perdido un empleo; y, por otro, su acceso al subsidio viene condicionado a que el sujeto haya cotizado por un periodo determinado, aunque mínimo. Así pues, su exclusión del nivel contributivo se produce, no porque el sujeto no haya cotizado nunca, sino porque lo ha hecho insuficientemente. El tercer y último grupo de prestaciones asistenciales de desempleo lo constituyen los supuestos restantes en los que la asistencialidad se presenta con mayor rotundidad (art. 215.1 c), d) y e) LGSS). No obstante conviene aclarar que, tanto en el caso de los liberados de prisión como en el de retornados, parece existir una exigencia previa de actividad laboral, ya que en ambos, se hace referencia, de manera implícita en el supuesto de los liberados de prisión, y explícita en el de los retornados, al hecho de no haber podido acceder a una prestación de nivel contributivo.

Es evidente la conexión entre ambos niveles de protección hasta el extremo de exigir, como se ha visto, en según qué casos, el agotamiento previo de una prestación de nivel contributivo; lo que significa que el sujeto ha cumplido con los requisitos propios de aquella prestación de corte profesional (carencia y alta o asimilada). Teniendo en cuenta esta identidad en cuanto a la situación de necesidad que se busca proteger en la práctica generalidad de supuestos que integran el nivel asistencial, el tratamiento que el mismo haya de recibir en los supuestos de extranjeros irregulares como eventuales sujetos beneficiarios, lógicamente, ha de ser idéntico al previsto para el desempleo contributivo. Lo que significa considerar la residencia en España como condición *sine que non* para poder percibir la prestación por desempleo (en cualquiera de sus dos niveles de protección).

En efecto, se ha concluido, tras la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, que la interpretación del art. 36.3º LOEx debe hacerse desde la diferenciación de dos situaciones: a) cuando el trabajador extranjero se encuentre en situación de irregularidad parcial (esto es, carece de autorización para trabajar pero tiene permiso de residencia), el contrato celebrado podrá desplegar efectos en el ámbito de la Seguridad Social. Esto significa que el sujeto podrá ser beneficiario de las prestaciones a las que pudiera tener derecho en idénticas condiciones que el nacional español; b) para el caso de que el trabajador extranjero se encuentre en situación de irregularidad total (inicial o sobrevenida) sólo podrá ser deudor de los “servicios y prestaciones sociales básicas” (art. 14.3º LOEx), entre las que no cabe incluir la prestación por desempleo (en sus dos modalidades contributiva y asistencial). De este modo, se supera la situación anterior que venía reconociendo la protección por desempleo de los extranjeros irregulares, pese a su situación administrativa, en tanto que el contrato no se consideraba invalidado, ex art.36.3 LOEx (TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A, 2007, 4); ahora, por el contrario, su acceso queda condicionado indefectiblemente a la tenencia del correspondiente permiso de residencia. De manera que, en cualquiera de los tres grupos en los que se ha clasificado el nivel asistencial de desempleo, sin excepción alguna, la exigencia de residencia será determinante para el acceso a las prestaciones que esta dispensa. Una vez más, es la residencia legal en España el detonante de la tutela de los extranjeros irregulares, de modo semejante a lo ya visto en el caso de las prestaciones no contributivas.

No obstante, conviene llamar la atención respecto de uno de los colectivos que integran el ámbito subjetivo del nivel asistencial; se hace referencia a los liberados de prisión sobre los que ha habido abundante jurisprudencia en relación con el cumplimiento del requisito del permiso de residencia. En concreto, el problema que se ha planteado en sede judicial es si resulta posible entender que el liberado de prisión reúne la exigencia de residencia cuando la misma se pierde mientras está privado de libertad. Pues bien, sobre este extremo, cabe hacer mención, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de mayo de 2007 (AS 2007\2419) la denegación por parte de la Entidad Gestora (INEM) de la protección por desempleo al liberado de prisión no se justifica si, como sucede en el caso de autos, la ausencia del permiso de residencia es consecuencia directa del cumplimiento de condena que impide, como es lógico, la renovación de tal permiso; pero que sin embargo impone la permanencia en España hasta la fecha de libertad definitiva. Entiende el Tribunal que el propio ordenamiento jurídico impone dicha permanencia que necesariamente habrá de calificarse de legal a los efectos pretendidos. De lo contrario *“se estaría abocando a impedirle toda forma de subsistencia legal, vedándole el acceso tanto a la prestación reclamada por el recurrente como al trabajo mismo, habida cuenta que el propio INEM alega el poder trabajar mientras las normas penales imponen su estancia en España, al menos hasta la liberación definitiva”* (fundamento jurídico segundo). En esta misma línea, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 19 de octubre de 2000 (AS 2000\4356) y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de marzo de 2006 (AS 2370\2006).

En las sentencias citadas el requisito de residencia se entiende cumplido toda vez que la causa de su pérdida no es otra que la ausencia de renovación por razones obvias de privación de libertad; algo parecido a lo que sucede cuando la falta de renovación de la demanda de empleo no se produce por encontrarse el sujeto incapacitado para hacerlo. Se origina, en cierto modo, con esta interpretación flexible del requisito, una equiparación entre permanencia en el país hasta el cumplimiento definitivo de la pena y exigencia de residencia. A partir de esta identificación (desde la que únicamente resulta posible que se justifique que el sujeto continúe en España, aún cuando ya no posea residencia) es admisible entender que éste reúne el requisito citado para poder acceder a las prestaciones de desempleo cuando concluya su condena; siempre y cuando, claro está, reúna los requisitos legales comunes de acceso exigibles en aplicación del art. 215 LGGS en relación con el art. 203. 1 del mismo cuerpo legal, a saber: carencia del trabajo, querer y poder trabajar.

En otros casos, el problema planteado en torno a este colectivo no es la pérdida del permiso sino el hecho de que el mismo no haya sido solicitado ni antes de la privación de libertad, ni después, tras su puesta en libertad. A diferencia de lo que sucedía en el caso anterior, para estos supuestos, la respuesta dada por los Tribunales es bien distinta. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2004 (AS 2004\2949) considera adecuada la denegación del subsidio de desempleo que realiza el INEM alegando a tal efecto que *“la finalidad de reinserción social y laboral no justifica la exención de requisitos comunes de acceso a todas las modalidades de desempleo exigibles en aplicación del art. 215.1 en relación con el art. 203.1 de la LGSS, esto es, la carencia de trabajo, querer trabajar y estar en condiciones físicas y jurídicas para poder hacerlo”* (fundamento jurídico quinto). En un sentido semejante, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de marzo de 2003 (AS 2003\2672), señala que *“resulta lógico para la finalidad de reinserción que se pretende con tal subsidio, amparando al liberado ante la especial*

*dificultad en que se encuentra al acceder al mercado de trabajo libre en busca de empleo, que el actor se encuentre previamente insertado laboral y socialmente en nuestro país, es decir, en posesión de los pertinentes permisos de residencia y de trabajo al tiempo de ingresar en prisión, pues de lo contrario difícilmente podría entenderse el cumplimiento de dicho objetivo” (fundamento jurídico cuarto).*

En definitiva, se busca evitar con la denegación del subsidio de desempleo que la Seguridad Social se convierta en un mecanismo más para transformar la irregularidad en regular; o lo que es lo mismo, si simplemente se atendiera a la finalidad última del subsidio de excarcelación, la respuesta dada por los tribunales tendría que haber sido otra bien distinta haciéndose primar, entonces, el interés de la reinserción laboral del penado por encima de la legalidad vigente en materia de extranjería. Pero, claro está, con ello no se estaría sino transgrediendo la norma equiparando, a la postre, a los extranjeros con independencia de cuál fuera su situación administrativa; algo que parece ir contra de las políticas en materia de migración.

## **VI. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS: ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES.**

### **1. INTRODUCCIÓN.**

El bienestar general de los ciudadanos, la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, la eliminación de la pobreza y de cualquier otra forma de marginación o exclusión social, constituyen objetivos fundamentales de un Estado Social, para cuya consecución se programa y aplica una acción política plural, con múltiples vertientes, en la que están implicados todos los poderes públicos. En el marco de dicha política social, y ya sólo en relación con la materia que corresponde analizar en este apartado, los poderes públicos autonómicos llevan años ejerciendo las competencias, en materia de asistencia social y servicios sociales, que el propio Texto Constitucional (artículo 148.1.20 CE) y los Estatutos de Autonomía les han conferido, en todos ellos, en régimen de competencias exclusivas (véase el art. 61 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, el art. 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón, el art. 24 del Estatuto de Asturias, el art. 30 del Estatuto de las Islas Baleares, el art. 30 del Estatuto de Canarias, el art. 24 del Estatuto de Cantabria, el art. 70 del Estatuto de Castilla y León, el art. 31 del Estatuto de Castilla-La Mancha, el art. 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el art. 49 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, el art. 7 del Estatuto de Extremadura, el art. 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia, el art. 10 del Estatuto de Autonomía de Murcia, el art. 44 de la Ley de Amejoramiento del Fuero de Navarra, el art. 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y el art. 8 del Estatuto de Autonomía de La Rioja).

Concretamente, para la satisfacción de tales objetivos, las Comunidades Autónomas han organizado una amplia red de servicios sociales a través de la cual se presta asistencia a las personas necesitadas, han constituido ayudas económicas, salarios sociales o rentas mínimas para garantizar a todos los ciudadanos unos ingresos básicos o de subsistencia, y, en fin, han aprobado diversos planes o programas en los que se han incluido un extenso conjunto de ayudas con objetivos concretos (sobre todo, para favorecer el acceso a la vivienda, a la educación, a la formación o al empleo, así como, para fomentar la inserción social, familiar o laboral) o para colectivos determinados (fundamentalmente, dirigidos a la infancia y la juventud, a las mujeres maltratadas o a aquellas que son víctimas de violencia de género, a los discapacitados, a los mayores, a las personas que padecen algún problema de adicción, a los grupos marginales o a aquellos que sufren, por cualquier razón, problemas de discriminación o se encuentran en situación de pobreza o exclusión social).

Con tales objetivos, no obstante, los poderes legislativos y ejecutivos de las Comunidades Autónomas no han sustituido la acción política de los órganos estatales que, en el ámbito de la política social, detentan competencias exclusivas en la ordenación y régimen económico del Sistema de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), así como, en régimen de competencias exclusivas o compartidas, en otros ámbitos del ordenamiento jurídico o respecto a otros sectores que también afectan al bienestar de la

sociedad (como las que tienen sobre la actividad económica, la sanidad, la educación, la política de empleo, la vivienda, el transporte etc.). Por tal motivo, la actuación de los poderes públicos autonómicos no impide –ni ha impedido en ningún momento- la acción estatal, sino que normalmente la complementa (la amplía o mejora) o, en aquellos aspectos o respecto a aquellos colectivos o situaciones no atendidas, la integra, actuando, desde la perspectiva que ahora interesa, como una última red de protección del Estado del Bienestar cuya finalidad es atender aquellas situaciones, individuos o colectivos que, por una u otra razón, quedan al margen de las prestaciones básicas del Sistema de Seguridad Social, así como a aquellos que obtienen del mismo una protección insuficiente.

Como se puede deducir de lo expuesto, es consustancial a esta forma de protección social la multiplicidad, rasgo que deriva tanto de la diversidad de fórmulas de atención social previstas, como de la variedad de grupos protegidos, como del número de medidas, prestaciones, ayudas, beneficios o servicios que, en unos u otros términos, se han venido reconociendo con esta finalidad. La atribución de competencias en esta materia a las Comunidades Autónomas es, sin duda, otra de las razones fundamentales de tal pluralidad, en tanto que, desde la descentralización territorial del Estado, todas y cada una de sus diecisiete Autonomías se han dedicado especialmente a la promulgación de normas y a la elaboración de planes o programas específicamente destinados al cumplimiento de tales objetivos.

La complejidad, por los motivos señalados, de este sector del ordenamiento jurídico obliga a limitar el ámbito de este estudio a ciertas actuaciones: las directamente relacionadas con la protección social y, dentro de éstas, las más relevantes por su importancia cualitativa o por su extensión cuantitativa. En concreto, este apartado se va a limitar al análisis del derecho de los extranjeros que se encuentren en España a las medidas dispensadas por los sistemas autonómicos de servicios sociales, a los beneficios previstos en los programas de rentas mínimas, a las ayudas de naturaleza asistencial aprobadas por algunas Comunidades Autónomas para complementar las prestaciones de Seguridad Social de cuantías más bajas, así como a las prestaciones y servicios que se conceden por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Todo ello sin perjuicio del derecho que pueda corresponder a los extranjeros que se encuentren en España a otro tipo de actuaciones o prestaciones asistenciales dispensadas por cualquier administración pública (como, por ejemplo, las ayudas a la adquisición, rehabilitación o acondicionamiento de la vivienda habitual que se conceden a las personas que se encuentren en determinadas condiciones de necesidad, las ayudas sociales específicamente previstas en el art. 27 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, a favor de las mujeres víctimas de violencia de género con bajos recursos y escasas condiciones de empleabilidad, las prestaciones en especie –prótesis, productos ortopédicos- y los servicios – fundamentalmente, de recuperación o rehabilitación- que se dispensan a las personas enfermas o discapacitadas, etc.).

## **2. LA EXTENSIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES A LOS EXTRANJEROS.**

### **2.1. Asistencia social o servicios sociales.**

Respecto al primer grupo de prestaciones, y dejando de lado la vieja discusión

doctrinal sobre el sentido y, por extensión, el ámbito de actuación de los Sistemas de Seguridad Social y de Asistencia Social (cuestión que se ha planteado, fundamentalmente, por la asignación a las CCAA de posibles competencias en materia de “Asistencia Social” –art. 148.1.20 CE-, frente a las competencias exclusivas que se reserva al Estado sobre la “Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas” -art. 149.1.17 CE-), conviene hacer una genérica aproximación a los conceptos de Asistencia Social y Servicios Sociales; genérica, porque no es el objetivo recopilar las distintas definiciones que la doctrina ha elaborado, sino intentar aclarar, con apoyo en las normas vigentes, el contenido de una y otra fórmula de protección.

Sin indagar en los antecedentes más o menos remotos de ambas instituciones, la diferenciación conceptual se presenta claramente en el art. 38 de la LGSS, que alude a la asistencia social y a los servicios sociales como ámbitos distintos de la protección social. Principalmente, porque los servicios sociales se incluyen dentro de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social (concretamente, en el apartado e) del art. 38.1 donde, después de exponerse el catálogo de prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema, se hace referencia a “*las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente*”), mientras que “*los beneficios de la asistencia social*” aparecen definidos en un apartado distinto, el segundo, “*como complementos de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior*”. En estos términos, parece que los servicios sociales formarían parte del Sistema de Seguridad Social (y, por ello, según el art. 149.1.17 CE, sería el Estado el único competente para promulgar la legislación básica, correspondiendo a las CCAA la legislación no básica y la ejecución de sus servicios), mientras que, por el contrario, la asistencia social quedaría en el ámbito de las competencias autonómicas, tanto porque son ayudas que se sitúan fuera del Sistema (según se ha visto, son beneficios dirigidos, en exclusiva, a complementar las prestaciones de Seguridad Social), como porque se la atribuye expresamente, como competencia potencialmente asumible por las CCAA, el art. 148.1.20 de la propia CE.

Sin embargo, ni la cuestión es tan clara como parece deducirse de lo dispuesto en la ley estatal, ni está definitivamente resuelta en el ordenamiento actual; desde el punto de vista que ahora interesa, porque durante años las CCAA se han hecho cargo de los servicios sociales que han operado en sus respectivos territorios, disponiendo no sólo la ejecución de sus servicios sino también la legislación que los ha regulado. Pero no es el único problema que se suscita en el análisis de este sector del ordenamiento jurídico: asimismo, la mera lectura de los Estatutos de Autonomía y de las Leyes autonómicas muestra tanto una cierta confusión entre ambos conceptos, como la asunción, por parte de las CCAA, de competencias exclusivas en materia de servicios sociales (las mismas que, de acuerdo con el anterior esquema, correspondían al Estado). Con todo, la situación diverge de un Texto a otro.

Efectivamente, el análisis de los Estatutos de Autonomía de las diecisiete CCAA muestra sobre este extremo un panorama notablemente confuso, ante el cual es necesario sistematizar en varios grupos su contenido. Por una parte, se puede diferenciar un primer grupo que atribuye a las CCAA competencias exclusivas, sólo, en materia de Asistencia Social; serían éstos los Estatutos más respetuosos con la distribución de competencias de la CE (es el modelo seguido por los Estatutos de

Galicia -LO 1/1981-, Navarra -LO 12/1982- y el País Vasco -LO 3/1979-). Junto al anterior, hay un segundo grupo de Estatutos que se atribuyen competencias exclusivas en “*Asistencia y bienestar social*”, una expresión que parte de la competencia que la CE permite asumir a las CCAA, para ampliarla utilizando un concepto distinto (que no está en el Texto Constitucional) y expansivo (que permite incluir una importante variedad de actuaciones), que, además, tampoco se reserva a la competencia estatal en el art. 149 de la CE. Este modelo ha sido seguido por Asturias (art. 10.24 de la LO 7/1981), Extremadura (art. 7.20 de la LO 1/1983) y Murcia (art. 10.18 de la LO 4/1982); alguna Comunidad, como Cantabria, parte de la misma competencia para extenderla, también, al llamado “*desarrollo comunitario*” (art. 24.22 de la LO 8/81). Como se puede observar, todos los Textos incluidos en estos dos primeros grupos se promulgaron en los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución.

Se puede constituir un tercer grupo con otros Estatutos de Autonomías que se atribuyen competencias exclusivas en materia de “*Asistencia Social y Servicios Sociales*”; es decir, en estos Textos se respeta la competencia atribuida a las CCAA, y se asume otra que, según la ordenación contenida en la LGSS, se sitúa en el marco de las competencias estatales. Así sucede en los Estatutos de Canarias (véase el art. 30.13 de la LO 10/82), de Castilla y León (art. 70.10 de la LO 14/2007), de Castilla-La Mancha (art. 31.20 LO 9/82), y de La Rioja (art. 8.30 de la LO 3/1982); en algunos de éstos, se atribuyen también las CCAA competencias adicionales como el anteriormente mencionado “*desarrollo comunitario*”.

Los demás Estatutos de Autonomías dejan de utilizar el término “*asistencia social*” y, bien utilizan un concepto nuevo como el de “*acción social*”, que unas veces aparece indeterminado (como sucede en el art. 30.15 del Estatuto de las Islas Baleares en el que se señala la competencia exclusiva en materia de “*Acción y bienestar social*”) y otras, con un contenido concreto (como ocurre en el art. 71.34 del Estatuto de Aragón, donde expresamente se atribuye la CCAA competencia en materia de acción social que, como en el propio precepto se dice, “*comprende la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales.*”), o bien definen, sin más, la competencia de los poderes autonómicos, exclusivamente, en materia de servicios sociales. Así lo hace, sin mayor precisión, el Estatuto de Valencia (art. 49.24 de la LO 5/1982) y los Estatutos de Andalucía y Cataluña (arts. 61 de la LO 2/2007 y 166 de la LO 6/2006, respectivamente), en estos dos últimos casos, con una prolija exposición de las actuaciones y materias que se incluyen dentro de la competencia autonómica. En fin, una última variedad la constituye el Estatuto de la Comunidad de Madrid, en el que no se utiliza ninguno de estos conceptos, sino que directamente se atribuye a la Comunidad competencias en materias concretas o respecto a colectivos específicos (como los ciudadanos de la tercera edad, los emigrantes, minusválidos, etc.) materias y colectivos que, en definitiva, integran el ámbito objetivo y subjetivo habitual de los servicios sociales.

Cierta variedad presentan, aunque en menor grado, las leyes autonómicas: las hay que regulan, lo que denominan “*Acción social*” (así sucede con las Leyes de Aragón, Castilla y León y las Islas Baleares), mientras que otras, la mayoría, expresamente aparecen rubricadas como Leyes de Servicios Sociales (es la denominación que utilizan las leyes de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco y Valencia). No obstante, y respecto al primer grupo, se ha de

decir que, aunque utilicen otra denominación, todas ellas regulan específica y directamente los servicios sociales.

En conclusión, es claro que, bien porque los Estatutos de Autonomía lo han autorizado expresamente, bien porque, de hecho, así han actuado los legisladores autonómicos, lo cierto es que todas las CCAA han asumido y ejercido, desde hace años, competencias efectivas en la ordenación, organización y ejecución de los servicios sociales sin que, a fecha de hoy, se haya encargado el legislador estatal de dictar una norma, para todo el territorio nacional, que contenga la regulación básica de los servicios sociales, y sin perjuicio de que su ejecución se hubiera dejado en manos de las administraciones autonómicas o, incluso, locales (ALARCÓN CARACUEL, 2003).

Por todo lo dicho puede decirse que, al margen del diseño constitucional (sobre todo, porque es una cuestión que, por la aceptación tácita de todos los implicados, no se ha planteado ante el Tribunal Constitucional), las CCAA han asumido y han puesto en práctica sus propias redes de servicios sociales que, de esta forma, han actuado en todo el territorio estatal como una fórmula de protección asistencial, para todos los ciudadanos que lo necesiten y ante las situaciones de necesidad más graves o perentorias, cercana a los individuos y polivalente en sus fórmulas de acción y tutela. En este aspecto, únicamente se quiere destacar cómo la asunción de competencias por parte de todas las CCAA en materia de servicios sociales ha sido una situación tolerada por los poderes públicos estatales, que sólo han despertado su celo competencial cuando algunas de dichas autonomías han aprobado prestaciones económicas llamadas a complementar las prestaciones del Sistema de Seguridad Social de cuantías más bajas. Sobre esta cuestión, que en este momento sólo se quiere subrayar, se hace remisión a lo que se dirá posteriormente.

A mayor abundamiento, se puede concluir diciendo que la tendencia actual es hacer desaparecer el viejo concepto de asistencia social para aludir, exclusivamente, a las competencias de las CCAA en materia de servicios sociales. Buena prueba de ello es la redacción dada a los preceptos que, sobre el tema, aparecen en los Estatutos más recientes, como son el de Andalucía y el de Cataluña, donde se elude cualquier referencia a la asistencia social para atribuir, expresa y específicamente, a sus respectivas autonomías competencias exclusivas en materia de servicios sociales. Es más, en ambos Estatutos se pone de manifiesto un afán expansivo de los poderes autonómicos que, expresamente en el propio texto, incluyen como funciones de las CCAA tanto la regulación, ordenación y gestión de los servicios sociales, como la regulación y aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social, como la creación y gestión de centros e instituciones de protección, tutela, rehabilitación y reinserción de personas necesitadas. En fin, también es significativo señalar cómo, en ambos Estatutos, se contienen definiciones amplias de los servicios sociales en las que, no sólo se integran las prestaciones técnicas de carácter colectivo, sino también prestaciones de contenido económico con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección social.

En estas condiciones, y sin insistir más en una cuestión –compleja- que no corresponde analizar ahora, este apartado se limita a analizar el derecho a las prestaciones y servicios que se atribuyen a los extranjeros, irregulares o no, en las leyes autonómicas de servicios sociales.

## **2.2. Concepto y características de los servicios sociales.**

Con este mismo proceder, se recurre a la ordenación autonómica para construir un concepto general de los servicios sociales. Del análisis global de las leyes autonómicas puede deducirse su caracterización como el conjunto de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones destinados a promover el desarrollo de los individuos, a prevenir y eliminar las causas de marginación y exclusión social, a satisfacer las necesidades personales básicas, y, en fin, a mejorar la calidad de vida de las personas para obtener mayores cotas de bienestar social. Con tales objetivos, las leyes de servicios sociales que están en vigor en cada una de las CCAA definen un amplio elenco de medidas que, en términos generales, se dividen en prestaciones (fundamentalmente, de carácter económico para las personas que padezcan una situación singular de necesidad y no dispongan de recursos suficientes para afrontarlas, ni de medios para conseguirlos) y servicios (de prevención, diagnóstico, valoración, información, orientación, asesoramiento, promoción, protección y atención de las personas y los grupos que se hallen en situación de necesidad social).

Aparte del contenido de los servicios sociales, otra de sus características fundamentales es la configuración autonómica de su régimen jurídico. Como se ha señalado en el epígrafe anterior, la asistencia social y los servicios sociales han sido tradicionalmente materia de competencia autonómica, siendo así que, como también se ha indicado, todas las Comunidades han dispuesto la regulación, organización y funcionamiento de sus propias redes de servicios sociales en sus respectivos ámbitos territoriales. Esta condición ha tenido, entre otras, una consecuencia fundamental en la ordenación del Sistema en tanto que, lógicamente, existe una importante variedad normativa; todas las CCAA han dictado sus propias normas, legales y reglamentarias, y han llevado a cabo en estos años las reformas que han considerado oportunas.

Esta circunstancia permite hacer una primera valoración, en este momento, sobre la ordenación de los servicios sociales en nuestro país. La coexistencia de normas dictadas en diferentes fechas (hay leyes de finales de los setenta y principios de los ochenta que permanecen en vigor, junto a otras mucho más recientes –hasta del año 2007-) permite configurar un panorama notablemente dispar, sobre todo, porque frente a las normas más antiguas, las dictadas en los últimos años se presentan como una ordenación más clara y perfilada (donde se contienen definiciones explicativas de conceptos legales que en las normas anteriores pueden resultar confusos), donde se resuelven dudas y problemas de interpretación o aplicación planteados en estos años, y donde el legislador tiene en cuenta las nuevas realidades sociales y familiares, así como reformas normativas fundamentales de estos últimos años, para configurar la protección del sistema (por ejemplo, porque se concede una tutela especial a las familias monoparentales o a las personas que se encuentren en situación de dependencia, porque se atiende al fenómeno de la inmigración, porque se consideran las nuevas causas de marginación, pobreza y exclusión social, etc.).

Por este motivo, resulta necesario dedicar una especial atención a las normas más recientes, de un lado, porque contienen unas nociones más claras y elaboradas de los servicios sociales (de lo que son y de cómo actúan) que, entendemos, pueden ser

utilizadas en la interpretación de las disposiciones más antiguas y, por extensión, en la configuración general del sistema, y de otro porque, por todos estos méritos, dichas leyes han de servir como modelos a seguir en cualquier reforma que, en el futuro, se lleve a cabo en aquellas Comunidades Autónomas que se hayan quedado atrás en este empeño de actualización normativa. La singular consideración de las leyes más modernas, sin embargo, no ha de suponer el olvido de las demás, que también serán analizadas, apuntándose en este estudio las notas más relevantes de sus respectivas regulaciones.

Al margen del concepto general y de la referencia a la ordenación autonómica de los servicios sociales, realizada en los párrafos previos, en el presente epígrafe sólo se van a exponer aquellas características o normas de su regulación que sean útiles a los efectos de este Capítulo que, no se olvide, se circunscribe a delimitar el eventual derecho que corresponde a los extranjeros que se encuentren en España a disfrutar de las prestaciones, servicios y ayudas que se dispensan desde los servicios sociales autonómicos. Por esta razón, y por los términos en los que se regula el tema en la legislación de Extranjería, el análisis se limita a la estructura de los servicios sociales, así como las funciones o tareas que se les asignan en las normas aplicables. No obstante, para la adecuada ordenación del contenido de este apartado, parece conveniente comenzar delimitando quienes son, conforme a las leyes autonómicas, las personas a las que se les atribuye el derecho a los servicios sociales en cada ámbito territorial. Como en otras cuestiones, la pluralidad de leyes exige sistematizar sus respectivos contenidos.

### **2.3. Los sujetos titulares de los servicios sociales.**

Según se ha advertido, el número de leyes autonómicas también genera una diversidad significativa en la determinación de los sujetos que son titulares de los servicios sociales; por tal razón, habría que reproducir cada precepto autonómico para indicar, con exactitud, las personas que pueden ser beneficiarias de tales prestaciones y servicios en cada ámbito territorial. Sin embargo, en un apartado como éste, en el que se pretende dar una visión de conjunto de la ordenación de los servicios sociales, es preferible construir el esquema general, con las notas comunes de la regulación autonómica, sin perjuicio de señalar aquellas especialidades que sean dignas de una reflexión adicional.

#### **2.3.1. Equiparación a los españoles de los comunitarios, de los exiliados, refugiados y apátridas.**

El análisis de la legislación autonómica permite aclarar el derecho que corresponde a los diferentes grupos de la población. En primer lugar, todas las leyes de servicios sociales coinciden, lógicamente, en señalar como titulares del derecho a los españoles que se encuentren en el territorio de dicha CCAA. En este sentido hay que tener en cuenta que, aunque en algunas leyes de servicios sociales se adjudica el derecho a los naturales de dicha Comunidad, no se excluye por ello a las nacidos en otros territorios en tanto que, si se analizan los Estatutos de Autonomías, puede

comprobarse cómo en ellos se define a las personas que poseen dicha condición como los ciudadanos españoles que tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de esa CCAA (así sucede, por ejemplo, en la Ley de servicios sociales de la Comunidad Valenciana, que señala como titulares del derecho a los valencianos y las valencianas, teniendo que acudir, para la delimitación del ámbito subjetivo de la Ley, al Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad que, en su art. 3.1, adjudica la condición política de valenciano a todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunidad Valenciana).

