

**LAS PRESTACIONES SANITARIAS Y POR DESEMPLEO
EN LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA. LA AMPLIACIÓN
DE RESPONSABILIDADES EN EL EMPLEADOR INFRACTOR¹**

Mario A. Castellano Suárez

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación rubricado “Repercusión del fenómeno