Coinciden algunas leyes autonómicas, en segundo lugar, en atribuir el derecho a los nacionales de cualquiera de los países de la Unión Europea que residan en territorio autonómico. Sobre este extremo, y aunque no todas las leyes de servicios sociales extienden expresamente el derecho a los ciudadanos comunitarios, es claro que la aplicación de las normas europeas obligan a la plena asimilación de éstos a los españoles, sea cual sea el lugar de la península en el que se encuentren (por todas, véase la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y aquellas otras concordantes).

En tercer lugar, las normas en vigor suelen extender el derecho a aquellos individuos que se encuentren en situaciones singulares que también les confieren un estatuto particular. Es lo que sucede, en general, con los exiliados, refugiados y apátridas que se hallen en territorio de alguna de nuestras CCAA. En relación con estas personas, se puede distinguir varias posibilidades: a) aquellas leyes autonómicas que los reconocen como titulares incondicionados del derecho a los servicios sociales; b) aquellas otras que se remiten a los requisitos dispuestos en la ordenación reglamentaria de los servicios sociales autonómicos; c) y, en fin, las leyes que los reconocen como beneficiarios de tales servicios y prestaciones en los términos previstos en la normativa estatal básica y en los tratados o convenios vigentes y, en su defecto, según derive de la aplicación del principio de reciprocidad.

En este sentido, y en relación con las CCAA que se remiten a la normativa estatal para determinar el derecho a los servicios sociales de estos colectivos, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en la Ley de Asilo (Ley 5/1984, de 26 de mayo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo) y, en su desarrollo, en el RD 203/1995, de 10 de febrero. En este tema, la Ley reconoce expresamente a los refugiados el derecho a “*la asistencia social y económica que reglamentariamente se determine*” (art. 2.2. de la Ley 5/1984), concretándose en el Reglamento que, los solicitantes de asilo y quienes ya tengan la condición de refugiados, siempre que carezcan de trabajo o de medios económicos para atender a sus necesidades y a las de su familia, tienen derecho a beneficiarse de los servicios sociales que presten las Administraciones públicas competentes para asegurarles un nivel de vida adecuado, debiéndose en este sentido prestar singular atención a las personas que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad (tales como menores, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, etc.) (arts. 15 y 30 del RD 203/1995). No obstante, la claridad de estos preceptos (que permiten atribuir directamente a los refugiados que se encuentren en España el derecho a los servicios sociales autonómicos) se ve empañada por la remisión que se hace en el propio art. 15.1 del RD 203/1995, *in fine*, a lo dispuesto en el art. 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero, remisión que permite trasladar a este colectivo los problemas de

interpretación que, como se verá en los próximos párrafos, presenta la LOEx. Sin embargo, el principio de aplicación prioritaria de la ley especial sobre la general exige obviar lo dispuesto en la LOEx para aplicar, incondicionadamente, las normas específicas antes referidas.

Respecto de los apátridas, hay que tener en cuenta que, por Instrumento de 24 de abril de 1997, España es hoy por hoy parte de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y que en tal acuerdo, concretamente en su art. 23, se señala la obligación de los Estados Contratantes de conceder “*a los apátridas que residan legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos*”; de esta forma, también se procede a la equiparación con los españoles de los apátridas que se encuentren legalmente en España. Para la aplicación de tal régimen, por otra parte, es necesario cumplir los trámites dispuestos en el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida.

### **2.3.2. La situación de los extranjeros no comunitarios.**

Con independencia de los colectivos anteriores (esto es, los españoles, los nacionales de algún país de la UE y las personas con un estatuto especial), resta, en cuarto lugar, por definir la situación de los extranjeros que se encuentren en España (que es la cuestión principal al objeto de este estudio). Sobre este extremo, y aunque también existe una diversidad notable en la redacción de cada norma autonómica, se puede decir que, en general, cuando se delimita la titularidad del derecho, las leyes contienen dos tipos de cláusulas. En la primera de ellas, se extiende el derecho a los servicios sociales a los extranjeros que se encuentren en territorio de las CCAA en las condiciones fijadas en las normas estatales, en los tratados o convenios internacionales y, en su defecto, conforme al principio de reciprocidad. Es más, aunque algunas leyes autonómicas no hagan expresa alusión a las normas estatales e internacionales, éstas se aplican en todo el territorio como consecuencia de la atribución al Estado de competencias exclusivas en materia de extranjería (art. 149.1.2ª CE), así como por el carácter imperativo de las normas adoptadas en el seno de organizaciones internacionales en las que España participe y de los tratados bilaterales o multilaterales incorporados al ordenamiento interno. Una segunda regla (que, no obstante, no aparece en todas las leyes autonómicas, aunque sí en un significativo número de ellas) constituye una excepción o matización importante al principio general al establecerse que la remisión a las normas de aplicación se hará sin perjuicio de lo que se establezca para las personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad. Esta segunda regla presenta cierta variedad en su formulación legal, aunque no en su contenido; se volverá sobre ello.

La remisión que se hace en las leyes autonómicas a la normativa vigente exige empezar, como debe suceder en todo caso, por el análisis de la legislación estatal, concretamente, por lo dispuesto en la Ley 4/2000, de 11 de diciembre, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx), en su versión actualizada, y en el correspondiente desarrollo reglamentario.

a) *Aplicación de la Legislación de Extranjería: diferencias entre regulares e irregulares.*

En el ámbito nacional, y respecto al tema que corresponde a este apartado, es imprescindible un análisis detenido del art. 14 LOEx, específicamente destinado a señalar los derechos que corresponden a los extranjeros en materia de Seguridad Social y de Servicios Sociales. Como se podrá apreciar, en este precepto el problema deriva de la redacción, imprecisa y general, de la norma y, en esta situación, de la ausencia de una disposición que aclare, sin dejar lugar para la duda, a qué prestaciones y servicios de protección social tienen derecho los extranjeros que se encuentren en España, tanto los que posean las autorizaciones necesarias para residir legalmente en este país, como los que se hallen de forma irregular en territorio español.

Efectivamente, en materia de servicios sociales los apartados segundo y tercero del citado art. 14 LOEx diferencian los derechos atribuidos a los extranjeros que se encuentren en este país según las condiciones de su estancia en España, de manera que atribuyen a los residentes (esto es, según el art. 33 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre –que contiene el reglamento de desarrollo de la LO 14/2000- a aquellos extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir en el territorio español, sea de forma temporal o permanente-), derechos que se niegan a quienes no residan legalmente en él. En concreto, según dispone el citado artículo, mientras que los extranjeros que residan legalmente en España tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales, *“tanto a los generales y básicos como a los específicos”*, en las mismas condiciones que los españoles, *“los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa”* (ha de entenderse que, en este segundo supuesto, por exclusión, se refiere el legislador a quienes vivan irregularmente en España, en tanto que la situación de los regulares ya ha quedado definida en el párrafo anterior), sólo tienen derecho *“a los servicios y prestaciones básicas”*.

La aplicación de tales preceptos no plantearía problema alguno si dichos conceptos se correspondieran con una clasificación normativa expresa de las prestaciones y servicios sociales, esto es, si en alguna norma se dijera cuáles han de considerarse generales y básicos, y cuáles se califican como específicos. Pero no es así, ni la LGSS, ni la propia Ley de Extranjería –en cualquiera de sus versiones-, ni su desarrollo reglamentario, ni ninguna otra norma de carácter general, contiene tales definiciones. Únicamente, las leyes de Servicios Sociales de las CCAA, al definir la estructura del sistema, califican de forma desigual ciertos servicios como *“servicios de atención primaria”* (Cantabria, Galicia, Madrid y Murcia), servicios *“comunitarios”* (Andalucía, Aragón y La Rioja), *“generales”* (Asturias, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha y Valencia), *“de base”* (Extremadura, Navarra y País Vasco) o *“básicos”* (Castilla y León, Cataluña), y a otros como *“servicios de atención especializada”* (Cantabria, Galicia y Madrid), servicios *“especializados”* (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Cataluña, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja, Murcia, Navarra País Vasco y Valencia) o *“específicos”* (Baleares, Castilla y León). En estos términos (de coincidencia o, al menos, similitud de conceptos) parece lógico concluir señalando que, la referencia de la LOEx a las prestaciones y servicios generales y básicos se refiere a los que las leyes autonómicas de servicios sociales califican como servicios de atención primaria, comunitarios, generales, de base o básicos, mientras que los que la Ley estatal denomina como específicos se corresponden con los que, con esta denominación o una similar (como servicios especializados) aparecen en las leyes de las CCAA. En

consecuencia, se ha de volver a las leyes de las CCAA para integrar la normativa estatal.

Llegados a este punto, resulta necesario intentar delimitar, con apoyo en las leyes autonómicas, las características de una y otra modalidad (los servicios pertenecientes al primer y segundo grupo, sea cual sea la denominación que se les haya dado en los diferentes territorios) con objeto de aclarar, en última instancia, cuáles corresponden en la actualidad o deben reconocerse en el futuro a los extranjeros, según sea su situación en España (de residencia legal o ilegal). Igualmente, se ha de determinar qué tipo de prestaciones o servicios se incluyen en uno u otro nivel de protección para concluir señalando si es oportuno que ciertas ayudas se extiendan a toda la población extranjera, y otras se limiten a ciertos grupos.

En el primer aspecto, es posible deducir de las leyes autonómicas que regulan los servicios sociales, las características principales de unos y otros. En concreto, del análisis normativo se deduce, de un lado, que los servicios sociales (que, para simplificar y utilizando la terminología de la Ley estatal, podemos llamar generales o básicos) constituyen la puerta de entrada al sistema, esto es, la estructura a la que los ciudadanos deben acudir para presentar su solicitud y obtener la atención que se dispensa desde las redes de servicios sociales. Es por ello por lo que, en algunas leyes autonómicas, se les atribuye expresamente características tales como: a) su proximidad, al constituirlos como el nivel de atención más próximo a los usuarios, a su ámbito familiar y social (de ahí su ordenación local); b) su carácter polivalente, en tanto se considera que, en tales servicios se reciben todas las demandas de atención social presentadas por la ciudadanía y, sobre éstas, se desarrollan las respuestas que requieren los problemas planteados; y c) su carácter comunitario, en la medida en que se entiende que van a cubrir las necesidades de atención social de las personas en el propio ambiente en el que éstas conviven y se relacionan. Pero los servicios sociales del primer nivel no sólo reciben las demandas que presentan los ciudadanos, sino que también prestan una atención efectiva, bien de carácter preventivo (en tanto que llevan a cabo actuaciones o toman medidas antes de que se planteen determinadas situaciones de necesidad y con la finalidad expresa de evitarlas), o bien con carácter reparador, esto es, prestando determinados servicios o ayudas a las personas que ya se encuentren en alguna de las situaciones de necesidad previstas.

Aún hay mayor coincidencia en las leyes autonómicas, de otro, respecto a la configuración de los servicios específicos o especializados: en todas se definen como aquellos que se dirigen a personas o colectivos que, en función de sus necesidades, requieren una atención singular, y por ello tienen como común denominador el constituir servicios de respuesta a situaciones y necesidades que requieren una especialización técnica concreta o una disposición de recursos determinada. Aunque no existe un catálogo general, de común aplicación a todos los ámbitos territoriales, de los colectivos a los que se dirige esta asistencia especializada, las normas autonómicas suelen destinar estos servicios a las familias, los niños, jóvenes y adolescentes, las personas mayores, las mujeres (fundamentalmente las que sufran algún tipo de discriminación o violencia), las personas enfermas o discapacitadas, los sujetos que padecen alguna forma de adicción, las minorías étnicas, los grupos con conductas disociales, las personas en situación de marginación, pobreza, exclusión social o quienes se vean discriminadas por cualquier causa, los individuos en situación de dependencia y quienes padecen alguna necesidad singular (por la falta de vivienda,

desestructuración familiar, precariedad o pérdida del empleo, sometimiento a medidas penales, etc.).

Sobre este último extremo, es necesario apuntar que la variedad normativa puede suponer una diversidad importante en el ámbito de actuación de los servicios sociales especializados, en tanto que la definición de colectivos a los que se dirigen estas medidas diverge en las distintas normas autonómicas, observándose igualmente en las leyes más recientes una ampliación progresiva de los grupos que han de acceder a este nivel de atención social. No obstante, la diversa delimitación de los colectivos protegidos no debe suponer una exclusión de quienes no aparecen en el listado normativo, de un lado, porque en tales leyes suele contenerse una disposición general que permite extender la protección a cualquier persona que lo necesite, e incluso porque, aunque no se prevea expresamente, la propia dinámica del sistema exige prestar atención a todos los sujetos que se encuentren en una situación de necesidad real (aunque pertenezcan a un colectivo que no se encuentre en el listado de personas beneficiarias de una atención especializada) y requieran de una protección específica.

Mayor dificultad presenta la segunda línea de investigación a seguir, esto es, la delimitación de las prestaciones y servicios que se dispensan desde uno y otro nivel de atención. Los problemas se producen, de un lado, por la multiplicidad de normas autonómicas aplicables y, por este mismo motivo, por la diversidad de competencias que, en cada Ley, se atribuyen a los servicios sociales generales y a los específicos; por ello resulta muy complicado hacer una clasificación general con las prestaciones y servicios que, en el conjunto del Estado, tienen uno y otro carácter. De otro, porque normalmente las prestaciones y servicios que se satisfacen desde los servicios generales y los especializados no son completamente independientes, sino que, por el contrario, hay una interrelación entre ambos en los diferentes aspectos de su actuación cotidiana. Se oomprobará a continuación, con las leyes autonómicas en las manos, estas afirmaciones.

Para empezar, es posible delimitar, aunque sea de forma general y, por ello, a pesar de que existan excepciones, las funciones que en el conjunto de leyes autonómicas vigentes se encomiendan a los servicios de uno y otro nivel. En primer lugar, las leyes de las CCAA suelen asignar a los servicios sociales básicos un catálogo significativo de competencias que, como antes se señalaba, varían de una norma a otra. Con todo, coinciden las leyes autonómicas en atribuir a los servicios sociales del primer nivel varias y significativas competencias, tales como: a) Información, orientación y asesoramiento a los ciudadanos sobre los derechos que les corresponden y los recursos sociales a los que pueden tener acceso; b) Gestión de las prestaciones de ayuda a domicilio y/o teleasistencia; c) Desarrollo de programas comunitarios para la promoción social de los individuos y los grupos de población; d) Fomento de la participación, la solidaridad y la cooperación social (favoreciendo el asociacionismo y el voluntariado); j) Programas de convivencia, bien para fomentar las relaciones de convivencia en el hogar familiar o bien para buscar un alojamiento alternativo, temporal o permanente, a las personas que carecen de hogar o que presentan problemas graves en el entorno familiar.

Además de estas funciones, que coinciden en la mayor parte de las normas autonómicas, se prevén en un numeroso grupo de ellas, otras: a) Valoración técnica de situaciones, necesidades o problemas, de carácter individual o colectivo; b) Detección y

análisis de las situaciones de riesgo y de las necesidades sociales existentes en su ámbito de actuación; c) Gestión y seguimiento de las prestaciones económicas (de todas o de algunas de ellas); d) Promoción de la inserción social, mediante la aplicación de programas de prevención y eliminación de las situaciones de exclusión social; e) Identificación de los grupos de población en situación de riesgo, para la aplicación de acciones y campañas de carácter preventivo. Junto a las anteriores competencias, existen otras funciones o actuaciones que, sólo en algunas CCAA se atribuyen a los servicios sociales del primer nivel, como son: a) Programas o acciones concretas en el ámbito de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; b) Programas de atención a la infancia y la familia; c) Servicio de atención profesional especializada; d) Programas de ocio y tiempo libre.

Como puede apreciarse, pues, el elenco de funciones o actuaciones atribuidas a los servicios sociales del primer nivel es notablemente extenso, aunque, por la diversa configuración de las normas autonómicas, en unos ámbitos territoriales tiene mayor entidad -más atribuciones- mientras que, en otros, tales competencias se reducen.

También hay que tener en cuenta que en muchas de estas normas tales actuaciones y programas no aparecen en una lista cerrada, sino que, por el contrario, los preceptos legales suelen concluir con una cláusula abierta que permite la integración de cualesquiera otras funciones, similares a las anteriores, que sean igualmente necesarias para la satisfacción de los objetivos de las redes de servicios sociales. En virtud de esta cláusula, es perfectamente posible que las CCAA incrementen el número de funciones asignadas a los servicios sociales del primer nivel, por expresa disposición normativa e incluso, por la vía de los hechos (cuando, en la actuación cotidiana de los servicios sociales, se haga necesario realizar otro tipo de tareas para cumplir sus funciones). Igualmente hay que considerar, sobre este extremo, que algunas leyes autonómicas son excesivamente parcas en la delimitación de competencias asignadas a los servicios generales, y por ello puede ser bastante habitual e incluso necesaria, la ampliación de competencias (así, por ejemplo, la Ley de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, le asigna a los servicios generales, escuetamente, cuatro funciones: a) De información, valoración y orientación; b) De promoción y cooperación social; c) De ayuda a domicilio; y d) De convivencia). En este sentido, puede ser deseable que los responsables autonómicos sigan el ejemplo de las leyes autonómicas de servicios sociales más modernas, que suelen contener un listado amplio y prolijo de las funciones que se les asigna a este primer nivel de atención que, no olvidemos, es el más cercano al ciudadano y, por ello, el que puede conceder una respuesta inmediata y polivalente a las necesidades que se planteen. Desde el punto de vista que ahora interesa, lógicamente, la posibilidad de que se amplíen las funciones asignadas a los servicios sociales del primer nivel, permite que se vayan modificando en el tiempo las prestaciones y servicios que se pueden reconocer a los extranjeros que se encuentren irregularmente en el territorio de alguna CCAA.

De otro lado, también se deduce del análisis normativo cómo, en un significativo número de leyes autonómicas, se prevé expresamente la colaboración de los servicios sociales básicos con los específicos. Esta regla es una prueba evidente de la interrelación de ambos servicios, esto es, de que no se mantiene una nítida separación entre las competencias asignadas a ambos niveles de atención, sino que, por el contrario, hay funciones que comparten u otras que se complementan (esto es, hay determinadas actuaciones que han de llevar a cabo conjuntamente y otras en las que la

puesta en práctica de las funciones encomendadas a alguno de estos servicios depende de la acción previa del otro -por ejemplo, cuando a uno se le atribuye la valoración de la situación de necesidad y al otro la prestación de la ayuda o el servicio correspondiente-). Esta relación es una prueba más de la difícil aplicación de la Ley de Extranjería, en tanto que, si hay determinadas prestaciones o servicios que han de aplicarse conjuntamente o que, para su ejecución, dependen unos de otros, difícilmente (o, si es posible, con resultados poco deseables) se pueda reconocer al extranjero irregular sólo una de ellas; en este sentido, por ejemplo, no sería lógico que a un sujeto se le valorara una necesidad básica o social (valoración de la que normalmente se encargan los servicios básicos), y no se le permitiera acceder a las prestaciones o servicios previstos para su atención (cuando éstos se consideraran un servicio especializado). Dicha relación se pone igualmente de manifiesto en determinadas leyes autonómicas que, expresamente, indican la actuación de los servicios especializados cuando no sea posible resolver la situación de necesidad en el nivel básico de atención: si esto es así, parece inoportuno que a un extranjero irregular se le reconozca una prestación o servicio mientras que éste sea dispensado por el nivel de atención primaria, y, sin embargo, cuando éste no sea capaz o no cuente con medios para atender tal situación y se derive al servicio especializado, se niegue al extranjero la protección del sistema.

Aún más complicado resulta sistematizar la actuación de los servicios sociales especializados, en gran medida, por la diversa configuración que de esas competencias se realiza en las normas de las diferentes CCAA: mientras que en algunas leyes autonómicas se especifican las funciones que corresponden a estos servicios, otras se limitan a definir, de forma general, los colectivos objeto de atención y, en fin, otras, combinan ambas fórmulas para especificar las medidas que se van a llevar a cabo en relación con cada uno de los grupos de población a los que va dirigida esa atención especializada.

Con todo, y al margen de lo que ya se ha dicho en el sentido de señalar los colectivos que eran objeto de esta atención especializada, se pueden reproducir las funciones que, en el conjunto de leyes autonómicas, se realizan por los servicios sociales de ese segundo nivel. Ello, no obstante, puramente por un afán sistematizador de una normativa tan heterogénea que hace imposible construir categorías generales: es decir que, aunque se señalen a continuación cuáles son las tareas normalmente realizadas por los servicios sociales especializados de las distintas CCAA, no existe ni una regla general ni un cuadro común de actividades que hayan de desarrollarse por las diecisiete CCAA, sino que, muy al contrario, cada ley contiene un listado propio de actuaciones que coincidirán, en todo, en parte o en absoluto, con las que se van a señalar a continuación. Como se puede comprobar con la mera lectura de las normas, en este aspecto es imposible hallar el común denominador de las leyes autonómicas, siendo así que el estudio se limita a exponer las funciones que, en la mayoría de las leyes o un significativo número de ellas, son más habituales.

Advertida la dificultad y los ineludibles resultados de esta investigación, se pueden diferenciar las dos formas fundamentales de ordenación de los servicios sociales especializados que tienen un contenido específico: una, aquella en la que se señalan las funciones generales que a éstos corresponden y, otra, aquella en la que se diseñan las actuaciones de tales servicios en función de los sujetos a quienes van dirigidas tales medidas.

Respecto al primer grupo, se pueden indicar éstas como funciones comunes de los servicios especializados: a) Valorar y diagnosticar situaciones de necesidad especiales, que no puedan ser calificadas desde los servicios de atención primaria; b) Realizar actuaciones de prevención de colectivos o circunstancias que puedan derivar en una situación de especial necesidad; c) Ofrecer un tratamiento específico a las personas que necesitan una atención especializada o la disposición de unos recursos singulares; d) Dar apoyo técnico especializado, singularmente, a los servicios de atención primaria; e) Programar y aplicar –y, posteriormente, llevar a cabo el seguimiento y control- medidas de inserción, tratamiento o atención de grupos e individuos que requieran de una atención especializada; y f) Gestionar centros, equipamientos, programas, servicios y prestaciones para colectivos con necesidades específicas. En cuanto a las prestaciones económicas que también se satisfacen por las redes de servicios sociales, existen leyes autonómicas que les adjudican a los servicios especializados sólo la valoración, determinación y gestión de las prestaciones económicas propias de este nivel, mientras que, en otras, se les atribuyen las mismas funciones pero respecto a todas las prestaciones dinerarias del sistema.

En relación con las disposiciones que utilizan este modelo, han de añadirse dos consideraciones de interés; por un lado, porque en numerosas ocasiones se atribuyen a los servicios especializados las mismas tareas que, como hemos visto anteriormente, se les asignaban a los servicios de atención primaria, con la importante matización de que sólo han de actuar los especializados cuando la complejidad técnica de los servicios a prestar no permita su satisfacción por los servicios básicos. Por otro, porque en todas las leyes se hace expresa mención al mantenimiento de cauces de comunicación y coordinación entre ambos tipos de servicios. Ambos hechos aportan más datos a favor de la relación recíproca que existe en el funcionamiento cotidiano de los dos tipos de servicios que, no se olvide, constituyen simplemente una estructura organizativa de un único sistema: el sistema de servicios sociales. Por ello se insiste en la dificultad o inconveniencia de diferenciar uno y otro tipo de servicios para asignar a los extranjeros irregulares, exclusivamente, los llamados generales o básicos.

En fin, en un segundo grupo, se incluye un importante número de leyes en las que se utiliza una perspectiva distinta para señalar por separado las acciones que llevan a cabo los servicios sociales especializados en relación con cada uno de los colectivos a los que se les dedica una atención específica. Así, se ordenan las actuaciones de los servicios sociales especializados en: a) Acciones de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados; b) Servicios de protección y orientación dirigidos a la familia, la infancia, la adolescencia y la juventud, especialmente destinados a la atención de situaciones carenciales o problemáticas; c) Asistencia a las personas mayores, para asegurar su bienestar y evitar su marginación; d) Acciones de protección dirigidas a las mujeres, singularmente para prevenir o reparar situaciones de discriminación o violencia; y e) En general, servicios de asistencia a otros colectivos (como toxicómanos, ex reclusos, personas sin hogar, minorías étnicas, etc.), que comprendan tanto acciones de prevención de situaciones de marginación o exclusión social, como prestaciones reparadoras de las necesidades especiales de estos grupos.

En definitiva, el análisis normativo muestra claramente la falta de una coincidencia absoluta entre los sistemas de servicios sociales organizados y dispensados por cada una de las diecisiete CCAA, que ni confluyen en el contenido de la

protección (las prestaciones, funciones o programas que se prevén en las leyes autonómicas son en gran medida diversos), ni en la distribución de las competencias que, en cada caso, se atribuyen al primer nivel o al segundo nivel de atención. Ello supone que, con carácter general (esto es, respecto al conjunto de la población beneficiaria), las ayudas que los ciudadanos pueden percibir sean sensiblemente distintas en función del territorio del Estado en el que residan. Respecto a los extranjeros irregulares, la diferencia de trato genera notables consecuencias, en tanto que, según se ha reiterado, sólo tienen derecho a las prestaciones y servicios básicos. En estos términos, resulta una conclusión evidente: los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español tendrán una protección diferenciada –derecho a más o menos prestaciones y servicios- en función de cual sea la Comunidad Autónoma en la que se encuentren.

El funcionamiento de las propias redes de servicios sociales demuestra también la incoherencia de la separación que hace la LOEx entre servicios y prestaciones generales y básicas y servicios específicos. Si, como se ha señalado, existe una relación necesaria entre las actuaciones de uno y otro nivel de atención social, no se explica bien porqué a los extranjeros que se encuentren irregularmente en el territorio de una determinada CCAA se le permite el acceso a ciertas prestaciones y servicios, y se niegue la obtención de otras, en ocasiones, cuando existe una interrelación entre ambas que requieren su aplicación conjunta.

Otra dificultad que se presenta en el sistema actual para determinar el derecho que corresponde a los extranjeros, se produce como consecuencia de la normal organización de los servicios sociales por funciones o competencias y no por prestaciones y servicios (esto es, en la ordenación de los servicios sociales las leyes autonómicas suelen especificar las funciones que competen a los servicios de uno y otro nivel, en lugar de señalar las prestaciones concretas que se incluyen en cada uno de éstos). En estas condiciones, para conocer los derechos que les corresponden a los extranjeros irregulares que se encuentren en España hay que deducir, de ese listado de funciones, las que hayan de materializarse en prestaciones y servicios fácilmente reconocibles o atribuibles a las personas. Ello permite concluir diciendo que, en la mayoría de las CCAA, los extranjeros irregulares pueden acceder a los servicios del primer nivel para: obtener información, orientación y asesoramiento, para que se valore su situación de necesidad, para que se les incluyan en programas que prevengan o traten de poner remedio a las situaciones de exclusión social, así como para poder participar en actuaciones de promoción comunitaria. Por otra parte, respecto al conjunto de prestaciones materiales que se dispensan desde los servicios sociales autonómicos, sólo tendrían derecho a acceder a los servicios de ayuda a domicilio o similares (esto es, los que tratan de favorecer la atención del sujeto en su propio medio), que son los únicos que, en el conjunto de leyes, se sitúan entre las prestaciones y servicios del nivel básico de atención.

Si se quiere mantener esta distribución de los derechos sociales atribuidos a los extranjeros según sea la situación en la que se encuentren en España serían necesarias dos operaciones: por una parte, de homogeneización de la normativa nacional a efectos de conceder unos niveles de protección equivalentes en las distintas partes del territorio. Y, por otra, también sería necesaria una adecuada delimitación de las funciones, programas, prestaciones y servicios que se dispensaran desde ambos niveles de atención, de tal manera que se situara en el primer nivel (y, por ello, se extendiera a

todos los extranjeros) aquellas prestaciones y servicios que fueran realmente básicos, entendido este término en un sentido general, no técnico, como aquellos que sean esenciales para vivir, y se situaran en el segundo nivel sólo las prestaciones y servicios de atención especializada, es decir, aquellos que se dirigen a sectores específicos de la población que, por tener unos problemas singulares, requieran un tratamiento especializado o la disposición de recursos más complejos. En otras palabras, sería conveniente que dentro de los servicios de atención primaria se incluyeran servicios tales como la integración en centros de acogida para personas con graves carencias, comedores sociales, así como prestaciones económicas, de carácter asistencial o mínimo para personas sin recursos para vivir; mientras que, dentro del segundo nivel, se situarían los centros residenciales o cualquier otro equipamiento destinados a dispensar un tratamiento específico.

b) *Protección de las personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad.*

Esta interpretación de lo que debería considerarse como servicios generales o básicos y servicios específicos, parece subyacer en el texto de algunas leyes autonómicas. Como se señaló al principio de este epígrafe, cuando éstas se remiten a la normativa estatal e internacional para fijar las condiciones de acceso de los extranjeros a los servicios sociales, en algunos casos se indica que ello será sin perjuicio de lo que se establezca para las personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad.

Se trata de una opción plausible, que debe extenderse normativamente a todos los territorios autonómicos. Al margen o por encima de lo dispuesto en la Legislación de extranjería, o incluso, haciendo de ésta –del art. 14 LOEx- una interpretación coherente con el sentido común de los términos, ha de decirse que cualquier persona que se encuentre en España, sea cual sea su situación administrativa y, por lo tanto, aunque esté irregularmente en territorio español, ha de tener garantizada una protección mínima, esencial o de subsistencia. En este sentido, garantista pero también restrictivo de la protección que se debe dispensar a cualquier individuo, han de citarse dos preceptos autonómicos que merecen un mayor comentario.

De un lado, la norma dispuesta en el art. 4.3 de la Ley Foral de Servicios Sociales de Navarra, de 2006, que reconoce, en todo caso, a las personas que se encuentren en una situación de urgencia personal e indigencia, familiar o social, el derecho a aquellas prestaciones del sistema que permitan atender dicha situación. Ahora bien, y como continúa señalando el precepto, es necesaria la constatación de tal realidad, correspondiendo a los profesionales de los servicios sociales la valoración de la gravedad, precariedad y perentoriedad de dicha situación. Con estos términos, el legislador navarro extiende a todos los individuos -españoles y extranjeros, regulares e irregulares- una protección básica e inmediata, entendemos, que frente a las situaciones que en las leyes autonómicas se suelen denominar de “*emergencia social*” (esto es, situaciones especialmente graves, de indigencia o sustancial precariedad, que requieren además una respuesta inmediata).

Una segunda norma a destacar la constituye la Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña. Esta Ley contiene una definición acertada de las necesidades a atender y, en relación con las mismas, de los sujetos destinatarios de tales ayudas. Efectivamente, el art. 3.1 de la Ley señala como finalidad de los servicios sociales el

*“asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida mediante la cobertura de sus necesidades personales básicas y de las necesidades sociales, en el marco de la justicia social y del bienestar de las personas”*. Para la aplicación de este derecho, en el apartado 2º se definen las necesidades sociales como aquellas que *“repercuten en la autonomía personal y el apoyo a la dependencia, en una mejor calidad de vida personal, familiar y de grupo, en las relaciones interpersonales y sociales y en el bienestar de la colectividad”*. Las necesidades personales básicas, por su parte, se definen como *“las propias de la subsistencia y la calidad de vida de las personas”*.

En definitiva, y en aplicación de estas definiciones, en el art. 6 de la misma Ley se extienden los servicios sociales a cualquier persona que, sin cumplir las condiciones generales, se encuentren en estado de necesidad personal básica, diciendo incluso que ello se hace *“de acuerdo con lo establecido por la legislación en materia de extranjería”*. De esta redacción parece deducirse que, en opinión del legislador catalán, no se debe identificar los servicios y prestaciones generales o básicos con los ofrecidos por los servicios sociales del primer nivel, y los específicos por el segundo, sino que debe entenderse, en línea con la interpretación que en estas páginas se viene manteniendo, que los servicios básicos, esto es, los que deben reconocerse a todos los extranjeros, incluso a los que se encuentren irregularmente en territorio español, son aquellos que garanticen la cobertura de las necesidades vitales de cualquier persona. Con esta interpretación se evitarían los problemas y contradicciones que, según se ha visto en páginas anteriores, derivan de la atribución a los extranjeros irregulares de las prestaciones y servicios que, en cada ley autonómica, se integran en los servicios sociales del primer nivel.

### **3. LA INTEGRACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN LOS PROGRAMAS AUTONÓMICOS DE LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL.**

En el ámbito de la asistencia social, los órganos de gobierno de las CCAA han venido elaborando, desde finales de los ochenta y a lo largo de toda la década de los noventa, diversos programas de actuación pública que tienen como finalidad común la erradicación de la pobreza, la marginación y la exclusión social (AJA, 2006). Las primeras actuaciones autonómicas en este sentido, en cuanto se dirigían fundamental y prioritariamente a erradicar las situaciones de pobreza encastradas en nuestra sociedad, fueron excesivamente limitadas y se centraron, fundamentalmente, en regular prestaciones económicas de tipo asistencial que pretendían sustituir las rentas de trabajo, al que no tenían acceso determinados colectivos. En este contexto y, por tanto, conectadas directamente con la asistencia social, se enmarcan las denominadas “rentas básicas” o “rentas mínimas de inserción”, implantadas por las distintas CCAA como prestaciones económicas periódicas dirigidas a satisfacer las necesidades básicas de aquellos individuos que se encontraban en una situación de pobreza extrema, entendida ésta como la carencia de medios económicos suficientes para atender las necesidades básicas de la vida.

El objetivo limitado de estas primeras actuaciones determinó, en un primer momento, la marginación de una serie de políticas dirigidas a paliar y prevenir las situaciones de exclusión social, puesto que, partiendo de un planteamiento

reduccionista, se consideraba que la única causa de la marginación era la carencia de rentas. Sobre esta premisa, la mayoría de las CCAA empezaron a reconocer y regular prestaciones económicas de garantía de recursos mínimos, con objeto de que las familias más desfavorecidas radicadas en su territorio pudieran satisfacer las necesidades alimenticias que, tal como prescribe el art. 142 del CC, quedan referidas a todos aquellos bienes y servicios que se consideran indispensables para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica (gastos de parto y embarazo) y educación e instrucción de los menores de edad. El planteamiento privativo que conlleva este enfoque determinará entonces y para el futuro la estructura de esta prestación, que adopta como sujeto beneficiario la unidad familiar y como titular al progenitor responsable de la prestación del deber de alimentos. Siendo una obligación privada que sólo en caso de imposibilidad y con carácter transitorio asume la Administración Autónoma, debía existir una contraprestación por parte del principal beneficiario, esto es, el obligado a prestar la obligación de alimento, y que en la mayoría de los supuestos consistía, con mayor o menor vinculación al recibo de la prestación económica, en la disponibilidad para realizar cualquier tipo de trabajo que pudiera surgir.

La evolución posterior del sistema económico y, muy especialmente, sus repercusiones sobre los mercados de trabajo, pondrían en evidencia que el fenómeno de marginación social es algo más complejo que la mera carencia de rentas, que presenta un carácter multidimensional que impide a la persona ejercer la mayoría de los derechos sociales que le corresponden como ciudadano (educación, formación, cultura, salud, vivienda, protección social y trabajo) y que, a pesar de que su característica más visible es la carencia de rentas, puede tener su origen en otras causas distintas. En consonancia con esta idea se empieza a considerar que si las políticas públicas pretenden erradicar los fenómenos de marginación social deben ir más allá de la simple dotación de una renta mínima para satisfacer las necesidades materiales básicas. Esta es la razón de que las modificaciones que se han ido produciendo en este conjunto de iniciativas autonómicas, que en muchos casos han pasado de ser simples regulaciones reglamentarias a erigirse como auténticas leyes con reconocimiento de derechos subjetivos para los ciudadanos, se hayan centrado en desarrollar un segundo nivel de intervención pública destinado a consolidar auténticas redes de integración social de los colectivos excluidos, potenciando la actuación de estos instrumentos, en los primeros años muy deficitaria, y extendiendo su ámbito de aplicación a todas las personas en situación de exclusión, independientemente de las causas que hayan dado lugar a ésta sean o no de naturaleza económica.

### **3.1. Características comunes de los Programas de Inserción Social.**

En los programas de rentas mínimas promulgados durante los últimos años los legisladores autonómicos coinciden en destacar que, a pesar del desarrollo experimentado por la sociedad española, perviven situaciones de pobreza y marginación que bien pueden derivar de las causas tradicionales o de otras con perfiles distintos. Concretamente, se entiende que la marginación social no tiene sólo una raíz económica, sino que también deriva de otros factores como la vivienda, la salud, la formación, la educación, el empleo o, incluso, la participación en carencias o conflictos personales o familiares. En cualquier caso, se considera que se hallan en situación de pobreza y marginación todas las personas, familias o grupos cuyos recursos materiales,

culturales y sociales son tan precarios que quedan excluidos de formas de vida mínimamente aceptables. Por ello, se dice, para actuar frente a tales situaciones debe ponerse en práctica un conjunto de medidas sectoriales, que tengan en cuenta los factores presentes en cada situación, que posean efectos no solamente paliativos, sino también educativos y preventivos, y que conduzcan a la integración social de los individuos.

Desde esta nueva perspectiva, que incide en designar la pobreza y la marginación como fenómenos distintos (aunque íntimamente relacionados en cuanto tienen su origen en la falta de participación del individuo en el sistema productivo), la evolución sufrida por las distintas normas autonómicas acoge, siguiendo el modelo francés (Ley 88/1088, de 1 de diciembre sobre el *Revenu Minimum d'Insertion*, modificada posteriormente por las Leyes 92/722, de 22 de julio y 2003/1200, de 18 de diciembre), los dos objetivos fundamentales de las políticas públicas de inserción: por un lado, garantizar unos ingresos mínimos a la ciudadanía sin recursos o con recursos insuficientes (dimensión económica); por otro, integrar en todos los ámbitos de la sociedad a los colectivos que se encuentran en situación de exclusión o marginación social (dimensión social). Efectivamente, la mayoría de los programas vigentes en nuestro ordenamiento, en consonancia con este doble objeto, contemplan dos tipos de medidas: prestaciones económicas para situaciones de urgencia o de necesidad económica y acciones de apoyo que favorezcan la inserción social y laboral de los individuos (programas individualizados de inserción canalizados por los servicios sociales y los servicios públicos de empleo). La vinculación que pudiera existir entre ambos tipos de prestaciones, diferente en cada Comunidad Autónoma, se ha desarrollado considerablemente en los últimos años al impulso de la evolución del sistema económico, del mercado de trabajo y de la propia noción de marginación, llegando a alcanzar un grado de interdependencia significativa que, como veremos enseguida, puede constituir un obstáculo para el acceso a este tipo de prestaciones de los extranjeros en situación de irregularidad.

En cuanto a la relación que guardan este tipo de prestaciones con el sistema de protección social articulado por el Estado, las normas autonómicas insisten en señalar el carácter subsidiario y complementario de las distintas ayudas que contemplan, de forma que, con objeto de no sustituir la acción prestacional del Estado, su concesión se circunscribe a las personas que, careciendo de los ingresos mínimos necesarios para vivir, no tienen derecho a prestaciones del régimen público de protección social o, aun teniéndolo, reciben una cuantía insuficiente para hacer frente a sus necesidades vitales. En estas circunstancias, y siempre que los posibles beneficiarios hayan solicitado con carácter previo las prestaciones estatales, las ayudas autonómicas se conceden de forma complementaria, por lo que, en caso de existir prestación estatal, la cuantía otorgada solo cubrirá la diferencia monetaria entre la cuantía de la prestación y los ingresos reales computados mensualmente, estableciendo, en todo caso, un porcentaje o cuantía mínima que varía en cada una de las CCAA (así, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha la cuantía final que se perciba como prestación no puede ser inferior al 10% del SMI o, en el caso de la Comunidad Cantabria, donde no podrá serlo al 25% del IPREM. En otros supuestos, en cambio, se establecen cuantías fijas: en Canarias, por ejemplo, un mínimo mensual de 120 euros. Información más detallada sobre este aspecto en Anexo II).

Además de estas características, de la regulación autonómica se deducen otras igualmente significativas, tales como su configuración como un derecho prestacional público, reconocido en normas con rango legal, lo que confiere a sus titulares mayores garantías jurídicas; el carácter personalizado de la protección, en el que se dispensan las prestaciones más adecuadas en función de las características individuales de cada beneficiario (en ocasiones, con un contenido negociado y consensuado entre las partes implicadas); la atención prioritaria de quienes tienen mayores dificultades para su integración; y, por último, la realización de un tratamiento integral de las situaciones de exclusión, capaz de atender las distintas vertientes o los diversos problemas a los que debe enfrentarse cada individuo. De hecho, la mayoría de estas normas consideran fundamental que las personas en situación de exclusión contribuyan a superar su situación realizando actividades que fomenten su reinserción, siendo recomendable no sólo la inserción social (recuperación de la autoestima, la autonomía personal y la consideración del entorno familiar), sino también la inserción laboral.

Señalados los objetivos generales de tales programas, y delimitadas sus características comunes, procede ya entrar en el análisis singularizado de lo que constituye el objeto de este estudio, esto es, el eventual derecho a recibir estas medidas de atención social por parte de los extranjeros que se encuentren en España. Con este fin vamos a analizar las disposiciones que, en la regulación vigente de los distintos programas autonómicos, concreten las condiciones que deben reunir los individuos o las comunidades en las que se integren para ser beneficiarios de las diversas prestaciones o ayudas.

### **3.2. El ámbito subjetivo de las Políticas de Inserción Social.**

El acceso a las distintas prestaciones reconocidas por las CCAA suele regirse por una serie de criterios regulados de forma más o menos uniforme en todas las disposiciones existentes. Estos requisitos hacen referencia, sobre todo, a que el beneficiario se encuentre incluido en una determinada franja de edad (debe tratarse de personas que se encuentren entre los 25 y los 65 años, con algunas excepciones dirigidas a incluir a personas que se encuentren fuera de esta franja, bien por tener a su cargo menores o incapacitados, bien por padecer una discapacidad superior al 33% e inferior al 65%), a la carencia de recursos económicos suficientes para satisfacer las necesidades básicas de la vida (lo que se suele identificar con tener unos ingresos inferiores a la cuantía anual de la prestación económica básica) y, finalmente, a la existencia de una unidad de convivencia independiente, constituida con una antelación mínima a la presentación de la solicitud que, con carácter general, suele abarcar desde los seis hasta los doce meses.

La diversidad entre las distintas regulaciones comienza a la hora de establecer los requisitos que permiten el acceso a los extranjeros no comunitarios, especialmente por lo que se refiere a las prestaciones económicas. No obstante, antes de entrar a analizar el ámbito subjetivo de estos Programas, hemos de advertir que, a pesar de que la mayoría de las CCAA exigen requisitos comunes para reconocer las distintas prestaciones, bien a través de una regulación conjunta o de una regulación independiente, se ha optado por hacer un tratamiento separado en función del tipo de prestación, y ello no sólo porque algunas regulaciones autonómicas experimentan

cierta relajación en sus requisitos a la hora de reconocer el derecho a los servicios de inserción, sino porque, desde nuestro punto de vista, debe existir un cierto grado de independencia entre las prestaciones económicas y las prestaciones de inserción con objeto de que se puedan en tener en cuenta las peculiaridades de cada uno de los colectivos afectados por las situaciones de exclusión social.

### **3.2.1. La prestación económica de garantía de recursos mínimos.**

Como ya se ha tenido ocasión de adelantar, la generalidad de los Programas existentes en el ámbito autonómico para erradicar y prevenir las situaciones de exclusión social contienen una prestación económica básica, de pago periódico, devengo mensual y carácter temporal, dirigida a satisfacer las necesidades vitales del individuo. Y es precisamente en el acceso a esta prestación por parte de los extranjeros no comunitarios donde encuentra una variedad inusitada de regulaciones que, a efectos expositivos, se pueden sintetizar en varios grupos: aquellas que exigen el empadronamiento de los sujetos beneficiarios (o, de forma alternativa, la residencia ininterrumpida por un determinado tiempo) y aquellas otras que exigen, junto al empadronamiento, períodos adicionales de tiempo de residencia más o menos prolongados.

En el primer grupo se incluirían aquellas CCAA que requieren, como requisito fundamental, el empadronamiento de los beneficiarios, si bien, en la mayoría de los supuestos, se suele exigir por un período determinado de tiempo que debe ser anterior a la solicitud. El supuesto más claro de simple empadronamiento, sin necesidad de un periodo de residencia adicional, es el caso de Andalucía (art. 2 del Decreto 2/1999, de 12 de enero), si bien en este caso se veda a los extranjeros no comunitarios la posibilidad de constituir unidades unipersonales, puesto que para ello es necesario que la persona, mayor de 25 años y que viva sola, sea ciudadano de la Unión Europea (art. 3 del Decreto 2/1999, de 12 de enero). Es común que, de forma alternativa al empadronamiento, se exija acreditación de residencia efectiva y continuada por el mismo tiempo. Así ocurre, por ejemplo, con el Principado de Asturias que requiere un período mínimo e ininterrumpido de residencia de dos años (arts. 9 y 10 de la Ley 4/2005, de 28 de octubre), o con la Comunidad Autónoma de Extremadura, que permite sustituir el empadronamiento por cualquier otro medio de prueba que acredite fehacientemente la residencia en la Comunidad durante el año anterior a la presentación de la solicitud [art. 4.2 ap. a) Decreto 28/1999, de 23 de Febrero]. Algo más concisa, en cuanto se refiere al concepto de residencia legal, se presenta la regulación de la Comunidad Autónoma del País Vasco que, de forma alternativa al empadronamiento por período de un año, exige a los extranjeros no comunitarios acreditar un total de tres años de residencia legal, de los cuales doce meses han de ser inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud (art. 18. ap. b. Ley 12/1998, de 22 de Mayo, y art. 3.2 Decreto 198/1999, de 20 de abril).

En un segundo grupo se podrían ubicar aquellas autonomías que contemplan ambos requisitos de forma acumulativa, por ejemplo las Comunidades de Aragón o Baleares, que al período de empadronamiento adicionan la residencia efectiva por un período normalmente inferior, en estos casos de un año (art. 6 Decreto 117/2001, de 28 de septiembre, de la Comunidad de las Islas Baleares), o, como en el caso de Castilla la

Mancha, que exige tanto la residencia efectiva y continuada como empadronamiento por el mismo período, los dos años inmediatamente anteriores (art. 53 ap. a de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha). No faltan supuestos en los que el período de residencia efectiva es superior al requerido para el empadronamiento. Acogiendo esta modalidad, la Comunidad Autónoma de Canarias exige empadronamiento previo por seis meses y residencia ininterrumpida durante los tres años anteriores a la fecha de solicitud, extendiendo estas exigencias a todos los miembros de la unidad de convivencia (art. 7 Ley 1/2007, de 17 de enero de la Comunidad Autónoma Canaria) y la de Cantabria requiere empadronamiento (sin referencia a plazo) y residencia efectiva en los 12 meses anteriores a la presentación de la solicitud ( art. 28 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales).

La singularidad que presentan las regulaciones mencionadas es que, aun acogiendo como requisito fundamental la residencia de los posibles beneficiarios, no hacen referencia expresa al concepto de residencia legal, como sucede en otras CCAA, lo que puede llevar a incurrir en ciertas confusiones si se parte de una interpretación más laxa del concepto de residencia. A estos efectos, se ha de advertir que, dado que el de residencia es un concepto eminentemente jurídico, definido específicamente en el caso de los inmigrantes no comunitarios en la legislación aplicable, se ha de entender que reúnen ese requisito “los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”, ya se trate de residencia temporal o permanente (arts. 30 bis y ss. de la LOEx. y arts. 33 y ss. del RELOEX).

De hecho, son precisamente las regulaciones de estas CCAA las que exigen, a efectos de obtener y mantener el derecho a la prestación económica, que los sujetos se inscriban como demandantes de empleo (circunstancia que no puede producirse si el extranjero se encuentra en situación de irregularidad o en aquellos casos en que, a pesar de ser residente, no esté autorizado para desempeñar una prestación de servicios en nuestro país), y las que claramente especifican en sus respectivos desarrollos reglamentarios que la solicitud debe ir acompañada, en el casos de los extranjeros, de la documentación que acredite su residencia legal en el territorio de la Comunidad Autónoma o bien su condición de refugiado, solicitud de asilo o la autorización de permanencia en España por razones humanitarias o de interés social ( art. 11 Decreto 136/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Canaria de Inserción).

Por último, hay que incluir en este segundo grupo aquellas CCAA que, sin ninguna ambivalencia, exigen la residencia legal de los beneficiarios por períodos de tiempo más o menos prolongados. Aquí se ubicaría la Comunidad Autónoma de Madrid, puesto que, además de referirse a la residencia legal en la Comunidad (art. 2 Ley 15/2001, de 27 de diciembre), termina vinculando esta exigencia con la necesidad de estar empadronado en cualquier municipio de su territorio y haber residido efectivamente en él con un año de antelación a la presentación de la solicitud [art. 6 1.a) Ley 15/2001, de 27 de diciembre]. La acumulación de ambos requisitos provoca una peligrosa confusión que podría llevar a considerar que el empadronamiento de los extranjeros, que se perfila como el requisito fundamental a efectos de acceder a las prestaciones y a los servicios sociales, requiere tarjeta de residencia, lo que no resulta muy conforme con la consideración autónoma e independiente que caracteriza a ambas situaciones administrativas.

Más clara, a estos efectos, es la normativa en la Comunidad de Murcia (art. 7 de la Ley 3/2007, de 16 de marzo), que exige no sólo la situación de residencia legal en territorio español sino la necesidad de haber permanecido en esa situación por un período no inferior a cinco años y, de forma adicional, esto es, como segundo requisito, estar empadronado en algunos de los municipios de la Comunidad con un año de antelación a la presentación de la solicitud. En otros supuestos, como el caso de Cataluña o Galicia, a la residencia legal se añade el requisito de empadronamiento previo (sin aludir a plazo alguno en el primer caso) y residencia efectiva y continuada por el plazo de un año, período que también se requiere del empadronamiento en el caso de Galicia (art. 7 de la Ley 9/1991, de 2 de octubre, aunque el plazo resulta ampliado a cinco años por el art. 2 del Decreto 374/1991, de 24 de octubre). En la misma línea se sitúan la Comunidad Valenciana, que, tras establecer como requisito fundamental la nacionalidad española o de cualquier otro Estado miembro de la Comunidad Europea, exige a los extranjeros no comunitarios la residencia legal en dicha Comunidad (sin especificar período alguno) y el empadronamiento en algún municipio, al menos durante 24 meses interrumpidos e inmediatamente anteriores a la solicitud (art. 12 de la Ley 9/2007, de 12 de marzo), o las Comunidades Autónomas de la Rioja o de Castilla y León, que requieren la residencia legal de los extranjeros no comunitarios y un período de empadronamiento de, al menos, un año (art. 6 del Decreto 24/2001, de 20 de abril, sobre Prestaciones de Inserción Social de la Rioja, y art. 6 del Decreto 126/2004, de 30 de diciembre, de la Comunidad de Castilla y León).

Al margen de estos requisitos, no se suele hacer mención expresa a la situación de los extranjeros no comunitarios en el acceso a estas prestaciones, circunstancia que va a tener mayor o menor relevancia dependiendo de que se trate de Comunidades Autónomas con régimen flexible (centradas en el empadronamiento) o riguroso (con exigencia adicional de residencia legal). Las posibles exoneraciones en el cumplimiento de los requisitos que se puedan articular por esta vía sólo van a ser analizadas en el ámbito de las CCAA que exigen la residencia legal y ello porque sólo en estos casos la regulación puede tener trascendencia a efectos de proteger al colectivo que se presenta mayor vulnerabilidad: los extranjeros no comunitarios en situación de irregularidad.

Desde esta perspectiva, una vez establecida la obligación de residencia legal para que los extranjeros puedan acceder a la prestación, se suelen regular determinadas excepciones que, o bien se refieren a colectivos de extranjeros determinados (refugiados y exiliados fundamentalmente), o bien, con carácter general, se refieren a personas que se encuentran en situaciones de extrema necesidad o de pobreza severa. La cuestión va a estar, sobre todo en el segundo caso, en que la regulación, desarrollo y concreción de estos supuestos se remite a la vía reglamentaria y que, en caso de que esta concreción se produzca, se utilizan criterios de definición que no resultan adecuados para determinar las situaciones de necesidad que generan el derecho a la prestación.

Así, por ejemplo, la Comunidad de Madrid permite el acceso a la prestación, aun sin cumplir los requisitos reseñados, a las unidades de convivencia en las que concurren circunstancias que las coloquen en situación de extrema necesidad. La regulación reglamentaria entiende que existe extrema necesidad en los casos en que se produce una situación de malos tratos y se haya interpuesto la consiguiente denuncia, o en aquellos otros en los que se trate de personas con graves problemas de exclusión que convivan con una familiar que no sea del primer grado de parentesco, o, finalmente, el hecho de encontrarse en situación de extrema necesidad socioeconómica sobrevenida. Resulta

bastante obvio que los criterios utilizados, además de resultar poco adecuados para definir la situación de extrema necesidad, no precisan suficientemente cuándo se produce esta circunstancia, por lo que más que a concretar la situación que debe generar el acceso a la prestación se dirige a restringir considerablemente el ámbito subjetivo de los posibles beneficiarios.

En otros casos ni siquiera se produce este intento de concreción reglamentaria o, si se produce, la situación de pobreza severa se aplica para justificar la relajación en el cumplimiento de requisitos distintos a la exigencia de residencia legal (Art. 4 Decreto 339/2006, de 5 de septiembre por el que se desarrolla la Renta Mínima de Inserción en la Comunidad de Cataluña). Lógicamente, la indeterminación de este tipo de regulaciones aumenta la discrecionalidad a la hora de conceder las prestaciones, circunstancia que no va a favorecer precisamente su obtención por parte de la población extranjera en situación de irregularidad.

Por tanto, el problema adicional que presenta la normativa de estas CCAA es que no se han regulado (o se ha hecho de forma inadecuada) los supuestos de urgente necesidad o las situaciones de emergencia social. Esta falta de regulación, que también es predicable de aquellas Comunidades que han quedado clasificadas como de régimen flexible (aluden a un reconocido estado de necesidad o a situaciones de emergencia social el art. 7 ap. a y b de la Ley 4/2005, de 28 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Asturias, y el art. 5.2 del Decreto Foral 120/1999, de 19 de abril, de la Comunidad Autónoma Navarra), no puede solventarse considerando equivalentes las distintas regulaciones que establecen ayudas extraordinarias para satisfacer necesidades puntuales (comúnmente denominadas “*ayudas de emergencia social*”), pues, además de no responder a los parámetros destacados, vuelven a exigir, como se verá posteriormente, requisitos de residencia efectiva y continuada, incumpliendo con ello los rasgos de excepcionalidad que se pregonan en las distintas normas legales.

En consecuencia, y por lo que se refiere a los requisitos genéricos, se puede afirmar que el derecho de los extranjeros no comunitarios a acceder a los ingresos mínimos o rentas básicas no se reconoce de una manera uniforme por la legislación de las Comunidades Autónomas, ni siquiera en aquellos casos, el de los extranjeros en situación de regularidad, en los que se detecta un reconocimiento generalizado de este tipo de prestaciones. Efectivamente, el análisis de los requisitos expuestos pone de manifiesto que, si bien el colectivo de extranjeros regulares tienen reconocido el derecho a estas prestaciones siempre que cumplan el resto de requisitos, lo cierto es que se les exige distintos períodos de residencia y de empadronamiento que pueden ocasionar divergencias importante en el acceso a este tipo de prestaciones dependiendo del territorio en el que se encuentren.

Adicionalmente también habría que tener en cuenta que, si atendemos al concepto de residencia que marca la legislación específica, no todos los extranjeros en situación de regularidad tendrían derecho a este tipo de prestaciones, dado que sólo se podría considerar residentes a aquellos extranjeros extracomunitarios que han obtenido una autorización de residencia (permanente o temporal), quedando por tanto fuera de la regulación el resto de situaciones de regularidad que no implican residencia (situaciones de tránsito, estancia, búsqueda de empleo, autorizaciones para trabajos de temporada y visados por estudios).

Más acusadas son las diferencias que afectan al colectivo de inmigrantes en situación de irregularidad, puesto que sólo podrán acceder a las prestaciones económicas básicas en aquellas CCAA que centran sus exigencias en el empadronamiento, bien como único requisito, bien como requisito alternativo a la residencia efectiva. En consecuencia, de conformidad con la regulación actual en la materia, sólo las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Extremadura y el País Vasco permiten con carácter general que este colectivo acceda a las prestaciones económicas básicas. No obstante, hay que advertir que de forma no muy coherente con la fijación de estos requisitos, en algunas de las Comunidades mencionadas se exige que el solicitante este inscrito como demandante de empleo, lo que constituye un serio obstáculo para que el colectivo de extranjeros no residentes acceda a las prestaciones (art. 17.3 Decreto 28/1999, de 23 de febrero, de la Comunidad de Extremadura).

Siendo éste el panorama general, la principal cuestión que hay que resolver es si este conjunto de regulaciones son conformes con los derechos reconocidos en la LOEx. Como ya se ha mencionado, la regulación legal estatal (14.2 y 3 de la LOEx) establece un régimen jurídico diferenciado dependiendo de la situación administrativa en la que se encuentren los extranjeros no comunitarios. Así, siempre que se trate de un residente, y por tanto en situación de regularidad, tendrá derecho a acceder, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, a la generalidad de los servicios y prestaciones sociales, independientemente de su carácter básico o específico. En cambio, el resto de extranjeros, independientemente de la situación administrativa que ostenten (ya se ha comentado que hay situaciones de regularidad que no coinciden con la de residentes), tienen reconocido el derecho a acceder a los servicios y prestaciones sociales básicas.

Pues bien, de conformidad con la concepción que se ha adoptado anteriormente respecto de servicios y prestaciones sociales básicas, entendidos como aquellos que resultan esenciales para vivir, hay que considerar necesariamente que, efectivamente, las prestaciones económicas de garantía de recursos mínimos tienen el carácter de prestaciones sociales básicas, por lo que resultan cuanto menos dudosas desde el punto de vista jurídico aquellas regulaciones que se ciñen a reconocer el acceso a estas prestaciones sólo a los extranjeros no comunitarios con autorización de residencia. En consecuencia, sólo en las CCAA destacadas, la regulación del ámbito subjetivo de este tipo de prestaciones se muestra acorde con la línea marcada por el art. 14 de la LOEx, en cuanto viene a considerar que los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas; esto, por otro lado, no impide que se establezca como requisito un tiempo de permanencia efectiva en el territorio de la Comunidad Autónoma (empadronamiento) que es, en definitiva, la que otorga la prestación.

### **3.2.2. Otras prestaciones económicas: Las ayudas de emergencia social.**

De forma adicional a las prestaciones de garantía de recursos mínimos, algunas regulaciones autonómicas reconocen otras prestaciones económicas de carácter extraordinario y de pago único, comúnmente denominadas “*ayudas de emergencia social*”. Se trata de prestaciones económicas no periódicas destinadas a subvencionar

gastos específicos (normalmente, de carácter extraordinario) que resulten necesarios para prevenir, evitar o paliar situaciones de marginación social. Con carácter general, las situaciones de emergencia social protegidas por estas disposiciones hacen referencia a aquellos casos en que las personas o unidades familiares necesitan ayudas económicas extraordinarias para satisfacer necesidades transitorias y previsiblemente irrepetibles relacionadas con su situación de exclusión social.

No obstante, las necesidades cubiertas por este tipo de ayudas son de lo más variadas. Se consideran que tienen este carácter las necesidades relativas al uso y mantenimiento de la vivienda habitual con objeto de que resulte habitable, la satisfacción de necesidades primarias del individuo o de los integrantes de la unidad familiar (contempla únicamente esta finalidad, art. 52 del Decreto 24/2001, de 20 de abril, de Prestaciones de Inserción Social de la Rioja), los gastos realizados en concepto de alojamiento cuando se realizan con la finalidad de cuidar adecuadamente a personas con necesidades especiales (mayores, discapacitados, menores procedentes de situación de desamparo, familias monoparentales, inmigrantes y refugiados, víctimas de malos tratos, personas sin techo o familiares de población reclusa), gastos de asistencia sanitaria no cubiertos por los Servicios Públicos de Salud u otros gastos de la misma índole (art. 8 del Decreto 28/1999, de 23 de febrero, de la Comunidad de Extremadura; art. 3 del Decreto 375/1991, de 24 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Galicia; art. 39 del Ley 2/2007, de 27 de marzo, de la Comunidad de Cantabria).

Algunas CCAA contemplan, junto a las anteriores, la financiación de los gastos necesarios para la habitabilidad y equipamiento básico de la vivienda habitual (mobiliario, electrodomésticos, adaptación y reparación de vivienda, instalaciones básicas) o gastos de endeudamiento previo (Decreto 199/1999, de 20 de abril, de la Comunidad Autónoma del País Vasco). Otras añaden los gastos relacionados con la adquisición y mantenimiento de la vivienda habitual, como los generados por la formalización de escrituras, anotaciones registrales, contratos de arrendamiento, deudas de arrendamiento, deudas en el suministro de los servicios de agua, luz, saneamiento, contribución, e incluso, los gastos generados por reparaciones de los útiles de trabajo habitual o deudas con la seguridad social que impidan la percepción de prestaciones a medio o largo plazo (Resolución 3422/2005, de 9 de agosto de la Comunidad Foral de Navarra); finalmente, otras incluyen las ayudas dirigidas a cubrir situaciones de emergencia por razones humanitarias o de fuerza mayor (art. 9 Decreto 179/2002, de 17 de diciembre, de Castilla la Mancha).

En cuanto a los requisitos, suelen contemplarse los mismos que para las prestaciones de garantía de recursos mínimos, si bien ahora se suprime la franja de edad, reconociéndose a todas las personas mayores de 18 años o mayores de 16 que estén emancipados y, en algunos casos, se flexibilizan los referidos específicamente a la residencia, exigiéndose el empadronamiento por un periodo de antelación inferior al exigido para la prestación ordinaria y al nivel mínimo de renta con la que puede contar el beneficiario. A estos efectos, las pocas regulaciones que las contemplan son completamente diversas. Así por ejemplo, el art. 8 del Decreto 199/1999, de 20 de abril, del País Vasco exige el empadronamiento con una antelación de seis meses, mientras que el art. 4.2 de la Resolución 3422/2005, de 9 de agosto, de la Comunidad Foral de Navarra, mantiene la exigencia de residencia efectiva y continuada por un periodo de dos años, volviendo a eximir del cumplimiento de estos requisitos a quienes acrediten la concurrencia de causas graves o urgente necesidad que puedan dan lugar a

daños irreparables. Por una flexibilización de los requisitos optan la Comunidad de Galicia, al exigir empadronamiento y residencia sin alusión a plazo alguno (el art. 43 de la Ley 9/1991, de 2 de octubre), o la Comunidad de Castilla La Mancha, que reduce el periodo de residencia al año anterior a la presentación de la solicitud y prevé una futura regulación reglamentaria donde se exceptúen estos requisitos para las situaciones de carácter humanitario y de fuerza mayor (art. 66 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo). Sólo en la Comunidad Autónoma de Cataluña (arts. 4 y 30 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de Prestaciones Sociales de carácter económico) se encuentra el reconocimiento expreso de estas ayudas para aquellas personas que vivan o se encuentren en cualquier municipio de la Comunidad, mencionando especialmente a los transeúntes y personas sin techo.

Es fácil detectar que el problema de este tipo de ayudas sigue siendo el mismo que se ponía de manifiesto respecto de los prestaciones económicas de garantía de recursos mínimos, esto es, que con carácter general se exige la residencia y sólo, excepcionalmente, el empadronamiento. De nuevo se suelen exceptuar estos requisitos para las situaciones de extrema necesidad, situación que, una vez más, queda remitida a futuras regulaciones reglamentarias que no se han producido. La regulación provoca que se reanude la situación de indeterminación en la que encuentra el colectivo de extranjeros extracomunitarios no residentes legales, situación en la que lo único que queda claro, es que de permitirse su acceso, la concesión de este tipo de prestaciones se hará con plena discrecionalidad.

Adicionalmente cabría preguntarse, sobre todo en aquellos casos en que este tipo de ayudas se destina a satisfacer las necesidades primarias del individuo, el sentido que tiene regular prestaciones económicas mínimas para situaciones de necesidad económica, estableciendo unos determinados requisitos subjetivos (empadronamiento y residencia) para después exceptuarlos en situaciones de emergencia social. Quizá fuese mucho más razonable, dado que se está en el terreno de la asistencia social de carácter básico, que la situación de necesidad o emergencia social se utilice como referencia no sólo para determinar la procedencia de estas ayudas extraordinarias sino como punto de partida para reconocer la prestación ordinaria de ingreso mínimo. A estos efectos habría que señalar la coherencia que presenta el Decreto 28/1999, de 23 de febrero, de la Comunidad de Extremadura, donde se regulan una serie de prestaciones para la generalidad de las personas, se trate de nacionales o extranjeros, estableciendo como presupuesto básico para reconocer las distintas prestaciones encontrarse en esa situación de emergencia social. La situación de emergencia social se define como una situación de extrema gravedad económica, que resulta entendida cuando la persona o la unidad familiar disponen de unos ingresos mensuales inferiores al 75% SMI, incrementado en el 8% por cada miembro de la unidad familiar. Para paliar la exclusión de los colectivos que se encuentran en esta situación, además de las ayudas extraordinarias mencionadas, la normativa recoge una prestación económica de pago periódico y devengo mensual a la que tienen derecho las personas y familias que se encuentren en estado de grave necesidad y siempre que no puedan acceder a los Programas de Inserción Laboral, que es el tercer nivel de intervención.

### **3.2.3. Las prestaciones de apoyo a la Inserción Social.**

Junto a las prestaciones económicas de garantía de recursos mínimos, la totalidad de las regulaciones autonómicas contemplan, con mayor o menor amplitud, medidas de apoyo para la inserción socio-laboral de las personas afectadas por situaciones de exclusión social (GONZALEZ ORTEGA, 2003: 235). Como ya se ha adelantado, es en este ámbito, especialmente en la noción de inserción y en la mejora cualitativa y cuantitativa de este tipo de prestaciones, donde han incidido las más recientes reformas de la normativa autonómica. Así, si en las regulaciones establecidas en la normas de la primera generación, estas medidas (o, más bien, el germen de este tipo de medidas) se preveían única y exclusivamente para los titulares de las prestaciones económicas básicas (art. 6 y 9 de la Ley 10/1997, de 3 de julio, de Renta Mínima de Inserción de Cataluña), las regulaciones actuales extiende su ámbito de aplicación a todos los integrantes de la unidad económica de convivencia y a aquellas otras personas que, sin beneficiarse de la renta mínima de inserción, requieran, a juicio de los servicios sociales, acceder a ellas para evitar o salir de una situación de exclusión social (especialmente, Decreto 24/2001, de 20 de abril, por el que se regulan las Prestaciones de Inserción Social en la Comunidad Autónoma de la Rioja).

La inserción social de las personas en situación de exclusión se concibe desde una perspectiva individual y transversal, y ello exige que el conjunto de prestaciones que se reconozcan a cada individuo o unidad familiar realicen un tratamiento integral, individual y contextualizado de todas las causas que inciden u obstaculizan el proceso de inserción. Desde esta perspectiva, se huye del establecimiento de medidas genéricas susceptibles de una aplicación generalizada, que fue lo que caracterizó las primeras actuaciones en este sentido, para centrarse en las necesidades concretas de cada situación de exclusión, lo que obviamente requiere un análisis y diagnóstico de cada caso concreto con objeto de identificar las medidas más apropiadas para propiciar la integración. En consonancia con esta idea, la principal manifestación de las prestaciones de inserción son los denominados Programas Individuales de Inserción o Itinerarios de Inserción, que integran un conjunto de acciones, establecidas por los servicios básicos de atención social primaria (los más cercanos al ciudadano) para evitar los procesos de exclusión y favorecer la integración social.

Obviamente, el hecho de beneficiarse de las prestaciones económicas que se prevén en los distintos Programas, especialmente en su modalidad de prestación económica de garantía de recursos mínimos (por tanto, no en el caso de las prestaciones por razones de emergencia social), conlleva la obligación de participar activamente en la ejecución de las medidas que se contengan en el Programa Individual de Inserción, así como el cumplimiento de una serie de obligaciones relacionadas con la inserción de otros miembros de la unidad de convivencia. Es común, por ejemplo, que se contemple la obligación de escolarizar a los menores que integran la unidad familiar o que se observe la prohibición de mendigar respecto de todos sus miembros.

No obstante, y sin perjuicio de realizar posteriormente algún comentario sobre las obligaciones de los beneficiarios vinculadas a la inserción laboral, dentro de los Programas de Inserción pueden adoptarse medidas muy variadas, siempre que se haga en función de las circunstancias personales y del contexto en que tiene que desenvolverse los sujetos excluidos. Con carácter general, se suelen prever medidas de seguimiento y evaluación de la situación de cada uno de los beneficiarios, participación

en programas de los servicios sociales o de los servicios de empleo, participación en acciones de formación, promoción o reconversión profesional, acceso a los servicios sanitarios, a la educación y a la formación ocupacional, participación en proyectos de integración, acciones que posibiliten el acceso a un puesto de trabajo por cuenta ajena o en régimen de autoempleo, etc.

Pero sobre todo, y dado que las situaciones de exclusión social vienen determinadas, al margen del componente objetivo que supone la carencia de bienes materiales, por una actitud subjetiva caracterizada por la pasividad, la ausencia de autoestima, la falta de formación e información y la dificultad para salir de esta situación, serán las medidas de apoyo a la integración social las que permitan adoptar al sujeto beneficiario una actitud de participación activa en la vida social, tratando de inculcarle que es un elemento necesario en éste entramado social y no un sujeto que depende económica y socialmente de él. Sólo una vez que se ha trabajado este primer objetivo (apoyo psicológico para trabajar la motivación y estabilidad personal y superar carencias personales y familiares, información y orientación para utilizar los servicios que prestan las administraciones públicas u otras entidades, potenciar la adquisición y desarrollo de hábitos para la adquisición de conocimientos educativos y formativos, fomentar la colaboración cívica y la participación en organizaciones de voluntariado con actuación en distintos ámbitos) es posible iniciar un tratamiento más conciso y definitivo de las situaciones de exclusión social a través de las medidas de inserción profesional o laboral. En definitiva, es necesario tener en cuenta que el tratamiento de las situaciones de exclusión social requiere de un proceso complejo y dilatado que, en la mayoría de los supuestos, se habrá de estructurar en varias etapas, aplicando en cada una de ellas el conjunto de medidas que requiera las necesidades del sujeto, y esta circunstancia, que es fundamental para la integración de los inmigrantes no comunitarios, sólo excepcionalmente se encuentra reflejada en la normativa autonómica.

El análisis de las prestaciones y servicios de inserción contenidos en los distintos Programas que se viene analizando pone de manifiesto una gran variedad de prestaciones de esta naturaleza sin que, en la mayoría de los casos, respondan a un orden sistemático previamente definido respecto de lo que ha de ser un proceso de inserción. A estos efectos es de destacar la parquedad que presentan las regulaciones más antiguas y la relativa coherencia y riqueza de aquellas que se han producido o modificado en los últimos años, destacando un aspecto común: la preponderancia que se les otorga a las medidas de inserción laboral y su todavía férrea vinculación a las prestaciones económicas básicas o de ingresos mínimos (en este sentido, es significativo el Decreto 24/2001, de 20 de abril, sobre Prestaciones de Inserción Social de la Rioja). Esta circunstancia constituye, como se verá ahora, un serio obstáculo a la inserción social del colectivo de extranjeros no comunitarios, sobre todo de aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, y ello independientemente de que la normativa autonómica en virtud del criterio de empadronamiento les facilite el acceso a estos servicios.

Efectivamente, el ámbito subjetivo de las prestaciones o servicios de inserción es muy similar al que se ha visto anteriormente respecto de las prestaciones económicas de garantía de recursos mínimos. Constituyen, por tanto, mayoría las CCAA que restringen el acceso a los extranjeros no comunitarios residentes en España, exigiendo requisitos comunes para el disfrute de las distintas prestaciones incluidas en cada uno

de estos Programas (así, por citar algunas, la Ley 5/1995, de 23 de mayo de Castilla la Mancha requiere los mismos requisitos para el acceso al ingreso mínimo de solidaridad y la participación en los programas de inserción, esto es, además de los requisitos genéricos, el empadronamiento y un período de residencia efectiva y continuada de al menos dos años. También la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de Murcia exige residencia legal en territorio nacional por un período no inferior de 5 años y estar empadronado en la región de Murcia durante el año anterior a la solicitud). Sólo aisladamente se puede encontrar algún supuesto en el que se reducen considerablemente los períodos de residencia efectiva con respecto a los que se había fijado para acceder a la prestación económica (el art. 29 de la Ley 1/2007, de la Comunidad Autónoma de Canarias, exige un año frente a los tres requeridos para solicitar el ingreso de inserción canario).

El problema de las prestaciones de inserción, cuando se trata de aplicarlas al colectivo de extranjeros no comunitarios, se va a manifestar, sobre todo, en aquellas CCAA que no establecen la residencia legal como requisito indispensable, especialmente porque, independientemente de esta circunstancia, el acceso a las medidas de inserción va a depender del tipo de prestación o servicio al que se esté haciendo referencia. Independientemente de lo que diga la norma en este sentido, existen un conjunto de medidas, las medidas de apoyo a la inserción laboral, que claramente van a chocar con la situación de irregularidad en la que se encuentre el extranjero, y ello porque, en estos casos, además de las medidas formativas, la mayoría de las regulaciones contemplan la inserción laboral mediante la creación de empresas o entidades colaboradoras en la inserción, de forma que, siendo el objetivo fundamental fomentar la contratación de estas personas, es imprescindible que cuenten con una autorización administrativa que les habilite para trabajar en nuestro país.

Este dato no tendría demasiada trascendencia si los distintos Programas se centraran efectivamente en medidas de inserción social, sin darle un excesivo protagonismo, como sucede en la realidad, a las medidas de inserción laboral. Muchas de estas normas, como ya se ha puesto de manifiesto, siguen vinculando la percepción de la prestación económica básica al seguimiento de programas y medidas de inserción laboral, sin tener en cuenta que, en numerosas circunstancias, este tipo de medidas no pueden ni deben integrar los Planes Individuales de Inserción. Resulta significativo a estos efectos que algunos de los Programas en los que se contempla expresamente una desvinculación circunstancial entre ambas prestaciones sean precisamente aquellos en los que no se permite participar a los extranjeros en situación de irregularidad. A pesar de ello, consideramos conveniente hacer una reflexión sobre las distintas formas de articular las prestaciones que se están desarrollando por parte de las CCAA., independientemente de los requisitos de acceso, con objeto de determinar cuál sería el modelo más adecuado para atajar las situaciones de exclusión que sufre el colectivo de extranjeros no comunitarios en general.

Existen Programas en los que se establece una sutil diferencia entre Planes de Apoyo Personal y Atención Individualizada y Planes de Inserción (concretamente, Ley 5/1995, de 23 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha). Los primeros contienen acciones de apoyo personal a la inserción social con objeto de favorecer la utilización de los recursos educativos, sanitarios y sociales, y a potenciar las capacidades relacionales y de convivencia para facilitar el desarrollo armónico de las personas en su entorno socio-laboral (art. 41). En cambio, los segundos, con un

objetivo más orientado a la integración laboral de los beneficiarios, pretenden desarrollar las aptitudes, hábitos y capacitación socio-laboral de las personas y de las unidades familiares que se encuentran en situación de exclusión social, mediante la realización de actuaciones educativas, de formación ocupacional y de empleo social protegido (art. 46). Es, por tanto, sólo en este segundo nivel donde se prevén una serie de medidas de contenido típicamente laboral, como proyectos de formación socio-laboral, para personas que carecen de cualificación profesional; proyectos de empleo de utilidad pública, para personas que, por su problemática específica, no pueden acceder al mercado de trabajo; y, finalmente, proyectos de apoyo a las empresas de inserción como paso intermedio que facilite la incorporación al mercado de trabajo (art. 47). Del orden establecido en este conjunto de medidas se deduce que la percepción de la prestación económica de garantía de recursos mínimos (en este caso, ingreso mínimo de solidaridad) no tiene que conllevar necesariamente la realización de actividades profesionales; de hecho, se reconoce expresamente que el Plan de atención individualizada, a cuyo seguimiento queda condicionado la percepción del ingreso mínimo de solidaridad, no tiene por qué contemplar la realización de actividades laborales (art. 55 Ley 5/1995, de 23 de marzo, y art. 6 del Decreto 179/2002, de 17 de diciembre).

Más contundente resulta el art. 16 del Decreto 28/1999, de 23 de febrero, de la Comunidad de Extremadura, que reconoce expresamente la incompatibilidad de la ayuda económica ordinaria y el acceso a las ayudas de inserción social (estas últimas se materializan en el acceso a Programas de Inserción Social/Laboral, desarrollados con la colaboración de entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, y con la finalidad de crear hábitos sociales y laborales mínimos que promueven la integración). No se trata, como pudiera pensarse inicialmente, de que la percepción de la ayuda económica ordinaria no conlleve ningún tipo de obligación por parte del beneficiario, puesto que, en la misma línea que el resto de CCAA, el acceso a esta prestación económica obliga al beneficiario a participar en un conjunto de actividades que tienen la finalidad de incentivar la integración social: desarrollar hábitos formativos (formación profesional, ocupacional, alfabetización), hábitos culturales, sanitarios o cualesquiera otros de tipo social, excluyendo expresamente las actividades de naturaleza laboral.

Por último, existen otros supuestos que persiguen específicamente el objetivo contrario, esto es, vedar la prestación económica de garantía de recursos mínimos a aquellos colectivos que, por sus circunstancias personales, no pueden participar en la realización de actividades de carácter profesional. En estos casos, donde existe una fuerte vinculación entre prestación económica e integración laboral de los beneficiarios, se articulan nuevas modalidades de prestaciones económicas (ayudas de inclusión social), con características similares a las que presenta la prestación económica de garantía de recursos mínimos (pago periódico, devengo mensual y carácter temporal), dirigidas a personas que, sin poder acceder a los programas de inserción socio-laboral, requieren de un programa de intervención dirigido, prioritariamente, a la inserción social (arts. 37 y ss. del Decreto 24/2001, de 20 de abril, de Prestaciones de Inserción Social de la Rioja). Y aunque pudiera parecer coherente que este tipo de prestaciones se articulen como una alternativa para la generalidad de los colectivos que no pueden desempeñar actividades o actuaciones de carácter laboral (incapacitados, personas de una determinada edad; extranjeros en situación de irregularidad), lo cierto es que de nuevo se vuelven a restringir, por lo que se refiere al colectivo de extranjeros comunitarios, a aquellos que tengan autorización de residencia, beneficiando

únicamente a las personas que, por no cumplir con los períodos de residencia requeridos en la LGSS, no son beneficiarios de las prestaciones no contributivas por invalidez o vejez (arts. 39 y ss. del Decreto 24/2001, de 20 de abril, de Prestaciones de Inserción Social de la Rioja). De forma muy similar articula la “prestación por necesidades básicas” el art. 23 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de Prestaciones Sociales de Carácter Económico de la Comunidad Autónoma de Cataluña).

Por tanto, como conclusión, el acceso de los extranjeros no comunitarios a las prestaciones de inserción va a depender, no sólo de los requisitos genéricos establecidos en los distintos Programas que regulan las rentas mínimas, sino también del grado de vinculación que se establezca entre la concesión y mantenimiento de las prestaciones económicas y las prestaciones de apoyo a la inserción, sobre todo si se considera que la mayoría de los Programas centran este tipo de prestaciones en la inserción laboral, aspecto que, como ya se ha puesto de manifiesto en este estudio, choca de lleno con la regulación sobre extranjería, que requiere la situación de regularidad para celebrar un contrato de trabajo.

A estos efectos, es conveniente reiterar que los itinerarios de inserción, en cuanto conjunto de medidas que han de promover la inclusión social de las personas en situaciones de marginación teniendo en cuenta sus circunstancias personales y sociales, no han de acoger necesariamente políticas de inserción laboral; de hecho, en el caso de los extranjeros en situación de irregularidad no pueden ni deben acoger este tipo de actuaciones. Por esta razón, es conveniente que se generalice, tanto en la concepción de estas políticas como en la propia redacción de las normas que las posibilitan, las cláusulas que permiten desvincular circunstancialmente la percepción de prestaciones económicas de ingresos mínimos de las actuaciones que, dentro de las prestaciones de inserción, contengan actuaciones de contenido únicamente laboral. En caso contrario, tanto las prestaciones económicas como las prestaciones de inserción sólo serán accesibles para los extranjeros con autorización de residencia y, a estos efectos, no se puede olvidar que, tanto unas como otras, se dirigen a satisfacer necesidades vitales del ciudadano (alimentos, educación y formación, salud física y psíquica, etc.) que deben ser satisfechas para la generalidad de las personas, también respecto de los extranjeros no comunitarios, aun en situación de irregularidad, tal como prescribe el art. 14 de la LOEx.

#### **3.2.4. Las prestaciones económicas complementarias a las pensiones no contributivas del Sistema de Seguridad Social.**

Junto a este tipo de prestaciones se han reconocido otras, de carácter económico o dinerario, dirigidas a completar determinadas prestaciones reconocidas por el sistema de Seguridad Social. Los complementos a las prestaciones no contributivas, que es la denominación genérica que reciben estas ayudas en las distintas CCAA, comparten la naturaleza de las prestaciones de garantía de recursos mínimos en cuanto se configuran como ayudas asistenciales que tienen como objetivo fundamental compensar las situaciones de necesidad padecidas por los ciudadanos, y, tal como su nombre indica, complementar las prestaciones no contributivas otorgadas por el Estado, por lo que las distintas cuantías que se reconozcan por este concepto incrementarán las cantidades que hayan sido reconocidas por el Estado.

La evolución de este tipo de prestaciones en la normativa autonómica se ha producido de forma un tanto accidentada, y ello porque sus contornos asistenciales han provocado algunas reticencias respecto del reparto de competencias entre Estado y CCAA, especialmente, desde que en 1990 aparecieran en el Sistema de Seguridad Social las prestaciones no contributivas. Efectivamente, la práctica de complementar las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, iniciada por las CCAA en la década de los noventa (concretamente, por la Ley Foral 20/1991, de 24 de diciembre, de Navarra, que regulaba un complemento a los beneficiarios de la pensiones no contributivas), ocasionó, algunos años más tarde, un conflicto positivo de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma Andaluza (Decreto 284/1998 de la Comunidad Autónoma Andaluza, por el que se regulaban ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario a los pensionistas de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas), que se resolvió, dada la insuficiencia de las prestaciones no contributivas, reconociendo el carácter asistencial (externo) de este tipo de prácticas y, en consecuencia, la competencia por parte de las Comunidades Autónomas en la articulación de prestaciones complementarias (art. 148.1.20 CE).

A pesar de la rotundidad del pronunciamiento jurisprudencial (STC 239/2002, de 11 de diciembre, especialmente, F. J. 5º-8º), y con el único objeto de evitar la articulación de prestaciones de esta naturaleza, un año más tarde (a través de la ley 52/2003, de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social), se introdujo en el art. 38 de la LGSS un nuevo apartado cuarto que impedía complementar las prestaciones de seguridad social, independientemente de su carácter contributivo o no contributivo y que tuvo como efecto inmediato contener las iniciativas autonómicas en esta materia (*“Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta ley”*). No obstante, la regulación no tardaría en perder su efecto disuasorio, sobre todo porque, a raíz de la Ley 4/2005, de 22 de abril se modificaría de nuevo la redacción para adecuarla al pronunciamiento jurisprudencial, restringiendo la previsión a las prestaciones contributivas y añadiendo un nuevo apartado en el que se contempla la posibilidad de que las distintas CCAA puedan establecer complementos que aumenten la cuantía de las prestaciones no contributivas (*“Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”*).

Al impulso de la nueva regulación legal, y aun sin haberse aclarado completamente la cuestión de los títulos competenciales en el ámbito de las protección social asistencial, algunas autonomías han iniciado o reactivado sus actuaciones en este ámbito, regulando complementos para la pensiones de jubilación e invalidez, si bien hay que advertir que no todas se han limitado a complementar las prestaciones no contributivas, siendo ya varias las que contemplan complementos a prestaciones contributivas, esencialmente a la pensión de viudedad. Convendría tener en cuenta que, a pesar de que la regulación de complementos a las pensiones estatales no es una práctica consolidada (de hecho, son pocas las Comunidades que actualmente cuentan con regulación en este sentido), existen numerosas referencias a la asunción o desarrollo de esta competencia en los Estatutos de Autonomía y en determinadas leyes sectoriales, por lo que se prevé, para un futuro relativamente cercano, un amplio

desarrollo de este tipo de iniciativas (art. 61.1 del Estatuto de Autonomía Andaluz; art. 27.1. b. de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Cantabria).

En cuanto a la forma en que se articulan las prestaciones, hay que tener en cuenta que la mayoría de las CCAA las configurarán [siguiendo las directrices establecidas en la STC 239/2002, de 11 de diciembre (F. J. 8º), que delimita asistencia social externa e interna al sistema de Seguridad Social] como ayudas extraordinarias, de pago único, y de vigencia anual, diferenciándose convenientemente de los rasgos que presentan las prestaciones no contributivas. Desde esta perspectiva, lo fundamental, de acuerdo con el pronunciamiento mencionado, es que las prestaciones autonómicas no se caractericen “*por su integración en un sistema unitario y permanente, ni en el tiempo ni en el espacio*”, circunstancia que, desde nuestro punto de vista, más que delimitar las prestaciones asistenciales estatales y autonómicas, impide que se generen derechos consolidados por parte de los beneficiarios y, en lo que ahora nos interesa, dificulta ostensiblemente un análisis homogéneo y pormenorizado de esta materia.

Con las características mencionadas se regulan los complementos de pensiones en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que, salvo menciones expresas en algunas leyes de tipo sectorial ,y, recientemente, en su Estatuto de Autonomía (art. 40 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía; art. 40 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección de las Personas Mayores, y art. 61.1 del Estatuto de Autonomía Andaluz), reconoce con carácter anual y extraordinario complementos para cada una de las prestaciones no contributivas. Así, por ejemplo, para el año 2008 se han regulado ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación o invalidez (Decreto 291/2007, de 11 de diciembre) y ayudas económicas de carácter extraordinario a favor de las personas perceptoras de las pensiones del Fondo nacional de Asistencia Social y de las beneficiarias del subsidio de garantía de ingresos mínimos /Decreto 290/2007, de 11 de diciembre). En la misma línea y con el mismo procedimiento, la Comunidad Autónoma de Cantabria regula, a través del Decreto 167/2007, de 21 de diciembre, las ayudas económicas extraordinarias a los beneficiarios de pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva.

No obstante, hay que advertir que existen regulaciones, sobre todo las más recientes, dictadas una vez modificado el art. 38.4 LGSS, o aquellas que se producen en el ámbito de CCAA con amplia experiencia en medidas de asistencia social, donde este conjunto de ayudas se regula de forma estable o permanente en normas específicas, reconociendo, en cierta medida, derechos subjetivos para determinados colectivos en situación de necesidad. A estas características responde la Ley Foral 11/2003, de 7 de marzo, de la Comunidad de Navarra sobre Ayudas Extraordinarias a las Pensiones de Viudedad, o el Decreto 6/2008, de 8 de enero, de la Comunidad de Castilla La Mancha, sobre ayudas sociales a favor de pensionistas de jubilación o invalidez en su modalidad no contributiva. Con un ámbito más amplio, el art. 21 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de Prestaciones Sociales de Carácter Económico de la Comunidad Autónoma de Cataluña, regula de forma conjunta y permanente distintos complementos a las prestaciones del sistema de Seguridad Social: prestación para el mantenimiento de gastos del hogar por muerte del cónyuge o familiar hasta el segundo grado, prestación complementaria para pensionistas de la modalidad no contributiva por invalidez o jubilación (desarrolladas en los arts. 21-26 del Decreto 123/2007, de 29 de mayo); iniciativa que también ha acogido la Comunidad Autónoma del País Vasco, donde

actualmente existe un Proyecto de Ley de Complemento de Pensiones de características muy similares al catalán.

El ámbito subjetivo de los complementos a pensiones públicas, por la propia finalidad de las prestaciones (paliar las situaciones de insuficiencia económica y cubrir las necesidades básicas de las personas receptoras de prestaciones no contributivas), se determina por remisión al establecido por la normativa de Seguridad Social, circunstancia que no distorsiona, de conformidad con la doctrina constitucional, su naturaleza asistencial, pues, como ya se ha advertido, el título competencial de asistencia social también permite mejorar las prestaciones reconocidas por el sistema de seguridad social. En lo que concierne al objeto de este estudio, y siempre en relación con el ámbito de las prestaciones no contributivas, la regulación específica requiere, en todos los supuestos (arts. 144 y 167 y ss. de la LGSS), la residencia legal por periodos diversos dependiendo de la prestación de que se trate (para los casos de invalidez, cinco años de residencia legal, dos de cuales han de ser inmediatamente anteriores a la solicitud, y para los casos de jubilación, diez años de residencia entre los 16 años y la fecha de devengo, dos de los cuales han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud), por lo que ya de partida hay que afirmar que este tipo de complementos sólo lo van a percibir aquellos extranjeros en situación de regularidad que cuenten con los períodos de residencia requeridos.

Siendo así, y considerando que, en todo caso, constituye medida de asistencia social, la cuestión que inevitablemente hay que plantearse es si no hubiese sido más apropiado delimitar un ámbito subjetivo propio, independiente de las prestaciones no contributivas concedidas por el Estado, sobre todo, si se tiene en cuenta que, como regla general, todas las prestaciones analizadas acogen como requisito fundamental la situación administrativa de residente para permitir el acceso de los extranjeros no comunitarios. Y partiendo de este dato hay que llegar a la conclusión de que, efectivamente, este tipo de prestaciones serían las menos adecuadas para paliar las situaciones de marginación que sufren los extranjeros no comunitarios, y ello porque son prestaciones de cuantía muy reducida (entre el 15 % y el 20% de la cuantía reconocida para la prestación no contributiva), por lo que, a todas luces, es insuficiente para cubrir las necesidades de colectivos que se encuentran en situación de pobreza severa, adquiriendo pleno sentido, sin embargo, como complemento de las prestaciones no contributivas con objeto de solventar situaciones de necesidad más moderadas (ALARCON CARACUAL, 2003: 288), con más razón si cabe, si se tiene en cuenta que las situaciones más graves de indigencia deben estar cubiertas por las prestaciones económicas de garantía de ingresos mínimos.

No obstante, y a pesar de que la determinación del ámbito subjetivo de este tipo de prestaciones en los términos destacados aconseja realizar una remisión a aquella parte del Informe que hace un tratamiento exhaustivo del acceso de los extranjeros no comunitarios a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, no puede dejar de mencionarse que las regulaciones autonómicas acogen criterios adicionales muy similares a los que se mencionaban para las prestaciones de ingresos mínimos, centrándose en la residencia en sus respectivos ámbitos territoriales (vecindad administrativa y arraigo previo en la Comunidad de Navarra –art. 1 Ley Foral 11/2003, de 7 de marzo–; residencia legal por un periodo de dos años inmediatamente anteriores a la solicitud en el caso de Castilla la Mancha –art. 3 Decreto 6/2008, de 8 de enero–; o simple residencia en la Comunidad de Cantabria –art. 2 de Decreto 167/2007, de 21 de

diciembre-) que, en última instancia, pueden ocasionar divergencias importantes en tanto los requisitos de la LGSS se refieren al conjunto del territorio nacional, mientras que las regulaciones autonómicas, como ya se ha mencionado, se refieren a su territorio específico, especialmente en lo que se refiere al empadronamiento.

También es interesante tener en cuenta, a efectos de devengar otro tipo de prestaciones, que existen determinadas Comunidades que reconocen prestaciones asistenciales, muy semejantes a las prestaciones de ingresos mínimos, para aquellos colectivos que, estando fuera del ámbito de aplicación de éstas (por ser mayores de 65 años o por ser menores, pero teniendo un grado de minusvalía superior al 65 %), no pueden acceder (prioritariamente, por no tener el período de residencia exigido por la LGSS), a las prestaciones no contributivas. Así, por ejemplo, sucede con las “*ayudas de inclusión social*”, reconocidas en los arts. 37 y ss. del Decreto 24/2001, de 20 de abril, de Prestaciones de Inserción Social de La Rioja, o la “*prestación por necesidades básicas*” regulada en el art. 23 de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de Prestaciones Sociales de Carácter Económico de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Por supuesto, en estos casos, lo fundamental va a ser el período de residencia requerido para la prestación, presentándose, de momento y a falta de desarrollo reglamentario, regulaciones muy dispares, pues si bien la primera sólo se refiere al empadronamiento y residencia efectiva por período de un año, la segunda requiere cinco años de residencia efectiva en Cataluña, de los cuales dos deben ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

#### **4. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.**

##### **4.1. Planteamiento general: la atención de la dependencia.**

En este análisis general sobre el derecho a la protección social de los extranjeros que se encuentren en España (en las condiciones, los términos y la extensión que se señalan en cada capítulo), es actualmente imprescindible dedicar un epígrafe al estudio de la protección que ha de dispensarse a quienes se hallen en situación de dependencia. La aprobación, en la legislatura anterior, de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LD) y, desde entonces, de un número importante de disposiciones reglamentarias, tanto estatales como autonómicas, destinadas a la organización y puesta en funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD), la configuración de la dependencia como una contingencia diferenciada del resto (particularmente, de la incapacidad, de la jubilación, de la discapacidad y de la vejez), la entidad de su protección (para la que se ha constituido un Sistema de atención social específico, separado del Sistema de Seguridad Social e incluso del Sistema de Servicios Sociales), así como la singularidad de las medidas dispuestas para el cuidado de los dependientes (servicios técnicos y prestaciones económicas singulares, como los Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal, el Servicio de Teleasistencia, el Servicio de Ayuda a Domicilio, los Servicios de Centro de Día y de Noche y el Servicio de Atención Residencial, así como la Prestación económica vinculada al servicio, la Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y

apoyo a cuidadores no profesionales y la Prestación económica de asistencia personal.), son razones suficientes para justificar un análisis diferenciado del derecho de los extranjeros a las prestaciones y servicios del SAAD.

A estas razones, ha de sumarse la relevancia social de la nueva medida protectora, tanto por el significativo número de personas que se encuentran en situación de dependencia (téngase en cuenta que, según la Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, publicada en el BOE de 2 de junio de 2007, la población dependiente estimada asciende, durante el año 2007, a 1.173.764 personas en España, de un total de 45.116.894; es decir, constituye el 2,60% de la población), como por la repercusión que los deberes de atención y cuidado de las personas dependientes tiene sobre la organización familiar (fundamentalmente, sobre el reparto de tareas y funciones entre sus miembros), como por las consecuencias que, sobre el mercado de trabajo, derivan de la oferta y demanda (progresivamente creciente) de servicios de asistencia y cuidado de este colectivo (desde este punto de vista se ha apuntado, de un lado y en relación con la tradicional atribución a las mujeres de esa tarea de atención y cuidado de los dependientes, cómo el cumplimiento de esta obligación ha sido una de las causas principales de inactividad productiva de las mujeres y, al contrario, cómo la continuidad del cuidado familiar se pone en cuestión dada su incorporación masiva, sobre todo a partir de ciertas edades, al mercado laboral; en el mismo ámbito, de otro lado, también se ha puesto de manifiesto el importante número de puestos de trabajo que se necesitan para la organización y funcionamiento de los servicios del SAAD, así como la cualificación y formación que ha de ofrecerse a las personas que van a ocupar esos puestos de trabajo o se van a dedicar, de manera informal, al cuidado de los dependientes). A todas estas razones puede incluso sumarse el impacto mediático de esta nueva medida de atención social.

De todas las cuestiones que el recientemente creado Sistema de Atención a la Dependencia suscita, este epígrafe se dedica a analizar, exclusivamente, el ámbito subjetivo de la protección, y, en concreto, el eventual derecho a las prestaciones y servicios del SAAD de los extranjeros que se encuentren en España, tanto de quienes residan o se hallen legalmente en territorio español, como de quienes se encuentren en éste irregularmente. Para dar respuesta a la pluralidad de situaciones y problemas que, en cada caso, se planteen, es necesario realizar un análisis de la normativa vigente que vaya de lo general a lo particular. Con esta finalidad, se parte de lo previsto sobre el tema en la Ley de Dependencia y, por remisión de ésta, en la Legislación de Extranjería, para después analizar cuantas normas y disposiciones regulen, en particular, la situación, los derechos y condiciones de acceso al SAAD, de los extranjeros que se hallen en España.

#### **4.2. La protección de los extranjeros: diferencias entre los regulares y los irregulares.**

La norma principal, la Ley de Dependencia, refiere la protección, en el primer párrafo del art. 5, a los españoles que se encuentren en situación de dependencia, residan en España en el momento de la solicitud y lo hayan hecho previamente durante cinco años, dos de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. No obstante, y a pesar de la estricta delimitación del

ámbito subjetivo de protección, en los párrafos siguientes se extiende el derecho a personas que no cumplen las condiciones de nacionalidad y residencia exigidas. En concreto, y ya sólo en relación a la primera condición señalada, en el segundo apartado del mismo artículo se extiende la protección a las personas que carezcan de la nacionalidad española, en este caso, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con los países de origen. Si el dependiente es menor de edad, el precepto legal se remite a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como autonómico, así como en los tratados internacionales.

Ante la ordenación legal de esta materia se hace necesario el estudio de la normativa aplicable, fundamentalmente, de la legislación dictada en materia de Extranjería. En este estudio normativo, además, se han de analizar tanto las normas estatales como (por remisión de las mismas o por las competencias que, en determinadas cuestiones, ejercen las CCAA) las disposiciones autonómicas aprobadas al efecto. Por el contrario, el análisis efectuado en otros capítulos de este estudio de los tratados internacionales y de los convenios suscritos por España con terceros países en materia de protección social, explica que no se vuelva en este momento a analizar el tema, remitiéndonos a lo dicho en aquella parte de la investigación.

En primer lugar, y como se acaba de indicar, para determinar el derecho de los extranjeros mayores de edad a los servicios y prestaciones del Sistema de Atención a la Dependencia, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el art. 14 LOEx, específicamente destinado a señalar los derechos que corresponden a los extranjeros en materia de Seguridad Social y de Servicios Sociales. En concreto, en este tema es necesario aplicar la regulación dispuesta en la legislación de Extranjería respecto a estos últimos, en tanto que, como se deduce de la propia Ley 39/2006, la atención de la dependencia ha de materializarse en España a través de las Redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas (compruébese en este sentido lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley y, más concretamente, la redacción del art. 16.1 de la LD, donde expresamente se dice que “*Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas*”). Sobre este particular, se ha de recordar cómo el citado art. 14 de la LOEx distingue el derecho que corresponde a los extranjeros según sus condiciones de residencia en España, atribuyendo a los que residan legalmente en este país el derecho a todas las prestaciones y servicios sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles, y limitando el derecho de quienes se encuentren en él de forma irregular, exclusivamente, a los servicios básicos.

Partiendo de las consideraciones efectuadas en un epígrafe anterior de este mismo apartado, la cuestión principal ahora es determinar qué consideración merecen las prestaciones y servicios del SAAD, esto es, si han de integrarse entre las prestaciones básicas y por ello han de extenderse a todos los extranjeros, incluso a los irregulares, o si se han de considerar como un servicio especializado y con ello limitar su reconocimiento a los que se encuentren regularmente en España residiendo en el territorio de alguna de las CCAA (que será entonces la encargada de abonar la prestación o satisfacer el servicio). Para resolver esta cuestión, y dado que en ningún caso la Ley de Dependencia aclara el carácter de las medidas de atención que prevé,

resulta nuevamente imprescindible recurrir a la legislación autonómica, bien a las leyes de servicios sociales, bien a las normas que se hayan dictado en desarrollo de la legislación estatal sobre dependencia.

Para comenzar por la legislación especial (que, si tratara específicamente el tema, sería de aplicación preferente), se ha de decir que, del análisis efectuado de las normas autonómicas que se han dictado después de la aprobación de la Ley 39/2006 para regular el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD, no se deriva ninguna solución definitiva porque, o bien no se hace referencia alguna a la titularidad del derecho, o bien se remiten o reiteran la norma dispuesta en el art. 5 de la LD. Puede comprobarse esta afirmación viendo lo dispuesto al respecto en las normas que regulan tal procedimiento para la CCAA de Galicia ( Decreto 176/2007, de 6 de septiembre), Canarias (Decreto 54/2008, de 25 de marzo), Aragón (Orden de 15 de mayo de 2007), Castilla-La Mancha (Decreto 307/2007, de 18 de diciembre), Andalucía (Decreto 168/2007, de 12 de junio), Asturias (Decreto 68/2007, de 14 de junio), Madrid (Orden 2176/2007, de 6 de noviembre), Castilla y León (Orden FAm/824/2007, de 30 de abril) y Cantabria (Orden SAN/26/2007, de 7 de mayo). Por lo tanto, la legislación especial no da solución al tema y, por ello, hay que recurrir a la ordenación autonómica de los servicios sociales; también ahora, partiendo de una breve referencia a los Estatutos de Autonomía, para concluir analizando, con mayor profundidad, las leyes autonómicas.

En el primer aspecto es fácil comprobar cómo, en la mayor parte de los Estatutos autonómicos, o bien no dicen nada sobre la protección de los dependientes (ni tan siquiera de los colectivos que pueden encontrarse en esa situación), limitándose a señalar las competencias de las CCAA en materia de asistencia, acción o servicios sociales (así lo hacen los Estatutos de Asturias, Canarias, Valencia, Extremadura, Galicia, el País Vasco y La Rioja), con más o menos extensión (es el caso del Estatuto de Cataluña y de Andalucía que, a pesar de la amplia definición de las funciones de los servicios sociales, no hacen expresa referencia a la protección de la dependencia), o bien desarrollan la competencia autonómica señalando expresamente, tanto el contenido de su actuación (el ejercicio de funciones sobre la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales), como los colectivos de los que han de encargarse ese sistema de servicios sociales, señalándose expresamente, entre los sujetos a los que se dirige su atención, las personas mayores y discapacitadas (es el modelo que se sigue en los Estatutos de Aragón, Castilla-La Mancha, Madrid, Murcia, Cantabria y Navarra). Sólo en dos Estatutos, el de Castilla-León y el de las Islas Baleares (ambos reformados en 2007) se menciona expresamente, como sujetos merecedores de una especial protección, a las personas dependientes.

Por su parte, no existe en la mayoría de las leyes autonómicas reguladoras de los servicios sociales alusión alguna a una política específica de protección de los sujetos dependientes; normalmente, la atención que se prevé se dirige, en singular, a los discapacitados y a las personas mayores, y, como se sabe, no existe una coincidencia absoluta entre ambos colectivos (aunque la dependencia es un fenómeno directamente derivado del envejecimiento de la población y de las situaciones de discapacidad o minusvalía, no existe una identidad total entre ambos conceptos, en tanto que no toda la población mayor de cierta edad o discapacitada es así mismo dependiente).

Respecto a la protección que se diseña para estos sujetos, del conjunto de leyes autonómicas se pueden deducir dos características básicas: por un lado, que se trata de políticas dirigidas a facilitar su integración social y evitar su marginación, sobre todo, favoreciendo la permanencia del anciano o discapacitado en su entorno habitual. Y, por otro, que en la mayoría de las CCAA la atención de las personas mayores y discapacitadas se integra en el ámbito de actuación de los servicios sociales como competencias propias de los servicios especializados; es más, cuando las leyes autonómicas hacen referencia al equipamiento de los servicios sociales aluden, entre otros, a los Centros de Día y a las Residencias, temporales o permanentes (dos de los servicios fundamentales del SAAD), como centros de atención especializada de ancianos y discapacitados. En estas condiciones, por lo tanto, los extranjeros de la tercera edad o discapacitados que se encuentren irregularmente en España, sean o no dependientes, no tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios que se constituyan para procurarles una atención especializada.

Con todo, se encuentra en estas normas como servicio de atención primaria una prestación que puede desarrollarse en el ámbito de una política de protección de los dependientes. Se trata de la prestación de asistencia a domicilio que, como se señaló en un epígrafe anterior, se incluye en las leyes autonómicas como una prestación habitual de los servicios del primer nivel. Esta afirmación se sustenta en dos consideraciones: por un lado, porque las propias leyes de servicios sociales, cuando delimitan el contenido de esta prestación, expresamente la definen como un conjunto de atenciones de carácter doméstico y de apoyo directo a individuos y familias cuyo fin es facilitar la autonomía de las personas en su medio habitual de vida; es, por lo tanto, una prestación de especial utilidad cuando se pretende ejecutar una política que no sólo trata de prestar atención a los dependientes, sino también de promocionar su autonomía personal (véase a este respecto cual es el objetivo de la LD, sintéticamente resumido en su primer artículo). Y, por otro lado, por la coincidencia evidente entre esta prestación del sistema de servicios sociales y la prevista, con idéntica denominación y contenido, en el art. 23 de la LD (como prueba de esta identidad ha de señalarse la nueva regulación del servicio de ayuda a domicilio de la CCAA de Andalucía, aprobada por la Orden de 15 de noviembre de 2007, en la que expresamente se señala la unificación de esta ayuda como prestación básica de los servicios sociales y como una de las medidas de atención de los dependientes dispuesta en la LD). En estos términos, los extranjeros irregulares que se encuentren en situación de dependencia podrían acceder, en su caso, al servicio de ayuda a domicilio.

Por lo demás, cualquier otro tipo de prestaciones y servicios del primer nivel tienen un carácter general y polivalente y, por esa razón, podrían ser útiles a ciertos efectos (por ejemplo, cuando se trate de realizar servicios de valoración, actuaciones de prevención o integración de situaciones o de grupos con necesidades especiales), pero inadecuados para cubrir las necesidades de atención y cuidado especializado que puedan requerir los sujetos dependientes. Con todo, la situación puede variar de un territorio a otro en tanto que, en las leyes de servicios sociales de algunas CCAA, se sitúan en el primer nivel prestaciones y servicios que forman parte de las medidas específicas de atención de los dependientes (aunque, en general, se puede decir que esa extensión sólo permite cubrir el servicio de teleasistencia).

Como excepción a lo señalado en los párrafos anteriores, existe una expresa alusión a la protección de la dependencia en tres leyes autonómicas; se trata, en todos los casos, de leyes que han sido dictadas recientemente y por ello, lógicamente, han podido tener en cuenta el cambio producido en la normativa estatal. Aún así, estas tres normas tampoco dan una solución clara y definitiva al tema que aquí se está tratando. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Servicios Sociales de Cantabria, de marzo de 2007, que no contiene una delimitación clara de las prestaciones y servicios que se prestan por los servicios sociales del primer y segundo nivel. En efecto, si en uno de sus preceptos incluye entre las actuaciones de los servicios de atención primaria la puesta en práctica de un programa “*de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que tendrá como objetivo posibilitar su permanencia en el domicilio habitual el máximo de tiempo posible*”, en el siguiente se atribuye a los servicios de atención especializada la función de “*prevenir y atender las situaciones de dependencia y promover la autonomía personal*”, así como la de “*proporcionar apoyos para prevenir y corregir las situaciones de grave riesgo de exclusión, dependencia o desprotección social*”. Únicamente, con la intención de realizar una clasificación de las prestaciones sociales que permitan la aplicación de lo dispuesto en la LOEx, puede hacerse una interpretación lo más coherente posible de lo dispuesto en esta Ley. Con este objetivo, se puede decir que corresponde a los servicios generales, solamente, la realización del programa de actuación que ha de ejecutar el personal adscrito a los servicios sociales para hacer efectivos estos objetivos y, en su caso, la dispensación de las prestaciones que permitan la permanencia del dependiente en su medio habitual. Entre estas últimas, que son las únicas que realmente constituyen una medida efectiva, habría que incluir, claramente, el servicios de ayuda a domicilio (lo cual ya constituía una prestación básica) y, en su caso, el servicio de teleasistencia. Por lo demás, el resto de los servicios previstos en la LD habrían de incluirse entre las actuaciones de los servicios especializados, siendo así que, de acuerdo con el art. 14 LOEx, sólo accederían a los mismos los extranjeros que se encontraran regularmente en este país.

Tampoco resulta fácil aplicar la norma dispuesta en la LOEx en territorio navarro, pues si bien la Ley Foral de Servicios Sociales de Navarra (Ley 15/2006, de 14 de diciembre) asigna expresamente a los servicios sociales de base la función de realización de los programas de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (significativamente, con el mismo objetivo de posibilitar a estas personas la permanencia en su entorno el mayor tiempo posible), no hay una disposición expresa que permita distribuir claramente las prestaciones y servicios del SAAD entre los servicios generales y los especializados. Es más, aunque la Ley hace alusión a “*las prestaciones que se establezcan con carácter mínimo por la legislación estatal en materia de dependencia*”, únicamente las menciona como contenido mínimo, garantizado, de la cartera de servicios sociales, sin que en la misma Ley se aclare si dichos servicios corresponden a uno u otro nivel de atención social. Sin esta diferenciación, es prácticamente imposible seguir la pauta que parece imponer la legislación de Extranjería para distinguir los servicios sociales que se extienden a todos los extranjeros, de los que se reservan, en materia de atención a la dependencia, a los que se hallan regularmente en territorio español.

En fin, en este panorama general y confuso, parece que la Ley de Servicios Sociales de Cataluña, de octubre de 2007, contiene una regulación más precisa. Ello es así porque sitúa claramente, entre las prestaciones de los servicios sociales básicos, la

realización de aquellas funciones que, en el sistema de atención de la dependencia, tienen puro carácter administrativo o procedimental, como es proponer, establecer y revisar el programa individual de atención (al que se refiere el art. 29 LD), mientras que la actualización de las medidas efectivas (aunque sin una referencia expresa a las fórmulas concretas de protección a la dependencia) se incluyen entre las funciones de los servicios sociales especializados a los que, entre otras, les corresponde “*ofrecer un tratamiento especializado a las personas en situación de necesidad que no puedan ser atendidas por los servicios sociales básicos*” (art. 19. c). Dicha ordenación resulta también coherente con la determinación que en la misma Ley se hace de los titulares del derecho; como se ha referido en un epígrafe anterior, la ley catalana limita a los extranjeros que no cumplan las condiciones exigidas, los servicios sociales que dispense el sistema público para atender a quienes se encuentren en estado de necesidad personal básica, definiéndose ésta como las necesidades que afectan a la subsistencia y calidad de vida de las personas. Frente a éstas, se consideran necesidades sociales como aquellas que repercuten en la autonomía personal y el apoyo a la dependencia, en una mejor calidad de vida personal, familiar y de grupo, en las relaciones interpersonales y sociales y en el bienestar de la colectividad; estas mismas, que son las que permiten la atención de la dependencia, no se consideraría como una necesidad básica y, por ello, no sería extensible a todos los extranjeros, sino sólo a los que se encuentren legalmente en territorio español.

Llegados a este punto, ha de concluirse apuntando la inexistencia en las normas vigentes de una solución clara al problema. Sólo existirá una solución definitiva, cuando el legislador aclare los términos de la disposición estatal y señale qué servicios sociales han de extenderse a todos los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, y cuáles han de limitarse a los que residan legalmente en España; o, en su defecto, cuando en el desarrollo reglamentario de las prestaciones y servicios del Sistema de Atención a la Dependencia se concrete, definitivamente, el derecho a las prestaciones y servicios que eventualmente asiste a los trabajadores extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español.

En tanto se regula específicamente esta cuestión, si se hace, una solución de compromiso que resulte respetuosa con la ordenación vigente y, al mismo tiempo, dé respuesta adecuada a las situaciones que, hoy por hoy, puedan plantearse podría ser la siguiente. La extensión que se hace en algunas leyes autonómicas de los servicios sociales a “*quienes se encuentren en reconocido estado de necesidad*”, así como la referencia que se hace en el apartado 3º del art. 14 de la LOEx a las prestaciones y servicios básicos, permiten demostrar que en la ordenación de los servicios sociales hay un lugar para los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español. Y ello es así aunque los preceptos referidos utilicen una perspectiva distinta para extender la protección, esto es, aunque las Leyes de servicios sociales utilicen un criterio subjetivo (esto es, excepcionan el supuesto general para incluir en la protección a los sujetos que se hallen en una situación extrema) y la LOEx otro de carácter estrictamente objetivo (es decir, referida al contenido de la protección). No obstante, y pesar de la diferencia de perspectivas, ambas normas presentan una finalidad común que permite interpretarlas conjuntamente: se concede una protección mínima, básica o esencial, para atender a quienes se encuentren en situaciones también especiales. Es la misma finalidad (restrictiva de la protección a las situaciones más graves) que delimita, en la propia legislación de Extranjería, el derecho de los extranjeros irregulares a las prestaciones sanitarias: sólo tienen derecho a la asistencia sanitaria pública en

situaciones de urgencia cuando hayan contraído una enfermedad o hayan sufrido un accidente grave (art. 12 de la LOEx).

Una interpretación conjunta de ambas disposiciones permitiría concluir reconociendo el derecho a los servicios y prestaciones básicas a los extranjeros irregulares que se encuentren en estado de necesidad (una situación, además, que ha de ser reconocida por las instancias competentes). Sobre el primer término de esta afirmación puede decirse, avanzando en esta tesis, que servicios y prestaciones básicas son las esenciales para vivir: esto es, una ayuda económica si carece de los recursos mínimos y algún tipo de ayuda material (prestación o servicio, preferentemente éste último) si carece de autonomía suficiente para realizar las actividades básicas de la vida diaria (otra vez, el mismo criterio restrictivo), ayuda esta última que ha de satisfacerse por el SAAD. En fin, no es posible, ni siquiera necesario, dar una respuesta unívoca, definitiva y terminante a la cuestión de cuáles son los servicios y prestaciones básicas a las que tendrían derecho los extranjeros irregulares que se encuentren en situación de dependencia, sino que han de ser las autoridades competentes las que determinen, en cada proceso y en atención a las circunstancias particulares de cada individuo, cual o cuáles pueden ser la medida o medidas más adecuadas: aquellas que les resulten indispensables al sujeto dependiente para seguir viviendo en condiciones dignas.

## VII. CONCLUSIONES

1. La normativa internacional está contribuyendo a que los trabajadores extranjeros vayan teniendo un régimen de protección social poco a poco mejor. Al menos para los trabajadores que han entrado en un país y que se encuentran en una situación de regularidad, es decir, con autorización de residencia o de trabajo, donde se les reconocen plenamente todos sus derechos y se les concede un trato igualitario en materia de seguridad social. Ciertamente, los trabajadores pueden encontrarse en cualquier momento de su vida en una situación de desprotección y más cuando los Sistemas de Seguridad Social, en términos generales, suelen ser contributivos. Sin embargo, los Sistemas de Seguridad Social tienen los mecanismos suficientes para dar cobertura a dichas situaciones de forma más o menos automática.

2. En este contexto las normas internacionales han ido calando en los Estados la necesidad de que los trabajadores extranjeros que se encuentren en estas situaciones de desprotección social no queden privados de sus derechos de Seguridad Social en ocasiones porque son muchas las prestaciones que se consideran inexportables (asistencia sanitaria por ejemplo), bien porque se pierden los derechos de Seguridad Social cuando salen del país de origen y tienen que esperar a cumplir los requisitos del país de destino para poderlos generar de nuevo. Es por ello, que deba evitarse que se generen situaciones de injusticia social o de discriminación.

3.- No obstante, queda mucho por recorrer. En efecto, no sólo debemos proteger a los trabajadores regulares sino también aquellos otros que, aunque estando en situaciones de irregularidad, están prestando servicios para el país de origen, en muchas ocasiones obligados por la situación sociolaboral o simplemente por las presiones empresariales. En este sentido, la labor internacional consiste en promocionar una homologación de los sistemas de Seguridad Social de los países de forma que den una mayor cobertura en la protección social. Es cierto que las circunstancias económicas y de desarrollo de los países influyen enormemente, pero también es cierto que son los países desarrollados los primeros que deben ampliar sus abanicos de protección, porque son los en su mayor parte reciben a este tipo de trabajadores. No es cuestión sólo de suscribir convenios bilaterales sino de ir más allá y establecer estrategias globalizadoras y mundiales en esta materia.

4. La realidad actual a la que debe hacerse frente es compleja, comprende aspectos como el paulatino proceso de envejecimiento de la población europea, la concentración de la vida laboral en una determinada etapa vital, la nueva configuración de los modelos familiares, la necesidad de mano de obra extranjera, etc. La protección social debe contemplar y dar respuesta a todos estos nuevos retos sociales.

5. Es necesaria la cooperación entre los diferentes Estados miembros de la Unión Europea para salvar los obstáculos que suponen la diversidad en cuanto a la protección

social: respecto de los modelos, las legislaciones, los recursos económicos que se destinan, los riesgos que se protegen, etc.

6. Las medidas de protección social de los ciudadanos que no se desplazan se llevan a cabo mediante la técnica de la armonización y, por tanto, suponen la incidencia en los ordenamientos internos de los estados miembros. La armonización comprende recomendaciones y directrices sobre objetivos sociales y políticas de protección social. También contiene las directivas que, tratando aspectos como las condiciones laborales de los trabajadores en situaciones de crisis empresariales, o la protección de la maternidad y paternidad, incluyen normas sobre protección social. Cuanta más armonización exista entre las legislaciones de los diferentes estados miembros, en el campo social, más homogeneidad presentarán los mismos, lo cual, por otro lado, facilitará la difícil tarea de la coordinación entre los diferentes Sistemas, al reducirse las diferencias.

7. Los ciudadanos que se desplazan en la Unión Europea, en contraste con los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares, cuya regulación se encuentra en la Directiva 2004/38, al no poseer el derecho a la libertad de circulación, la residencia en el espacio comunitario debe ser autorizada por cada estado miembro. En este sentido la Directiva 2003/109 que se refiere a los ciudadanos en la Unión Europea residentes de larga duración no supone el derecho a residir en otro país de la Unión Europea cuando se cuenta con este estatuto, tan sólo facilita el hecho de poder solicitar la autorización en dicho Estado sin necesidad de iniciar de nuevo el ciclo migratorio, esto es, regresar al país de origen y solicitar el visado. Este aspecto debe cuando se aborda la coordinación de la seguridad social de los nacionales de terceros países pues, el presupuesto de haberse desplazado de un Estado a otro – libertad de circulación en el caso de los comunitarios – para la aplicación del reglamento no es tan fácil, tratándose de los ciudadanos de terceros Estados, al exigir la regularidad en más de un Estado miembro.

8. La coordinación se presenta verdaderamente compleja, pues a la diversidad de realidades sociales debe añadirse el hecho de que, por el momento, convivan varias regulaciones; a saber, el RE/1408/71 y su reglamento de aplicación (RE/ 474/72) derogado por el RE/883/2004 que, sin embargo, no ha entrado en vigor, a la espera de contar con su correspondiente norma de aplicación. Además del RE/ 859/2003 que extiende su ámbito subjetivo a los nacionales de terceros países. La entrada en vigor del RE/883/2003 supondrá un importante avance en la simplificación de la coordinación de los sistemas de seguridad social que se vería incrementada aún más de prosperar la Propuesta de Reglamento que tiene por finalidad sustituir el RE/859/2003 ampliando las disposiciones del RE/883/2004 a dichos nacionales de terceros países, pues en una sola norma se regularía tanto a los ciudadanos de la Unión y sus familiares - también los asilados - como a los ciudadanos en la Unión.

9. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de la norma de coordinación, a pesar de haber ido incrementado las personas que comprende (trabajadores, pensionistas,

funcionarios....etc.) mantiene el requisito específico de tener que pertenecer a una determinada categoría. El RE/883/2004, por el contrario, extiende su protección a un concepto más amplio como es el de persona asegurada. Respecto a su ámbito material el RE/883/2004, también supone un incremento en las prestaciones que en el mismo se contienen, al adicionar las de paternidad y las prejubilaciones.

10. El estudio de la lógica de las prestaciones pone de manifiesto la relevancia de algunas de ellas, como sucede con las de vejez dados los datos demográficos que se pronostican en Europa y los recursos económicos que a la misma se destinan. En otros casos, las diferencias legislativas hacen ostensible, más que en otras, las dificultades en la coordinación de la protección social, así sucede con la pensión de invalidez a tenor de la existencia de dos modalidades de legislación, a saber, tipo "A" y "B". Sin olvidar las dificultades que a veces supone fijar la línea divisoria en las prestaciones de carácter no contributivo y las que son asistenciales. Las prestaciones por desempleo, dada la coyuntura de crisis actual, se muestran especialmente necesarias sobre todo en lo que se refiere a la facilidad de la posible movilidad en el espacio comunitario de sus beneficiarios. Con todo, tratándose, en concreto, de España, especial mención merecen las prestaciones de enfermedad y maternidad: por lo que económicamente suponen y por la diferencia tan significativa que se puede producir a tenor de que la prestación la proporcione una comunidad autónoma u otra, incluso en lo que se refiere a los colectivos protegidos.

11. Los Estados generalmente reconocen el derecho a emigrar, en cambio, no afirman ni niegan el derecho a inmigrar, sino que directamente lo regulan, sometiendo su ejercicio a la autorización estatal, lo que implica precisamente su reconocimiento. Por el contrario, si lo reconocen expresamente las normas internacionales, concibiéndolo como un derecho universal ejercitable por toda persona. Se trata, en consecuencia, de un derecho configurado en los tres planos normativos: internacional, constitucional y legal, del que dependen, a su vez, el ejercicio de otros derechos, como el derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social.

12. En el plano internacional se recoge explícitamente en los grandes textos jurídicos, con mayor o menor vinculabilidad jurídica, pero su aplicación está en función de las normas nacionales que lo regulan.

13. La Constitución Española, en cambio, aunque se refiere a las facultades de los extranjeros en España, no recoge expresamente el derecho a inmigrar, por lo que cualquier decisión adoptada por el legislador ordinario sería, en principio, adecuada constitucionalmente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado el alcance de estas facultades. En primer lugar, incluyen el ejercicio de todos los derechos y libertades contenidos en el Título I, entre los que se encuentra el derecho a la Seguridad Social y a la Salud. En segundo lugar, son derechos constitucionales y, por tanto, dotados, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, por lo que el legislador podrá configurarlos, pero no restringirlos, garantizándolos en la más completa igualdad

con los ciudadanos españoles cuando pertenezcan a la persona en cuanto tal y no como ciudadano. En tercer lugar, la configuración legal de los derechos determina que su ejercicio pueda ser limitado o condicionado al cumplimiento de concretos requisitos, como son, la autorización de residencia y de trabajo.

14. La configuración legal del derecho a inmigrar implica, por tanto, que su ejercicio este sometido a la autorización del Estado, de modo que, los ciudadanos extranjeros que la obtienen, son equiparados, concretamente en materia de Seguridad Social, a los ciudadanos españoles.

15. El régimen jurídico de la protección de Seguridad Social a los trabajadores extranjeros que se encuentran en España en situación regular deriva de la conexión de las disposiciones normativas de carácter general que regulan los derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España con los principios jurídicos contenidos en los convenios supranacionales celebrados entre el Estado español y otros Estados.

16. La regla general que inspira dicho régimen, contenida en la legislación interna española, es la “equiparación plena” de derechos y obligaciones. Esto es, los derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social se aplican, con carácter general, sin distinción entre los ciudadanos nacionales y los ciudadanos extranjeros en situación regular. No obstante, en ciertos supuestos, la aplicación de estos derechos a los ciudadanos extranjeros en situación regular es objeto de matización, determinando incluso, en ciertas ocasiones, una protección más adecuada que la dispensada exclusivamente por las normas internas, como consecuencia de los principios establecidos en los convenios bilaterales suscritos por el Estado español en materia de Seguridad Social.

17. Los principios convencionales internacionales facilitan que los ciudadanos extranjeros en situación regular reúnan los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, para determinar su cuantía, y para realizar su pago, resultando, en consecuencia, la coordinación como una técnica legislativa idónea para eliminar los obstáculos que impidan la aplicación de diferentes legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores migrantes.

18. El esfuerzo realizado por el Estado español para la celebración de convenios bilaterales en materia de Seguridad Social es significativo. Sin embargo, todavía se puede seguir avanzado en este terreno, puesto que, por una parte, no todos los convenios tiene la misma extensión en sus ámbitos subjetivo y objetivo. Por otra, pese al amplio número de convenios suscritos con países extracomunitarios, actualmente alcanza la veintena, existen países con los que aún no se han suscrito convenios, siendo deseable, en un mundo globalizado, que la protección coordinada comprenda el mayor número de Estados y, por tanto, de Sistemas de Seguridad Social.

19. Los actos administrativos de extranjería determinan que los actos de encuadramiento y de cotización en la SS sean tratados de uno u otro modo. El estudio de una extensa y constante evolución legal, doctrinal y jurisprudencial, se plantea la cuestión de si es la prestación laboral, elemento material, o la autorización de trabajo, elemento formal, la determinante de la inclusión en el sistema de la SS a través de los actos de encuadramiento. En este sentido, y a partir de las recientes reformas producidas que niegan la nulidad del contrato de trabajo desempeñado sin autorización administrativa, se localizan tres tipos de posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

20. La primera de ellas, siguiendo un enfoque de tipo universalista, considera que el hecho de desempeñar una prestación laboral determina la inclusión en el sistema de la SS, de modo que también conllevaría la obligación de cotizar por parte del empresario, la cual ha quedado en entredicho tras la aprobación de un nuevo art. 46 por la Ley 62/2003. Opción a la que cabe criticar el que propicia el incumplimiento de los requisitos de acceso, permanencia y desarrollo de la prestación laboral.

21. La segunda posición, defendida sustancialmente por el INSS, es la que considera que lo que se produce es un alta de pleno derecho, regulada en el art. 125.2 LGSS. Una opción que no se diferencia en exceso de la anterior al considerar que el empresario mantendrá la obligación de cotización. Se discute si el alcance de esta teoría es sólo para las contingencias profesionales o también las comunes, ya que el art. 36.3 LOEX no realiza precisiones al respecto, predominando aquélla más restrictiva, tal y como hacen sentencias como la STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2005. A esta segunda opción se le opone el hecho de que el régimen de alta presunta rige cuando “no hay alta debiendo haberla”, siendo el del trabajador extranjero sin autorización de trabajo o sin residencia legal, un supuesto en que no debe haber alta, en contra de lo argumentado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

22. La opción más restrictiva es aquélla defendida por la TGSS y, podría decirse, por la mayoría de la doctrina, que considera que no es posible reputar válido el encuadramiento ni la cotización puesto que se trata de un trabajador que no cumple los requisitos de acceso al sistema de SS. Una tesis fundamentada en la interpretación estricta de la normativa aplicable y que, a partir de la aprobación del RD 1041/2005 toma más fuerza al negar expresamente la inclusión del trabajador extranjero en situación irregular en el Sistema de Seguridad Social. En todo caso, no puede negarse que se realiza una ficción de inclusión en el Sistema en el supuesto de las contingencias profesionales que lo asemeja al alta de pleno derecho referida en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia.

23. En sentido inverso, los actos de encuadramiento pueden ser determinantes para que el trabajador se encuentre en situación irregular, como sucede en el supuesto en el que, al no solicitarse el alta en el Sistema de Seguridad Social por el empresario en el plazo de

un mes, el trabajador en situación regular que no es dado de alta en el Sistema de Seguridad Social, se coloca en situación irregular. Ante ello, se ha considerado, aplicando analógicamente la doctrina de los TSJ para otras cuestiones relacionadas con la extranjería, que los efectos perjudiciales de este incumplimiento empresarial no deberían recaer sobre el trabajador. Asimismo, se ha criticado el hecho de que esta situación convierte los actos de encuadramiento, de naturaleza en principio meramente declarativa, en actos constitutivos, ya que de su cumplimiento depende la situación regular del trabajador, surgiendo más interrogantes que respuestas, como, por ejemplo, el régimen aplicable en el caso de sufrir una contingencia, tras considerarse en situación se ha irregular.

24. La esencialidad de la relación laboral entre un empresario y un trabajador, independientemente de la nacionalidad, a priori, se ha traducido, a efectos de Seguridad Social, en la justificación del tratamiento privilegiado de las contingencias profesionales. En efecto, si en el nivel contributivo el elemento esencial es el desarrollo de una actividad profesional, no puede obviarse que, al margen de contar o no con autorizaciones administrativas preceptivas, un trabajador extranjero en situación de irregularidad puede realizar una actividad lucrativa de carácter profesional. Así, la vis expansiva de la protección de las contingencias profesionales se ha filtrado en la actualidad, a un ámbito tan relevante como el de la regulación de la inmigración.

25. Si la idea de la migración regular y legal forma parte de la filosofía global del control de la inmigración ( y así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la conclusión nº 18 de la Conferencia de Tampere, 1999, cuando establece que la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros Estados que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros), entonces no tiene mucho sentido que, mediante una interpretación en clave tuitiva, se trate de modo cuasi-idéntico a los extranjeros regulares e irregulares que trabajen en territorio español. Esa interpretación excede los términos de la legalidad estricta de extranjería. En efecto, mediante una utilización muy elástica de la normativa e instituciones del Sistema español de Seguridad Social se ha conseguido inhibir la aplicación misma de esa legislación en materia de Extranjería. Está claro que, en la interpretación de la normativa de Derecho Social a los supuestos de hecho concretos, hay un principio-guía como es el de *in dubio pro operario*. Pero este principio no se puede exportar sin más para interpretar la legislación de Extranjería. Si ese principio permite una interpretación finalista bajo la forma de principio de protección en el ámbito de la legislación de Seguridad Social; no sirve, por el contrario, para realizar una interpretación finalista de la legislación de Extranjería que concluya con el mismo resultado. Si en ella se regula un régimen de residencia y trabajo legal no se puede excepcionar ese régimen jurisprudencialmente, vía interpretativa, mediante el reconocimiento de prestaciones.

26.- Resulta evidente que, respecto del accidente de trabajo, la normativa internacional exige ese resultado interpretativo en clave de protección; y no se deriva esa exigencia respecto de la protección por desempleo. No obstante el Tribunal Supremo, en sentencia de 2008, sigue avanzando, muy tibiamente, hacia una interpretación humanista de la legislación de Extranjería y, si bien exige la existencia de una situación de regularidad

administrativa parcial (autorización para residir), relativiza la irregularidad laboral, y desplaza la responsabilidad de la prestación al empresario, con obligación de anticipo de las entidades gestoras. Quizás este último pronunciamiento merecería una labor legislativa reactiva, bien para confirmar esta doctrina, y modular el tenor literal actual de la LOEX, o bien para clarificar la redacción actual del art. 36.3 LOEX, o incluso reformular su contenido.

27. En todo caso, se puede reforzar las responsabilidades del empresario infractor con el Sistema de Seguridad Social pero, en ningún caso, se puede premiar al trabajador en situación irregular porque entonces, el Sistema de Seguridad Social se convierte en una especie de mecanismo legalizador, incompatible con las políticas migratorias europeas, que quebranta el esquema de la normativa sobre extranjería basada en la entrada regular y en la selección en origen. O lo que es lo mismo, desde otra perspectiva, se ha de ser consciente de que en esta cuestión se entremezclan cuestiones de pura equidad, que rompe la lógica técnica del Sistema de Seguridad Social y de los esquemas de residencia y trabajo de los inmigrantes. O se reforma la norma, o se podría generar un caos llamativo: la Seguridad Social no puede ser un instrumento informal para aligerar el carácter estricto de la legislación de extranjería.

28. Como presupuestos a la posible inclusión de los trabajadores en situación irregular en cualquiera de los Regímenes Especiales de Seguridad Social se ha de considerar: a) El desempeño de una actividad profesional encuadrable en alguno de los Regímenes; b) La residencia en España; c) El desempeño de la actividad profesional en nuestro territorio.

29. No existe en la normativa de los distintos Regímenes Especiales de Seguridad Social referencia alguna que permita considerar a los trabajadores extranjeros en situación irregular como sujetos integrantes del Sistema de Seguridad Social. El art. 36.3 párrafo 2º LOEX, con todos sus problemas interpretativos, se configura, en ese sentido, como el argumento jurídico más importante a la hora de justificar que estos trabajadores puedan beneficiarse de prestaciones propias de estos Regímenes Especiales, tanto por contingencias profesionales, como en su caso por contingencias comunes. Otra cosa es la prestación por desempleo, donde a las dificultades jurídicas para articular un posible derecho, como ocurre con las demás prestaciones, se suma una doctrina del Tribunal Supremo, con algunas sombras, que recientemente ha determinado que los inmigrantes en situación irregular no pueden solicitar la prestación por desempleo, al no poder inscribirse como demandantes de empleo en la oficina correspondiente.

30. Sin embargo, el acceso a las prestaciones registra en la práctica problemas muy diversos, que tienen relación, por ejemplo, con la falta de identificación de un responsable al que imputar la responsabilidad por gastos derivados de contingencias

profesionales cuando el inmigrante irregular desarrolla una actividad como autónomo, a la inexistencia de aportaciones (cotizaciones) del propio inmigrante requeridas en algunos casos para acceder a ciertas prestaciones por contingencias comunes, y que se explica por la situación irregular del trabajador.

31. Si se opta por reconocer ciertos derechos de Seguridad Social a los trabajadores inmigrantes irregulares susceptibles de ser encuadrados en alguno de los Regímenes Especiales, hay que tomar las decisiones legislativas para que el disfrute del derecho sea efectivo, adaptando la normativa a la situación típica de este colectivo. Otra cosa convierte el derecho reconocido en un espejismo, por su imposible realización.

32. En el plano de lo contributivo o profesional resulta difícil, siquiera plantearse, cualquier propuesta dirigida a obtener mayor nivel de protección respecto de quienes carecen de la exigencia de residencia legal desde la dimensión no contributiva del Sistema. Se está en presencia de un nivel que responde a un principio de solidaridad general – todos con/a favor de todos – con el único propósito de atender situaciones de insuficiencia de recursos básicas o elementales; de ahí que se exija para su reconocimiento, que el posible sujeto beneficiario guarde cierta dosis de vinculación-compromiso con quienes van a soportar, vía impuestos, el sostenimiento de su situación de carestía. Una vinculación que se articula a través del cumplimiento del requisito de residencia. Lo contrario, supondría estar tratando por igual, a efectos de acceso a la tutela dispensada por este nivel de prestaciones, la mera permanencia en territorio español con residencia legal; abriendo así las puertas de entrada al sistema de protección social a un importante contingente de extranjeros irregulares.

33. Los trabajadores extranjeros en situación irregular también tienen derecho a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes, dado el tenor literal del art. 36.3 LOEx y del art. 42.2 del RD 84/1996. Este derecho se ejercita extramuros del Sistema de Seguridad Social, es decir, que la inclusión en el mismo del trabajador es a los solos efectos del reconocimiento del derecho y de su contenido concreto. En cuanto a la satisfacción del derecho corresponde directamente al empresario.

34. La responsabilidad prestacional en el terreno de la Seguridad Social en relación con los trabajadores extranjeros irregulares encuentra una diferencia según se trate de contingencias profesionales o comunes. Respecto de las primeras, el trabajador irregular está, por imperio del art. 36.3 LOEx y 42.2 RD 84/1996, en la misma situación que un trabajador nacional o un extranjero regular; es decir, tendrá derecho a las prestaciones que le correspondan, podrá exigir su anticipo de la entidad gestora o colaboradora, y ésta será la que ejercitará la acción de responsabilidad frente al empresario, conforme al principio de automaticidad que rige en estos casos. Respecto de las segundas, el derecho se ejercita al margen del Sistema de Seguridad Social que sólo actúa como referente para fijar el derecho a la prestación y establecer sus caracteres. Pero el responsable directo y único es el empresario, sin que intervenga la entidad gestora ni funcionen, en

relación con el disfrute efectivo de la prestación, los mecanismos de garantía (responsabilidad subsidiaria, por ejemplo) previstos cuando el derecho a la prestación se ejercita en el ámbito del Sistema. Lo que no excluye la fijación, según el arbitrio judicial, de formas de garantía del cobro efectivo del derecho a la prestación que se reconoce (aval, capitalización).

35. Aunque, según puede deducirse del Texto Constitucional, los servicios sociales (como prestación incluida en la acción protectora de la Seguridad Social, ex artículo 38 de la LGSS) son de exclusiva titularidad estatal, lo cierto es que, a fecha de hoy, todas las autonomías se han encargado, no sólo de la ejecución o prestación de tales servicios, sino incluso, de la promulgación de la normativa que los regula (situación que entra en contradicción con lo dispuesto en los artículos 148.1.20 y 149.1.17 de la CE, que únicamente permite a las CCAA la asunción de competencias exclusivas en materia de asistencia social). Tanto es así que, numerosos Estatutos autonómicos los definen, expresamente, como competencias exclusivas de las CCAA, procediendo por ello a dictar sus propias leyes de servicios sociales (en la mayoría de los casos, incluso con esta denominación). En definitiva, es clara la asunción, por parte de todas las autonomías, de competencias efectivas en la ordenación, organización y ejecución de los servicios sociales, sin que, en el ámbito estatal, se haya aprobado una normativa básica sobre la materia. Asimismo, también destaca la desaparición en los Estatutos de Autonomía más recientes del concepto de “asistencia social” y su sustitución por el de “servicios sociales”, observándose igualmente en ellos una interpretación expansiva de las competencias y funciones que, tradicionalmente, se han atribuido a estos últimos.

36. La regulación autonómica de los servicios sociales da lugar a un panorama notablemente complejo, tanto por la coexistencia de normas de diverso alcance y contenido (por las situaciones atendidas, los colectivos protegidos, las fórmulas de atención, las modalidades de prestaciones y servicios, etc.), como por la aplicación de disposiciones, legales y reglamentarias, diferenciadas para cada ámbito territorial. Esta característica da lugar a una protección potencialmente diversa según el lugar de residencia de sus eventuales beneficiarios.

37. En general, las leyes de servicios sociales señalan, como titulares de la protección, a los españoles, a los ciudadanos comunitarios, a los asilados, refugiados y apátridas que se encuentren en el territorio de la respectiva CCAA. Respecto a los extranjeros no comunitarios que carezcan de un estatuto especial, las leyes autonómicas les atribuyen el derecho a las prestaciones de servicios sociales en las condiciones fijadas en las normas estatales, en los tratados o convenios internacionales y, en su defecto, conforme al principio de reciprocidad.

38. En el ámbito estatal, procede la aplicación de la legislación de extranjería que distingue, a estos efectos, los derechos atribuidos a los extranjeros que se encuentren en España en razón de su situación de residencia, regular o irregular, en territorio nacional. Concretamente, el artículo 14 de la LOEx atribuye a los extranjeros que posean

permisos de residencia, los mismos derechos que se reconocen a los ciudadanos españoles, esto es, tanto a las prestaciones y servicios generales y básicos, como a los específicos, mientras que, por el contrario, se limita la protección de los extranjeros que se encuentren irregularmente en el territorio, a los primeros. La cuestión en este aspecto se centra en delimitar qué prestaciones y servicios merecen una y otra consideración, a efectos de determinar los que han de reconocerse a los que se encuentran en situación irregular (porque los que se encuentran en situación regular tienen derecho a las prestaciones y servicios atribuidos a los nacionales).

39. Sobre este particular, y a falta de una definición general en la normativa estatal, es ineludible acudir a la clasificación de los servicios que se prevé en la legislación autonómica, en la que se distingue entre servicios de atención primaria, comunitarios, generales, de base o básicos, y servicios especializados o específicos. En general, y al margen de las concretas competencias que se les atribuyen a unos y otros en las diversas leyes autonómicas, los servicios del primer nivel se caracterizan por dispensar un atención próxima a los usuarios, de carácter comunitario y polivalente, encargándose no sólo de encauzar las demandas de los ciudadanos, sino también de prestarles una atención efectiva, tanto de carácter preventivo como reparador. Por su parte, los servicios del segundo nivel se dirigen a aquellos ciudadanos o colectivos que, por cualquier razón, requieren una atención especializada o una disposición de recursos específicos.

40. Al margen de estas características, generales a todos los servicios sociales, las normas autonómicas presentan una diversidad importante en la delimitación de competencias que se atribuyen a los servicios básicos y específicos. Por esta razón, es imposible definir los derechos que corresponden a los extranjeros en situación regular que se encuentren en territorio español, que tendrán acceso a unas u otras prestaciones o servicios en función de cual sea la CCAA en la que se encuentren. Es más, muchas leyes autonómicas concluyen con una cláusula abierta que permite incluir, en el futuro, aquellas otras atribuciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines. Ambas circunstancias, no sólo permiten diferenciar la protección de los extranjeros en situación irregular según el lugar en el que se instalen, sino también según el momento en el que soliciten la atención del servicio.

41. Otra de las notas esenciales de la regulación comunitaria es la interrelación o interdependencia de algunos servicios sociales del primer y segundo nivel, que necesitan, para su puesta en práctica, una aplicación conjunta. Esta característica es una manifestación más de la difícil ejecución de la Ley de Extranjería, en la que resulta imposible o desaconsejable reconocer a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España determinadas prestaciones o servicios que, para su ejecución, requieren del reconocimiento de otros que, por razón de su condición de irregularidad, se les niega.

42. Las dificultades e incoherencias que derivan de este modo de distribución de los servicios sociales exige, si se desea mantener la fórmula legal de adjudicación de

derechos en razón de las condiciones de estancia del extranjero en nuestro país, dos cambios fundamentales: uno, la homogeneización de las prestaciones que se dispensan desde los servicios sociales generales y específicos a fin de conceder la misma protección en cualquier parte del territorio; y otro, una adecuada delimitación de las funciones, programas, prestaciones y servicios que se conceden en cada nivel, con la idea de situar en el primer nivel los que hubieran de extenderse a todos los individuos, incluso a aquellos que se encuentren irregularmente en el país.

43. En esta línea, en algunas leyes autonómicas se excepciona la aplicación de la Ley de Extranjería respecto a aquellas personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad. De esta forma, estas normas permiten prestar una atención mínima, asistencial y de subsistencia a todas las personas que se encuentren en territorio español, incluso a aquellas que hayan entrado y/o residan irregularmente en éste. En nuestra opinión, puede constituir ésta una acepción apropiada de lo que, según la ley de extranjería, deben considerarse servicios básicos: aquellos que, por considerarse esenciales, deben reconocerse a todos los ciudadanos, independientemente de su situación administrativa.

44. Las Comunidades Autónomas han elaborado Programas de lucha contra la exclusión social en los que se contienen diversas prestaciones, unas de contenido económico y otras bajo la modalidad de prestación de servicios, que tienen como principal objetivo la integración social de aquellos colectivos que se encuentren en situaciones de exclusión. El objetivo fundamental de este tipo de Programas es poner a disposición de los individuos afectados los recursos necesarios para salir de la situación de marginación en la que se encuentran, bien dispensando prestaciones económicas mínimas dirigidas a satisfacer sus necesidades materiales básicas (Prestaciones de Garantía de Recursos Mínimos), bien facilitándoles el acceso a los recursos que, de conformidad con sus necesidades específicas, les ayuden a integrarse en el entramado social (Prestaciones de Inserción).

45. Tanto por su finalidad como por el tipo de prestaciones que dispensan, las diversas actuaciones que se realizan en este sentido se encuadran dentro del título competencial de asistencia social, y más específicamente dentro de lo que, con mayor o menor fortuna, se viene denominando en la normativa autonómica servicios sociales básicos. Desde esta perspectiva, y de conformidad con la regulación contenida en la LOEx, el acceso a este tipo de prestaciones debería quedar garantizado por las respectivas legislaciones autonómicas al colectivo de extranjeros no comunitarios en su integridad, sin diferenciar en función de la situación administrativa en la que se encuentren. Sin embargo, a pesar de la regulación legal y de que el colectivo de extranjeros no comunitarios constituye uno de los grupos con más riesgo de caer en situaciones de exclusión social (especialmente, si se trata de extranjeros en situación de irregularidad), no se puede afirmar, con carácter general, que la normativa autonómica facilite a estas personas el acceso a las diversas prestaciones.

46. A estos efectos, el estudio realizado pone de manifiesto cómo, la mayoría de las regulaciones autonómicas exige como requisitos para acceder a las distintas prestaciones el empadronamiento y, adicionalmente, períodos de residencia en sus respectivos territorios más o menos prolongados, por lo que, con carácter general, los extranjeros que no cuenten con autorización de residencia van a quedar excluidos de su disfrute. Sólo excepcionalmente existen regulaciones en las que, en principio, sí cabe esta posibilidad por requerirse únicamente el empadronamiento en alguno de sus municipios, circunstancia que permite, salvo exigencia de otros parámetros a la hora de gestionar la prestación, el acceso generalizado del colectivo de extranjeros no comunitarios (Andalucía, Asturias, Extremadura y País Vasco).

47. También hay que tener en cuenta que, en ocasiones, el efectivo disfrute de la prestación económica básica queda condicionado a la participación y seguimiento del Plan de Inserción, que puede incluir, de forma más o menos taxativa dependiendo de cada Comunidad, la obligación de realizar prestaciones de servicios en régimen laboral, circunstancia que de nuevo obstaculiza que los extranjeros sin autorización de residencia puedan erigirse en beneficiarios de las prestaciones de garantía de recursos mínimos y de otras prestaciones que posibiliten o fomenten la inserción social. De esta forma, el problema que presenta la normativa autonómica no está únicamente en el establecimiento del requisito de residencia como condición imprescindible para acceder a la generalidad de las prestaciones, sino en que el acceso de los extranjeros no residentes a las mismas va a depender del grado de vinculación que se establezca entre la concesión y mantenimiento de las prestaciones económicas y las prestaciones de apoyo a la inserción, especialmente en aquellos casos en que se otorga un papel primordial a las medidas de inserción laboral. En este sentido, además de la adecuación de los requisitos mencionados a las prescripciones contenidas en el art. 14 de la LOEx, también sería deseable que las distintas Comunidades Autónomas regulen de forma ordenada y coherente las prestaciones de inserción social, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales que afectan a los individuos en situación de exclusión y desconectando la percepción de prestaciones económicas de las actuaciones que, dentro de las prestaciones de inserción, tengan contenido laboral.

48. Sustancialmente distinta es la protección social que reciben los extranjeros no comunitarios que cuentan con autorización administrativa de residencia, ya sea temporal o de carácter permanente. Establecida la posibilidad de recibir las distintas prestaciones que se integran en la totalidad de los Programas Autonómicos de lucha contra la exclusión social, el problema fundamental se encuentra en las diferencias que, a efectos de períodos de residencia, presenta la normativa analizada. Efectivamente, el análisis de los requisitos expuestos pone de manifiesto que, si bien este colectivo tiene reconocido el acceso a tales prestaciones, lo cierto es que se les exige distintos períodos de residencia y de empadronamiento que pueden ocasionar divergencias importantes en el grado de protección social dependiendo del territorio en el que se encuentren. Estas diferencias se acentúan si tenemos en cuenta que el colectivo de extranjeros residentes también puede ser beneficiario de las prestaciones económicas dirigidas a complementar las prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, y muy especialmente en aquellos casos en que existen prestaciones alternativas a estos complementos para los extranjeros que no cuenten con los períodos de residencia que exige la Ley General de

## la Seguridad Social.

49. Se producen, además, otras dos circunstancias que, de forma adicional, dificultan una protección asistencial homogénea para el colectivo de extranjeros no comunitarios. De un lado, porque las distintas normas autonómicas no reconocen la diversidad de situaciones administrativas en las que se pueden encontrar estas personas, pues ciertamente las situaciones de regularidad van más allá de la tenencia de una autorización de residencia, abarcando otras situaciones perentorias como las que generan las autorizaciones para estancia, búsqueda de empleo, para trabajos de temporada y para la realización de estudios, que quedan absolutamente al margen de la protección frente a situaciones de necesidad. De otro, porque, a pesar de que son numerosas las regulaciones que, a la hora de articular el acceso a las distintas prestaciones, aluden a un concepto de residencia (efectiva y continuada) más laxo que el contenido en la legislación de extranjería. Asimismo, que no se mencionen requisitos especiales para el colectivo de extranjeros no comunitarios y la falta de una consignación expresa del sentido con que se utiliza este concepto determina la aplicación de las definiciones que aporta el derecho de extranjería.

50. Todas estas circunstancias aconsejan una seria reflexión sobre el papel que deben desempeñar la asistencia social y, a través de ella, los servicios sociales en la protección del colectivo que estamos considerando, sobre todo en lo que se refiere a las políticas públicas dirigidas a luchar contra la exclusión social. Las Comunidades Autónomas deben revisar las nociones que sobre el fenómeno de la inmigración acogen las diversas normas que articulan la asistencia social, con objeto de eliminar los obstáculos que encuentran los extranjeros no comunitarios en el acceso a las distintas prestaciones y adecuar las regulaciones autonómicas a las exigencias que impone la legislación de extranjería.

51.- En términos similares, la Ley de Dependencia extiende la protección a los extranjeros que se hallen en España en las condiciones dispuestas en la “Ley de extranjería”, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con los países de origen. La remisión a la norma estatal permite reiterar la equiparación con los españoles de los extranjeros que se encuentren en situación regular en el país, frente a la limitada cobertura que se dispensa de prestaciones y servicios básicos a los que estén en situación regular. La aplicación de las normas referidas exige determinar, en primera instancia, la calificación que corresponda a las prestaciones y servicios del SAAD, si como servicios básicos o especializados. No se encuentra ninguna solución a este problema ni en la normativa específica sobre dependencia, ni en los Estatutos autonómicos (en los que, mayoritariamente, ni siquiera se señalan los dependientes como un colectivo digno de singular tutela), ni tampoco en las leyes reguladoras de los servicios sociales, en las que no se suelen encontrar medidas de actuación especialmente dirigidas a los dependientes (sólo se señalan, como beneficiarios de tales servicios, a los ancianos y a los discapacitados, y no todos ellos pueden considerarse dependientes).

52.- En relación con los colectivos tutelados, de personas mayores y discapacitadas, la mayoría de las leyes autonómicas coinciden en facilitarles la atención de los servicios especializados, inalcanzable, de acuerdo con la legislación de extranjería, a los ciudadanos no comunitarios que se encuentren irregularmente en España. No obstante, en las leyes autonómicas se suele incluir, entre los servicios del primer nivel, determinadas prestaciones, como la asistencia domiciliaria, específicamente definida en la legislación especial, como mecanismo de atención de los dependientes; a este tipo de prestaciones, sí podrían acceder los irregulares. Respecto a cualquier otra prestación o servicios que las leyes de las Comunidades Autónomas sitúan en el primer nivel, habría que comprobar si resultan o no de utilidad para la promoción de la autonomía personal y atención de los sujetos en situación de dependencia.

53. En todo caso, ante las incógnitas que se plantean en la ordenación actual, sería conveniente que el legislador dispusiera con claridad las prestaciones o servicios que, en general o en cada ámbito (respecto a los servicios sociales, a las prestaciones económicas de garantía de ingresos mínimos, a las prestaciones y servicios de atención a la dependencia), habrían de reconocerse a los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español. En tanto se clarifica esta cuestión, puede defenderse el reconocimiento a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones y servicios que sean necesarios para subsistir en condiciones dignas; una ayuda económica, si carece de recursos mínimos, medidas de inserción, si son personas en riesgo de exclusión social, y una ayuda material si no puede valerse por sí mismo.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. *Problemática Española de la Seguridad Social Europea*. Granada: Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1999.

AA.VV., *Las nuevas fronteras de la protección social: eficacia y equidad en los sistemas de garantía de rentas*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2003

AAVV. *La transposición del Derecho Social Comunitario al Ordenamiento Español*. Madrid: MTAS, 2005.

AA.VV. *El fenómeno de la inmigración en España. Perspectivas jurídicas y económicas*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos, 2005

AAVV, *Derecho Social*. MADRID: Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. XXIII-2006.

AAVV *La movilidad laboral y geográfica de la población extranjera en España*. Madrid: MTAS, 2006

AA.VV. *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

AA.VV. *Perfeccionamiento de los servicios sociales en España: informe con ocasión de la Ley sobre autonomía y dependencia*. Madrid: Fundación Foessa, 2007

AAVV., “Inmigrantes. El continente móvil”. *Dossier Vanguardia*, nº 22. Enero/marzo 2007.

AA. VV., *Políticas en la Unión Europea*. MADRID: COLEX, 2008

AA.VV. “Comparación de las lesiones por accidentes de trabajo en trabajadores extranjeros y españoles por actividad económica y comunidad autónoma”. *Revista española de salud pública*, nº 2, 2008.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: Los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *RMTAS*, nº 63, 2006.

AJA, E., *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social”, en AAVV, *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales: Veinte años de relaciones laborales en Andalucía, 1983-2003*, Sevilla: CARL, 2003.

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Los derechos laborales individuales y de Seguridad Social de los inmigrantes”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Dir.): *Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes*, Madrid: CGPJ, 2005.

ALFONSO MELLADO, C.L. “La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar”. *Revista de Derecho Social*, nº 43, 2008.

ALONSO GARCÍA, B. “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del art. 14 de la LO 4/2000 de 11 de enero” *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 110, 2002.

ALONSO PEREZ, M.T., “Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo (art. 9.2 del estatuto de los trabajadores a la vista del art. 36.3 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”. *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 138, 2008.

ALONSO SECO, J. M. *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid: BOE, 2000.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*. Madrid: Tecnos, 2001.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La protección social del extranjero”, En SERRANO GARCIA, J.M. y MEDOZA NAVAS, N. (Coords.): *Estudios sobre extranjería*, Albacete: Bomarzo, 2005.

ALVAREZ DEL CUVILLO, A. “Una aproximación a los derechos laborales de los extranjeros en España”. En, AAVV., *Régimen jurídico de los extranjeros en España: Jornada sobre nacionalidad y extranjería*. Cadiz: Aula Universitaria del Estrecho, 2005.

ALVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de Seguridad Social. /En/ *Revista de Temas Laborales*, nº 96, 2008

ANZÓN VILAS, F.V.: “Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes “irregulares”: la STS (Sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003”, *Revista de Derecho Social*, nº 24, 2003

ARASTEY SAHUN, M.L., “El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”. *Tribuna social*, nº 142, 2002.

ARENAS VIRUEZ, M., *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Sevilla: CES de Andalucía, 2008

ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A. (2001): “Procesos de implantación de políticas de rentas mínimas de inserción en España” en, MORENO FERNANDEZ, L. (Coord.) *Pobreza y exclusión: la "malla de seguridad" en España*. Madrid: CSIC-ISSA, 2001.

ASENJO PINILLA, J.L. “Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales”. *Cuadernos de Derecho Dudicial*, nº 9, 2001.

ASENSI SABADER, J. (Dir.) *Comentarios a la Ley de extranjería reformada por la ley 8/2000 de 22 de diciembre*. Zaragoza: Edijus, 2001.

AUBARELL, G. (Dir.) *Perspectivas de la inmigración en España*. Barcelona: Icaria, 2003.

AZURMENDI, INCHAUSTI, M. “Los derechos y la integración de los inmigrantes en Europa”. En, ORTEGA MARTIN, E (Dir.) *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*. Madrid: CGPJ, 2006.

AYALA CAÑÓN, L., “Los sistemas generales de rentas mínimas en Europa: logros, límites y alternativas”, *Documentación social*, núm. 96, 1994.

AYALA CAÑÓN, L., “Las rentas mínimas en el estado de bienestar español” en, MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. (Coord.) *El estado del bienestar en el cambio de siglo: una perspectiva comparada*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

AYALA CAÑÓN, L., *Las rentas mínimas en la reestructuración de los Estados de Bienestar: un análisis económico desde una perspectiva comparada.*, Madrid: CES, 2000.

AYALA CAÑÓN, L., “La descentralización territorial de los sistemas de garantía de rentas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 23, nº 2, 2005.

BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M. G., “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 60, 2006.

BAREA, M. y CESANA, G., “La subsidiariedad horizontal en la protección social de la Unión Europea”. En AA.VV. *Welfare in Europa*. Firenze: Società Editrice Fiorentina, 2003.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo; CHARRO BAENA, Pilar. “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”. En AA.VV. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander: Consejería de industria, trabajo y desarrollo tecnológico, tomo II, 2001.

BEGOÑA PÉREZ, E., “Rentas mínimas y políticas de activación”, *Documentación social*, nº 143, 2006.

BENEYTO CALABUIG, D. *Los trabajadores extranjeros: análisis y comentarios del nuevo reglamento de extranjería de 30 de diciembre de 2004*. Valencia: CISSpraxis, 2004.

BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., y MOMPARTLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BODAS MARTÍN, R.: “La protección de los trabajadores autónomos por contingencias profesionales”, *Documentación Laboral*, nº 81, 2007.

BONET I PEREZ, J. *La convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares*. Barcelona: Asociación para las Naciones Unidas en España, 1999.

BORDONADO BERMEJO, J., “El origen de los derechos y libertades de los extranjeros en España”. *Estudios geográficos*, nº 261, 2006, pp. 417-439.

BUENO ABAD, J. R., *Los servicios sociales como sistemas de protección social*, Valencia: NAU Libres, 1992

CABEZA PEREIRO, J.: “Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social”, *Temas Laborales (Monográfico sobre las reformas en materia de Seguridad Social)*, nº 66, 2002.

CABEZA PEREIRO, J.: “La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2008.

CACHON, L. “Segregación sectorial de los inmigrantes en el mercado de trabajo en España”. *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 10, 1997.

CAMAS RODAS, F. “La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la compatibilidad entre las sanciones derivadas de la comisión de las infracciones de la LISOS y en la LOE. *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 116, 2003.

CAMOS VICTORIA, I.: “Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar”, *Relaciones Laborales*, , nº 12, 2004.

CAMPO CABAL, J.M. (Coord.) *Comentarios a la Ley de extranjería*. Madrid: Civitas, 2001.

CARBAJAL, M.I., “Algunas notas sobre el perfil de los ciudadanos extranjeros en situación irregular en España en 2002 y 2003”. *Migraciones*, nº 15, 2004.

CARDENAL MONTRAVETA, S. CARDNAL ALEMANY, F. “El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 in fine CO). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial”. *Revista del Poder Judicial*, nº 66, 2002.

CARDONA ALVAREZ, A. M. “Derechos laborales individuales, colectivos y de seguridad social, de los trabajadores extranjeros en España”. En GUERRERO VILLALBA, J.A., *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006

CARPENA NIÑO, J.M. “La seguridad social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro”. *RMTAS*, nº 59, 2005.

CARRASCO CARPIO, C. *Mercados de trabajo: los inmigrantes económicos*. Madrid: IMSERSO, 2002.

CARRASCO CARPIO, C., “La protección social de los inmigrantes no comunitarios”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 23, nº 2, 2005.

CASTELLO ROSELLO, V. “Inmigración y mercado de trabajo”. *Capital Humano: Revista para la Integración y Desarrollo de los Recursos Humanos*, nº 204 extr. 2006.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y CAMARA BOTÍA, A.: *La acción protectora del Régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2005.

CEINOS SUÁREZ, A., “Régimen jurídico del trabajo de extranjeros en España (I)”, *Actualidad Laboral*, nº 21, 2007.

CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid: La Ley, 2006.

CICHON MICHAEL Y KRYSZTOF HAGEMER. “Cambios en el paradigma de las políticas de desarrollo: inversión en una seguridad social mínima para todos”. *Revista Internacional de Seguridad Social* v. 60, nº 2-3, 2007.

COLECTIVO IOÉ, *Inmigrantes, trabajadores, ciudadanos: una visión de las migraciones desde España*. Valencia: Universitat de valencia, 1999.

COLECTIVO IOÉ, *Mujer, migración y trabajo*. Madrid: IMSERSO, 2001.

COLECTIVO IOÉ; “Inmigrantes extranjeros en España: ¿reconfigurando la sociedad?” *Panorama social*, nº 1, 2005.

COMISION EUROPEA. *Normativa comunitaria en materia de Seguridad Social*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas: Luxemburgo, 2005

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, Madrid: CES, 2004

CORNEJO SALAMANCA, J. “Las rentas mínimas de inserción en Andalucía (1990/2001): el programa de solidaridad de los andaluces”, En, MORENO FERNANDEZ, L. (Coord.) *Pobreza y exclusión: la "malla de seguridad" en España.*, Madrid: CSIC-ISSA, 2001.

CRISTOBAL RONCERO, M.R. “Políticas activas de empleo de los inmigrantes”. *RMTAS*, nº 63, 2006.

CRUZ VILLALON, J., “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 14, 2005,

CRUZ VILLALÓN, J., “La protección social de la dependencia”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 89, 2007..

CHARRO BAENA, P. “La estabilidad en el empleo como factor de integración del trabajador extranjero no comunitario” *Migraciones*, nº 6, 1999.

CHARRO BAENA, Pilar. “Trabajadores extranjeros “ilegales” y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social”. *Aranzadi Social*, Vol III, 1999.

CHARRO BAENA, P BENLLOCH SANZ, P. “Los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente: una modificación con freno y marcha atrás”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004.

CHARRO BAENA, P. “Trabajo irregular de extranjero y prestación por desempleo. Sentencias comentadas: SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 17 (AS 2005, 3384) y 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3387)” *Aranzadi Social*, nº 21, 2005. Ref. electrónica BIB 2005\2739.

DE LA FUENTE LAVÍN, M., “Políticas de empleo y rentas mínimas”. *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, nº 10, 2001.

DE LA VILLA GIL, L.E. “Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones”. AAVV, Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Madrid, Noviembre, 2005. Sede de Madrid (policopia)

DE LUCAS, J. “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones” En, ÁGUILA, R. DEL, (Coord.), *Inmigración. Un desafío para España*. Madrid: Pablo Iglesias, 2005.

DESDENTADO BONETE, A., PUEBLA PINILLA, A. DE LA, “La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia” *Tribuna Social*, nº 125, 2001.

DIAZ AZNARTE, M.T. “La acción protectora de la seguridad social supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena”. *Actualidad laboral*, nº 43, 2001.

DIEZ, L. “El régimen jurídico de la inmigración en España: contexto, texto y pretexto”, *Documentación social*, nº 121, 2000.

ESPLUGUES MOTA, C., DE LORENZO SEGRELLES, M. *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. Y MOLINA NAVARRETE, C. “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España:

comentarios a la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 251, 2004.

ESTÉVEZ GONZÁLEZ, M. C. *Las rentas mínimas autonómicas: estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*. Madrid: CES, 1998.

ESTIVILL PASCUAL, J. “Las ambivalencias de las rentas mínimas”, *Documentación social*, nº 78, 1990.

EU. *Statistics in focus. Población and social conditions*. 14/2006. Eurostat

FANTOVA AZCOAGA, F. *Sistemas públicos de servicios sociales: nuevos derechos, nuevas respuestas*, Bilbao: Deusto, 2008.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. “Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo”. *Aranzadi Social*, nº 10, 2003. Ref. electrónica BIB 2003\1027.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. “Novedades introducidas por la LO 14/2003, de reforma de la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2003.

FERNANDEZ COLLADOS, M.B. “Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario sobre la base del art. 36.3 LOE”. *Aranzadi social*, nº 17, 2005.

FERNANDEZ COLLADOS, M. B. *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Murcia: Laborum, 2007.

FERNADEZ COLLADOS, M. B. “Más doctrina judicial sobre los Derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de Seguridad Social: comentario a la SSTSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2006 ( AS 2007, 1561) y del País Vasco de 13 de febrero de 2007 ( AS 2007, 900)”. *Aranzadi Social*, nº 11, 2007,

FERNADEZ COLLADOS, M. B., CARDENAL CARRO, M.: “Novedades introducidas por el nuevo reglamento en el régimen de entrada, permanencia, trabajo y salida de los extranjeros”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 659, 2005

FERNANDEZ MIRANDA, E., “Inmigración: derechos y estados del bienestar, derechos sociales.” En. AA.VV. *Mercado de trabajo, inmigración y estado del bienestar: aspectos económicos y debate político*. Madrid: FEDEA, CEA, 2001.

FERNANDEZ ORRICO, F.J. “La protección social de los extranjeros en España”. *Aranzadi social*, nº 21, 2001.

FERNANDEZ ORRICO, F.J. “La coordinación de las prestaciones especiales no contributivas en los diversos Estados de la Unión, antes y después del Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril”. *RMTAS*, nº 61, 2006.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. “Extranjería: principios de Derecho Internacional General”. *Economía y sociología del trabajo*, n°11, 1990.

FERNADEZ SEGADO, F. “El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España”. *Teoría y Realidad constitucional*, n° 7, 2001.

GALA DURÁN, Carolina. “Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas. Análisis de una nueva realidad”, En, AA.VV. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander: Consejería de industria, trabajo y desarrollo tecnológico, tomo II, 2001.

GALA VALLEJO, C.: *Régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*. Madrid: MTAS, 2004

GALLEGO CALDERÓN, R. et al., *Estado de bienestar y comunidades autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España*. Madrid: Tecnos, 2003.

GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C., “La asistencia sanitaria y los Reglamentos 1408/71 y 574/72. La Coordinación comunitaria de las prestaciones en especie y en metálico de enfermedad y maternidad” En AAVV. *Problemática Española de la Seguridad Social Europea*. Granada: Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1999.

GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C., “La coordinación de regimenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros países”. *RMTAS*, n° 42, 2003.

GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C., “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004)”. *RMTAS*, n° 64, 2006.

GARCÍA MURCIA, J.: “Derechos Laborales y de Protección Social en la Ley de Extranjería”, *Tribuna Social*, n° 133, 2002.

GARCIA MURCIA, J., “El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad inevitable?”. *Relaciones laborales*, n° 9, 2003

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., “Obligaciones y responsabilidades de las empresas en materia de inmigración: puntos críticos al hilo de la reciente jurisprudencia e materia de accidentes de trabajo y despido”. En, AA.VV., *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley, 2004.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., MERCADER UGUINA, J.R., “Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales”. *Justicia laboral*, n° 16, 2003.

GARCÍA ROMERO, A.B., *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid: CES, 1999

GARCÍA ROMERO, B.: *Seguridad Social agraria: acción protectora*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

GARCIA RUIZ, E. “Aspectos económicos y jurídicos de la inmigración en España”. *Temas Laborales*, n° 78, 2005.

GARCIA VALVERDE, M.D. “La contratación ilegal de extranjeros”, *Revista de Derecho Social*, n° 43, 2008.

GARCIA VIÑA, J., “Algunas reflexiones sobre el campo de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004 de 29 de abril”. *RMTAS*, n° 64, 2006.

GIL IBÁÑEZ, J.L.: “Los trabajadores autónomos extracomunitarios”, *Documentación Laboral*, n° 81, 2007.

GOIG, J. *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*. Madrid: Universitas Internacional, 2004.

GOMEZ ABELLEIRA, F.J., “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”. *Relaciones Laborales*, n° 12, 2004.

GOMEZ ABELLEIRA, F.J., “La autorización de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia” *RMTAS*, n° 63, 2006.

GÓMEZ ABELLEIRA, F., QUINTERO LIMA, G.: “La Seguridad Social de los extranjeros no comunitarios que se desplazan dentro de la Unión Europea: alcance del nuevo Reglamento (CE) 859/2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) 1408/1971 a los nacionales de terceros países”. *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004.

GÓMEZ GORDILLO, R., “Derechos y libertades de los extranjeros en España. Crónica del XII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. *Temas Laborales*, n° 60, 2001, p. 275-287.

GONZALEZ DIAZ, E. A., *Contenido y límites de la Prestación de Asistencia Sanitaria*. Navarra: Aranzadi, 2003.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La Ley 31/1984 de protección por desempleo: objeto de la protección y personas protegidas” En, AAVV *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid: Tecnos, 1985.

GONZALEZ ORTEGA, S., “La Libertad de circulación de trabajadores”. E, AAVV. *Derecho Comunitario (Volumen I) Las Libertades Fundamentales*. Colex: Madrid, 2001

GONZALEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, *Relaciones Laborales*, n° 17-18, 2004.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Garantía de los recursos mínimos de subsistencia y renta activa de inserción en la Comunidad Autónoma Andaluza”, en VV.AA., *Veinte años de relaciones laborales en Andalucía, 1983-2003*, Sevilla: CARL, 2003.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.; BARCELÓN COBEDO, S.; QUINTERO LIMA, M.G. *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GONZALO GONZALEZ, B. *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.

GONZALO GONZÁLEZ, B.. “Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España. Tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre”. *RMTAS*, nº 2, 1997.

GONZALO GONZALEZ, B. “Los inmigrantes iberoamericanos y su Seguridad Social en España”. *Foro de Seguridad Social*, nº 4, 2001.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M.: “La protección de Seguridad Social a los alógenos”, En SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C (Coord.): *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Murcia: Laborum, 2001.

HAAS PACIUC, ALEXNDRA, *Trabajadores migrantes indocumentados: condición migratoria y derechos humanos*. Mexico: Porrúa, 2005.

HIERRO HIERRO, F.J.: *El régimen especial agrario de la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, 2005.

HIERRO HIERRO, F.J.: “La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia”, *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 116, 2003.

HIERRO HIERRO, F.J.: “Algunas cuestiones sobre la protección social de los trabajadores inmigrantes empleados en la agricultura”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 9, 2005.

IGARTÚA MIRÓ, M. T. “El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2005. Ref. electrónica BIB 2005\2742.

IGARTUA MIRO, M.T. “Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Aranzadi Social*, nº 20, 2006.

IGLESIAS CABERO, M., “Protección social de los trabajadores extranjeros”, En SALINAS MOLINA, F. (Dir.): *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Cuadernos de de Derecho Judicial, IX. Madrid: CGPJ, Madrid, 2001.

IZQUIERDO, ESCRIBANO, A (Dir.) *Inmigración, mercado de trabajo y protección social en España*. Madrid: CES, 2003

JABARDO VELASCO, M., *Senegaleses en España. Conexiones entre origen y destino*. Madrid: MTAS, 2006.

KULKE, U., “Cometido presente y futuro de las normas de la OIT en la materialización del derecho a la seguridad social”. *Revista Internacional de Seguridad Social* v. 60, 2-3/2007.

LAPARRA NAVARRO, M., et al “Las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas”, *Documentación social*, nº 96, 1994.

LAPARRA NAVARRO, M., (Ed.) *Extranjeros en el purgatorio: integración social de los inmigrantes en el espacio local*. Barcelona: Bellaterra, 2003.

LINARES MÁRQUEZ DE PRADO E., “Rentas mínimas de inserción en España: hacia una necesaria evaluación”, *Cuadernos de trabajo social*, nº 7, 1994.

LÓPEZ CUMBRE, L.: “La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros”, *Tribuna Social*, nº 187, 2006.

LÓPEZ CUMBRE, L.”Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones” En, AAVV, Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Madrid, Noviembre, 2005. Sede de Madrid. (policopia)

LÓPEZ GANDÍA, J.: “Pluriactividad y Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2005.

LOPEZ LOPEZ, J., *Seguridad Social Comunitaria y Jurisprudencia Española*. Cívitas: Madrid, 1996.

LOPEZ LOPEZ, J. (Dir.) *Derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes*. Madrid: CGPJ, 2006.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares”, *Aranzadi Social*, nº 7-8, 2004.

LUJÁN ALCARAZ, J. “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero”. *Aranzadi social*, nº 21, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Pamplona: Aranzadi, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J. “La reforma de los reglamentos de Seguridad Social acometida por Real Decreto 1041/2005 (RCL 2005\1834)”. *Aranzadi Social*, nº 15, 2005. Ref. electrónica BIB 2005\2313.

LLOMPART BENNASSAR, M.: “Régimen jurídico de los enclaves laborales”, *Actualidad Laboral*, nº 21, 2007.

MANRIQUE LOPEZ, V.F., “Normativa comunitaria actualmente vigente en el llamado Derecho europeo de la Seguridad Social”. *Estudios de Deusto*. Vol. 54/1. Junio 2008.

MARCHELO SERVÓS, C. *Servicios sociales: modelos y perspectivas*, Madrid: Ediciones Académica, 2008.

MARHOLD, F. y PIETERS “Asistencia sanitaria por enfermedad y por maternidad. El nuevo Reglamento de Coordinación de la Seguridad Social/UE) 883/2004” *RMTAS*, nº 64, 2006.

MARÍN CORREA, J.M.: “Beneficios a favor de trabajadores del mar (R.D. 869/2007, de 2 de julio)”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2008.

MARIN LOPEZ, A., “Los derechos civiles, publicos, laborales, economicos y culturales de los extranjeros en España”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 6, 2003..

MARÍN MARÍN, J., y GALLEGO MOYA, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio Jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2005.

MÁRQUEZ PRIETO, A. “Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones”, En, AAVV, Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Madrid, Noviembre, 2005. Sede de Málaga. (policopia)

MARTIN URRIZA, C. “La política de integración laboral de los inmigrantes”. *Temas para el Debate*, nº 160, 2008.

MARTIN VALVERDE, A. “Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería”. *Tribuna Social*, nº 126, 2001.

MARTIN VALVERDE, A. “Continuidad y cambio en el nuevo reglamento de la Ley de extranjería”. *Derecho de los negocios*, nº 175, 2005.

MARTINEZ ALARCON, M.L. “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración. Principales novedades”. *Actualidad Administrativa*, nº 6, 2005..

MARTÍNEZ FONS, D. “Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que adolecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia STSJ Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384)” *Iuslabor*, nº 2, 2006.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A., “La afiliación de trabajadores a la Seguridad Social” *Aranzadi Social*, vol. III, parte estudio, 1996. Ref. electrónica BIB 1996\108.

MARTINEZ LUCAS, J.A. “La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo como infracción administrativa”. *Actualidad laboral*, nº 3, 2001.

MARTÍNEZ MOYA, J.: “Extranjería: cuestiones controvertidas en el orden social”, En MÉNDEZ CANSECO, J.F. (Dir.): *Extranjería*, Manuales de Formación Continua – 39, Madrid: CGPJ, 2006.

MARTÍNEZ TORRES, M. “Los sistemas de rentas mínimas en España y la Unión Europea: un análisis comparado”, *Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 13, 2004.

MARTÍNEZ TORRES, M., “Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada”, *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 23, nº 2, 2005.

MARTINEZ VEIGA, U., *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*. Madrid: Trotta, 1997

MARTINEZ VEIGA, U. “Pobreza absoluta e inmigración irregular. La experiencia de los inmigrantes sin papeles en España”. *Papeles de Economía Española*, nº 98, 2003.

MARTINEZ VEIGA, U., *Trabajadores invisibles: precariedad, rotación y pobreza de la inmigración en España*. Madrid: La Catarata, 2004.

MELGUIZO SANCHEZ, A., “Inmigración y economía: un enfoque global”. *Economía Exterior*, nº 28, 2004.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *La protección social de los trabajadores extranjeros*, defendida en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (en AA.VV. *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander: Consejería de industria, trabajo y desarrollo tecnológico, tomo II, 2001, p. 1103-1216.

MERCADER UGUINA, J.R. “Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración: buenas ideas, inciertas realizaciones”. *Relaciones Laborales*, tomo II, 2001

MERCADER UGUINA, J.R.: “Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2004.

MERCADER UGUINA, J. “Concepto y concepciones de la dependencia”, *Relaciones Laborales*, nº 17-18, 2004.

MERCADER UGUINA, J.R. “La prestación de dependencia en la Jurisprudencia del tribunal de las Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Ceri y Hosse” *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, 2006, nº 11 ( www.iustel.com).

MERCADER UGUINA, J.R. “Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia”. *Temas Laborales*, nº 89, 2007.

MERCADER UGUINA, J.R.; TOLOSA TRIBIÑO, C., “El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia”. *Relaciones Laborales*, nº 11, 2003.

MIGUEL PAJUELI, F. DE, “La protección social de los extranjeros en España”. En PALOMAR OLMEDA, A (Dir.) *Tratado de extranjería*, Navarra: Aranzadi, 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid: CES, 1996.

MONEREO PEREZ, J.L. (Dir.) *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*. Granada: Comares, 2001.

MONTOYA MELGAR, A. “El derecho internacional de la Seguridad Social”. *Revista de Política Social*, nº 61, 1964.

MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

MORCILLO GARCÍA, A.: “La insuficiencia de las actuales políticas de rentas mínimas y el reto de la ciudadanía social universal”, *Revista Vasca de sociología y ciencia política*, nº 32, 2002

MORENO MÁRQUEZ, G. “La reformulación del Estado del Bienestar: el workfare, las políticas activas de empleo y las rentas mínimas”, *Revista de Servicios Sociales*, nº 43, 2008.

MORENO PUEYO, M. “Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española” *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 257-258, 2004.

MORENO PUEYO, M. “Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones” En, AAVV, Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Madrid, Noviembre, 2005. Sede de A Coruña. (policopia)

MOYA ESCURDERO, M. *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*. Granada: Comares, 1999.

MOYA ESCUDERO, M. (Dir.) *Comentario sistemático a la ley de extranjería*. Granada: Comares, 2001.

MOYA ESCUDERO, M., Y RUEDA VALDIVIA, R. *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*. Madrid: La Ley, 2002.

NIETO ROALES-NIETO, C. “La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar”. *Migraciones*, nº 18, 2005, pp. 199-215.

NOGUERA , J. A. “Las políticas de garantías de rentas: II protección por desempleo y rentas mínimas de inserción”, En, ADELANTADO GIMENO, J., (Coord.) *Cambios en el Estado del Bienestar: políticas sociales y desigualdades de España*. Barcelona: Icaria, 2000.

OIT 2000. *Informe sobre el Trabajo en el mundo 2000: la seguridad de los ingresos y la protección social en un mundo en plena transformación*. Oficina Internacional del Trabajo.

OIT 2002, *Seguridad Social: un nuevo consenso*. Oficina Internacional del Trabajo.

OIT 2005, *La protección social como factor productivo*. Oficina Internacional del Trabajo.

OJEDA AVILES, A., “Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De <zonas grises> a cuerpo central?” En, AAVV. *Problemática Española de la Seguridad Social Europea*. Granada: Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1999.

OJEDA AVILES, A., *El sistema Común Europeo de Seguridad Social. Un enfoque integrado*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1997.

OLARTE ENCABO, S.: “Seguridad Social e inmigración: luces y sombras en los cambios normativos no explicitados en el nuevo milenio”, *Temas Laborales (Monográfico sobre las reformas en materia de Seguridad Social)*, nº. 66, 2002.

OLARTE ENCABO, S., “Imputación de responsabilidades en orden a prestaciones del empresario en supuesto de accidente de trabajo de extranjero sin permiso”. *Temas Laborales*, nº 67, 2002

OLARTE ENCABO, S., “Prestación no contributiva por hijos a cargo: replanteamiento del requisito de la convivencia en supuestos de extranjería”. *Temas Laborales*, nº 69, 2003

OLARTE ENCABO, S. “Pensiones de invalidez: error de cálculo en el grado de minusvalía y derecho a la tutela judicial efectiva. Una incipiente vía de constitucionalización de la Seguridad Social. STC 141/2003, de 14 de julio” *Temas Laborales* nº 72, 2003.

OLARTE ENCABO, S.: “Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 2006.

OLARTE ENCABO, S. “Los servicios sociales como mecanismo de atención a la dependencia”, *Temas Laborales*, nº 89, 2007

OLMO FERNADEZ-DELGADO, L. “El derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros” *Aranzadi social*, nº 11, 2005.

ORDOÑEZ SOLIS, D., “Seguridad Social y Unión Europea: Las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”. *Actualidad Laboral*, nº 7, 2001.

PALOMAR OLMEDA A., *Régimen jurídico de los extranjeros: aspectos jurídico-administrativos sobre la Ley y el Reglamento de Extranjería*. Elcano: Aranzadi, 2001.

PALOMAR OLMEDA, A. “Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia”. *Actualidad Juridica Aranzadi*, nº 637, 2004, pp. 1-8.

PALOMAR OLMEDA, A., “La protección social de extranjeros e inmigrantes: una vision desde la jurisprudencia del orden social” *Documentación administrativa*, nº 271-272, 2005.

PÉREZ MILLA, J., “De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* , nº 5, 2004

PINYOL, G. (Coord.) *Inmigración y derechos de ciudadanía*. Barcelona: Fundación CIDOB, 2006

POLO SANCHEZ, M.C. *Derechos fundamentales y libertades publicas de los trabajadores extranjeros en España*. Madrid: CES, 1994.

PRADOS DE REYES, F.J Y OLARTE ENCABO, S. “Constitución y políticas migratorias: ¿una constitución de emigrantes para inmigrantes?” En, SEMPERE NAVARRO, A. MARTIN JIMENEZ, R. (Coords.) *El modelo social en la Constitución española*. Madrid: MTAS, 2003.

PUMARES FERNANDEZ, P. “Efectos de la inmigración regularizada sobre el cambio en la estructura por regimenes y grupos de cotización de la Seguridad Social”. *Estudios Geográficos*, nº 261, 2006.

QUINTANS GARCIA, J., “La Administración como empresario. Dos aspectos: la responsabilidad laboral de la administración en la contratación de obras y servicios y la contratación laboral de trabajadores extranjeros” *Cuadernos de Derecho Local*, nº 9, 2005.

RAMOS QUINTANA, M. “Los derechos de los trabajadores extranjeros”. *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 86, 1997.

RAMOS QUINTANA, M. “Trabajadores extranjeros e integración social.” *Temas Laborales*, nº 54, 2000.

RAMOS QUINTANA, M. “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”. *Justicia Laboral*, nº 23, 2005.

RAVENTÓS PAÑELLA, D. “La renta básica”, *CEFD*, nº 4, 2001.

RELAÑO PASTOR, E. “Los continuos cambios de la política de inmigración en España”. *Migraciones internacionales*, nº 2, 2004, pp. 110-141.

REY PÉREZ, J. L. “El derecho al trabajo, ¿forma de exclusión social?: las rentas mínimas de integración y la propuesta del ingreso básico”, *ICADE (Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales)*, nº 62, 2004.

RINKEN, S. “Difusión y características del empleo sumergido entre los trabajadores procedentes de países menos desarrollados”. *Temas laborales*, nº 77, 2004.

RIVERA SANCHEZ, J.R. “La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular”. *Aranzadi Laboral*, nº 2, 2002.

RODRIGUEZ BENOT, A, HORNERO MENDEZ, C (Coords.) *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Granada: Comares, 2001.

RODRIGUEZ CABRERO, G. “Protección social de los inmigrantes extranjeros”. En, IZQUIERDO, ESCRIBANO, A (Dir.) *Inmigración, mercado de trabajo y protección social en España*. Madrid: CES, 2003

RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A.: *Ámbito subjetivo del Sistema Español de Seguridad Social*, Madrid: Thomson-Aranzadi, 2006.

RODRIGUEZ COPE, M.L. “Aspectos socio-laborales del nuevo reglamento de extranjería”. *Tribuna social*, nº 170, 2005.

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, C. “Notas sobre el marco normativo internacional de la protección de los trabajadores migrantes: globalización económica versus derechos laborales”. *Anuario hispano-luso-americano de Derecho Internacional*, nº 18, 2006.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones”. En, AAVV, Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Madrid, Noviembre, 2005. Sede de Murcia.(policopia)

RODRIGUEZ MESA, M.J. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. *El sistema de servicios sociales español y las nuevas necesidades derivadas de la atención a la dependencia*, Madrid: Fundación Alternativas, 2006.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. “El acceso al mercado de trabajo se los extranjeros no comunitarios”. *Relaciones laborales*, nº 22, 2000.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”. *Relaciones laborales*, nº 8, 2001.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios”. *Relaciones laborales*, nº 13, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La protección social de la dependencia”, *Relaciones Laborales*, nº 23-24, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BARVO-FERRER, M. “Los objetivos generales de la protección de las personas en situación de dependencia”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº. 89, 2007.

RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., “Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena”. En, RODRIGUEZ BENOT, A, HORNERO MENDEZ, C (Coords.) *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Granada: Comares, 2001.

ROJO ALCALDE, J., MARCOS SANZ, R. DE., “Trabajadores extranjeros en España”. *Economía y sociología del trabajo*, nº 11, 1990.

ROJO TORRECILLA, E., “Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía” En, LOPEZ LOPEZ, J. (Coord.) *Seguridad social y protección social, temas de actualidad*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ROLDÁN GARCÍA, E., *Políticas de servicios sociales*, Madrid: Síntesis, 2006.

ROQUETA BUJ, R., “Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 10, 2005.

RUANO ALBERTOS, S. “Las autorizaciones de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios”. *Tribuna social*, nº 178, 2005.

RUBIO DE MEDINA, M.D. CAÑAL RUIZA, J.M. *Los empleados domésticos extranjeros*. Barcelona: Bosch, 2006.

RUEDA VALDIVIA, Ricardo. *El derecho de la Seguridad Social de los extranjeros*. /En/ AAVV, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, 2006.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M. “El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el Derecho español” . *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 69, 2006.

RUIZ RODRIGUEZ, L.R., “La siniestralidad laboral entre trabajadores extranjeros: el fenómeno y la respuesta penal”. *Revista de Derecho Social*, nº 38, 2007.

SACRISTAN ROMERO, F. “Situación legal de los trabajadores extranjeros estables y temporeros en España”. *Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, nº 40, 2006.

SACRISTAN ROMERO, F. “Situación legal de los trabajadores extranjeros”. *Revista de Estudios Locales*, nº 88, 2006.

SALINAS MOLINA, F. “El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 9, 2001.

SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: régimen general y contingente”. *RMTAS*, nº 63, 2006

SÁNCHEZ CARRIÓN, J.L. “Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el Derecho comunitario”. *RMTAS*, nº 47, 2003.

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*. Granada: Comares, 1997.

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Coordenadas de la protección social de los migrantes: el marco comunitario, nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Murcia: Laborum, 2005.

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral”. *RMTAS*, nº 63, 2006.

SANCHEZ-TERAN HERNANDEZ, J.M. “¿La obligación de la cotización a la seguridad social es independiente de la previa afiliación?” *Información laboral*, nº 24, 2004.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía.” *RMTAS*, nº 63, 2006.

SANCHO SALA, J. “Los extranjeros frente al sistema de Seguridad Social. Especial referencia a la afiliación y a las prestaciones”. En, AAVV, *Jornadas Descentralizadas de los Letrados de la Administración de la Seguridad Social*, Madrid, Noviembre, 2005. Sede de Barcelona. (policopia).

SANTOS GONZÁLEZ, M. y SANZ HERNANDO, E. “La medición de la exclusión social. Dos aplicaciones: las rentas mínimas de inserción y las empresas de inserción”, *Intervención psicosocial: Revista sobre igualdad y calidad de vida*, Vol. 10, nº1, 2001.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (Dir.) *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería: ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

SANZO GONZÁLEZ, L. “La regulación de un sistema de rentas mínimas a nivel estatal: algunas reflexiones”, *Revista de Servicios Sociales*, nº 43, 1995.

SANZO GONZÁLEZ, L., “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 23, nº. 2, 2005.

SARASA URDIOLA, S. “Pobreza y rentas mínimas”, En NAVARRO LOPEZ, V. (Coord.) *La situación social en España*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

SEGARRA, E., *Consecuencias jurídicas de la irregularidad: el extranjero inmigrante irregular, empadronado trabajando y con orden de expulsión, ¿una nueva situación legal?* Barcelona: Fundación CIDOB, 2004

SEMPERE NAVARRO, A. “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria. El Reglamento 883/2004”. *Aranzadi Social*, nº 9, 2004.

SEMPERE NAVARRO, A.V., CAVAS MARTÍNEZ, F. *La Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Pamplona: Aranzadi, 2007

SERRANO ARGÜESO, M. “Los derechos laborales en la nueva ley de extranjería. Un estudio comparado de la leyes orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo reglamento sobre extranjería. *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 111, 2002.

SERRANO GARCIA, J.M. *Trabajadores y Seguridad Social*. Albacete: Altabán, 2005.

SOLA MONELLS, X.: “Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites”, *Tribuna Social*, nº 133, 2002.

TAJADURA TEJADA, J. “Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 7, 2004.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del Derecho del Trabajo de los Extranjeros en España)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. “Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva ley de extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña, de 14 de mayo de 2002”. *Actualidad laboral*, nº 10, 2003.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. “Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos” *RMTAS*, nº 63, 2006.

TEZANOS VAZQUEZ, S. “Los inmigrantes sin hogar en España: un caso extremo de exclusión social”. *RMTAS*, nº 55, 2004.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. “La Seguridad Social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007, Sala de lo Social, Sección 1.” *Aranzadi Social*, nº 13, 2007.

TRIGUERO MARTINEZ, L.A. “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre”. *Relaciones laborales*, nº 6, 2008.

TRINIDAD GARCIA, M.L. “El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España”. *Migraciones*, nº 13, 2003.

TRINIDAD GARCIA, M.L. *Marco legal de la inmigración. El trabajo por cuenta propia*. Sevilla: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2003.

USÚA PALACIOS, F., FORNIELES PÉREZ, H. “Extranjeros en el sistema de Seguridad Social. (Algunas dudas sobre la inclusión de ciudadanos extranjeros en el sistema español de Seguridad Social)” *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 1999, Vol. V. Parte Comentario. Ref. electrónica BIB 1999\1428.

VAL TENA, A.L. DEL, “El derecho de los extranjeros a la protección a la salud”. *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 109, 2002.

VALDUEZA BLANCO, M.D.: “Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2003.

VALDUEZA BLANCO, M.D., “Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”. *Relaciones laborales*, nº 1, 2005.

VALDUEZA BLANCO, M.D. “Repercusión de la reforma de los derechos sociolaborales de los extranjeros”. *Temas Laborales*, nº 73, 2004.

VALIENTE ORTS, M. “Un marco legal para la integración social de los extranjeros”. *Documentación social*, nº 132, 2004.

VANPOUCKE, B. y ESSERS, G., *Guía del trabajador móvil europeo*. Confederación Europea de Sindicatos (CES), 2007.

VAN RAEPENBUSCH, S., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*. Madrid: MTAS.1992.

VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Pamplona: Thomson-Civitas, 2004

VIDA SORIA, J. *Manual de Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 4ª ed. 2008

## **X. ANEXOS**

### **1. CONVENIOS BILATERALES**

#### ANDORRA

Convenio: 9-11-2001 (BOE 4-12-02)

Acuerdo Administrativo: 9-11-2001 (BOE 4-12-02)

Vigencia: 1-1-2003

#### ARGENTINA (Convenio antiguo)

Convenio: 28-5-1966 (BOE 16-9-67)

Acuerdo Administrativo: 28-5-1966 (BOE 10-11-67)

Vigencia: 1-9-1967

Acuerdo Complementario: 21-4-1969 (BOE 5-7-69)

Acuerdo Complementario: 14-5-2002 (BOE 19-9-02)

Vigencia: 1-6-2002

#### ARGENTINA (Convenio nuevo)

Convenio: 28-1-1967 (BOE 10-12-04)

Vigencia: 1-12-2004

Acuerdo Administrativo: 3-12-1997 (BOE 10-12-04)

Vigencia: 1-12-2004

Acuerdo Complementario: 14-5-2002 (BOE 19- 6-02)

Vigencia: 1-6-2002

#### AUSTRALIA

Convenio: 31-1-2002 (BOE 19-12-02)

Acuerdo Administrativo: 20-12-2002 (BOE 25-2-03)

Vigencia: 1-1-2003

#### BRASIL

Convenio: 16-5-1991 (BOE 15-1-96)

Vigencia: 1-12-1995

Convenio Complementario: (BOE 6-10-03)

Vigencia: 1-6-2002

Acuerdo Administrativo: 23-11-2005 (BOE 9-5-06)

Vigencia: 23-11-2005

#### CANADÁ

Convenio: 10-11-1986 (BOE 1-12-87)

Acuerdo Administrativo: 10-11-1986 (BOE 1-12-87)

Vigencia: 1-1-1988

Protocolo al Convenio: 19-10-1995 (BOE 8-2-97)

Vigencia: 1-5-1997

#### COLOMBIA

Convenio: 6-9-2005 (3-3-08)

Vigencia: 1-3-2008

Acuerdo Administrativo: 29-1-2008

Vigencia: 1-3-2008

## CHILE

Convenio: 28-1-1997 (BOE 25-3-98)

Vigencia: 13-3-1998

Convenio complementario: 14-5-2002 (BOE 19-9-02)

Vigencia: 1-6-2002

## ECUADOR

Convenio: 1-4-1960 (BOE 23-10-62)

Vigencia: 1-11-1962

Convenio Adicional: 8-5-1974 (BOE 29-7-75)

Vigencia: 1-7-1975

Acuerdo Administrativo: 5-12-1986 (BOE 13-4-88)

Vigencia: 5-12-1986

## ESTADOS UNIDOS

Convenio: 30-9-1986 (BOE 29-3-88)

Acuerdo Administrativo: 30-9-1986 (BOE 29-3-88)

Vigencia: 1-4-1988

## FILIPINAS

Convenio: 20-5-1988 (BOE 11-10-89)

Vigencia: 1-11-1989

Acuerdo Administrativo: 21-5-1991 (BOE 29-3-93)

Vigencia: 1-4-1992

## MARRUECOS

Convenio: 6-11-1979 (BOE 13-10-82)

Acuerdo Administrativo y Protocolo Adicional: 8-2-1984 (BOE 10-6-85)

Vigencia: 1-10-1982

Protocolo Adicional: 27-1-1998

Vigencia: 1-12-2001

## MÉXICO

Convenio: 17-3-1995 (BOE 17-3-95)

Acuerdo Administrativo: 13-3-1995 (BOE 17-3-95)

Vigencia: 1-1-1995

Convenio Complementario: 15-7-2003 (BOE 15-3-03)

Vigencia: 1-4-2003

## PARAGUAY (Convenio antiguo)

Convenio: 25-6-1959 (BOE 18-4-60)

Vigencia: 1-3-1960

Convenio Complementario: 2-5-1972 (4-10-74)

Acuerdo Administrativo: 19-7-1975 (BOE 6-9-75)

Vigencia: 1-9-1974

## PARAGUAY (Convenio nuevo)

Convenio: 2-2-2006 (BOE 2-2-06)

Vigencia: 1-3-2006

### PERÚ

Convenio: 5-2-2005 (BOE 5-2-05)

Vigencia: 1-2-2005

Acuerdo Complementario: 19-9-2002 (BOE 19-9-2002)

Vigencia: 1-6-2002

### REPÚBLICA DOMINICANA

Convenio: 1-7-2004 (BOE 12-6-006)

Vigencia: 1-7-2006

### RUSIA

Convenio: 24-2-1986

Acuerdo Administrativo: 24-2-1996

Vigencia: 22-2-1996

### TÚNEZ

Convenio: 26-2-2001 (BOE 26-12-01)

Acuerdo Administrativo: 28-1-05 (28-1-05)

Vigencia: 1-1-2002

### UCRANIA

Convenio: 7-10-1996 (BOE 4-4-98)

Vigencia: 27-3-1996

Acuerdo Administrativo: 17-1-2001 (BOE 7-4-01)

### URUGUAY

Convenio: 24-2-2000 (24-2-00)

Vigencia: 1-4-2000

Acuerdo Administrativo: 1-4-2000 (BOE 3-4-2001)

Acuerdo Complementario: 1-12-2005 (BOE 1-12-2005)

## **2. JURISPRUDENCIA**

### **► Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

-STEDH de 16 de septiembre de 1996, TEDH 1996/40 (Gaygusuz c. Austria).

### **► Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea**

- STJCE de 5 de agosto de 1967 (asunto C-1/67)
- STJCE de 22 de junio de 1972 (asunto Frilli, C 1/72)
- STJCE de 28 de mayo de 1974 (asunto Callemeny, C-183/73)
- STJCE de 9 de octubre de 1974 (asunto BIASON, C 24/73)
- STJCE 28 de febrero de 1980 (asunto FELLINGER, C 67/79)
- STJCE de 12 de junio de 1986 (asunto MIETHE, C- 1/85)
- STJCE de 24 de junio de 1988 (asunto REBMAN, C-58/87)
- STJCE de 14 de marzo de 1989 (asunto BALDE C-1/88)
- STJCE de 7 de marzo de 1990 (Asunto C-57/90)
- STJCE de 10 de mayo de 1990 (asunto DI CONTI, C-163/89)
- STJCE de 31 de enero de 1991 (asunto KZIBER, C- 18/90)
- STJCE de 20 de junio de 1991 (asunto NEWTON, C- 356/89)
- STJCE de 8 de julio de 1992 (asunto KNOCH, C-102/91)
- STJCE de 1 de octubre de 1992 (asunto GRISVARD y KREITZ, C- 201/91)
- STJCE de 29 de junio de 1995 (asunto VAN GESTEL, C-454/93)
- STJCE de 28 abril de 1998 (asunto KOHL, C- 158/87)
- STJCE de 28 de abril de 1998 (asunto DECKER, C-120/95)
- STJCE de 12 de julio de 2001 (asunto SMITS y otros, C-157/99)
- STJCE de 16 de octubre de 2001 (asunto STALLONE, C-212/00)
- STJCE de 15 de enero de 2002 (asunto GOTTARDO, C- 55/00)
- STJCE de 21 de febrero de 2002 (asunto RYDERGARD, C-215/00)
- STJCE de 6 de noviembre de 2003 (asunto COMISION/PAYS-BAS, C-311/01)
- STJCE de 11 de noviembre de 2004 (asunto ADANEZ VEGA, C-372/2002)
- STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto NOTEBOOK, C-101/04)
- STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto SALGADO ALONSO, C-306/03)
- STJCE de 12 de abril de 2005 (asunto KELLER, C-145/03)
- STJCE 9 de noviembre de 2006 (asunto CHATEIGNIER, C-346/05)

-STJCE de 16 de enero de 2007 (asunto Pérez Naranjo, C-265/05)

#### ► Tribunal Constitucional

- STC 107/1984 de 23 de noviembre (RTC 1984\107)
- STC 115/1987 de 7 de julio (RTC 1987\115)
- STC 94/1993 de 22 marzo (RTC 1993\94)
- STC 130/1995 de 11 septiembre ([RTC 1995\130](#))
- STC 95/2000 de 10 abril ([RTC 2000\95](#))
- STC 239/2002, de 11 de diciembre ([RTC 2002\239](#))
- STC 72/2005 de 4 abril (RTC 2005\72)
- STC 261/2007 de 20 diciembre (RTC 2007\261)
- STC 236/2007 de 7 noviembre (RTC 2007\236)
- STC 263/2007 de 20 diciembre (RTC 2007\263)
- STC 260/2007 de 20 diciembre (RTC 2007\260)
- STC 262/2007 de 20 diciembre (RTC 2007\262)
- STC 264/2007 de 20 diciembre (RTC 2007\264)
- STC 265/2007 de 20 diciembre (RTC 2007\265)
- STC 259/2007 de 19 diciembre (RTC 2007\259)

#### ► Tribunal Supremo

- STS de 1 de julio de 1987
- STS de 9 de junio de 1987
- STS (Sala 4ª) de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989\2414)
- STS (Sala 4ª) de 2 marzo 1991 (RJ 1991\2096)
- STS (Sala 4ª) de 28 de marzo de 1991
- STS (Sala 4ª) de 21 de diciembre de 1994 (RJ 1994/ 10349)
- STS (Sala 4ª) de 21 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6787)
- STS (Sala 4ª) de 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6887)
- STS (Sala 4ª) de 24 mayo 1996 (RJ 1996/4616)
- STS de 2 de diciembre de 1998
- STS (Sala 3ª) de 18 septiembre 2001 (RJ 2001\9172)
- STS (Sala 4ª) sentencia de 9 junio 2003 ( RJ 2003\3936 )
- STS 29 de septiembre de 2003

- STS (Sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003
- STS (Sala 4ª) 7 de octubre de 2003 (RJ 2003/16497)
- STS (Sala 4ª) 26 de abril de 2004 (Ar. 3703)
- STS (Sala 4ª) 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004/10349)
- STS (Sala 4ª) 16 de febrero de 2005 (RJ 2005/3492)
- STS (Sala 4ª) 24 de mayo de 2006
- STS (Sala 4ª) de 18 marzo 2008 (RJ 2008\2065)

► **Tribunales Superiores de Justicia**

- STSJ Andalucía-Sevilla, de 15 de enero de 1980
- STSJ Aragón de 1 de abril de 2004 (AS 2004\3076)
- STSJ Aragón, de 9 de julio de 2008 (JUR 2008\345155)
- STSJ Cantabria, de 28 de marzo de 2003 (AS 2003\2672)
- STSJ Castilla-La Mancha, de 19 de mayo de 2004 (AS 2004\1652)
- STSJ Castilla-La Mancha, de 31 de marzo de 2004 (AS 2004\1863)
- STSJ Castilla-La Mancha, de 26 de octubre de 2004 (AS 2004\2949)
- STSJ Castilla y León, de 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1468)
- STSJ Castilla y León de 21 de marzo de 2006 (AS 2006/829)
- STSJ Castilla y León, de 17 de noviembre de 2005 (AS 2005/3384)
- STSJ Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005\3387)
- STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 25549)
- STSJ Cataluña de 28 de marzo de 2003
- STSJ Cataluña de 17 de marzo de 2006 (AS 2370\2006)
- STSJ Cataluña, de 5 de marzo 2007 (AS 2007\3005)
- STSJ Cataluña de 3 de mayo de 2007 (AS 2007\2419)
- STSJ Cataluña de 15 de noviembre de 2007
- STSJ Madrid de 10 de mayo de 1995
- STSJ Madrid de 3 de mayo de 1996 (AS 1996\1552)
- STSJ Madrid de 19 de octubre de 2000 (AS 2000\4356)
- STSJ Madrid de 12 de junio de 2001 (AS 2001, 2939)
- STSJ Madrid de 15 de septiembre de 2003 (AS 2004\1135)
- STSJ Madrid de 22 de enero de 2004 (JUR 2004, 95399)
- STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999
- STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (As 2007/900)

-STSJ Valencia de 16 de junio de 2005 (AS 2005\2163)

► **Juzgados de lo Social**

Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén, de 18 de enero de 2008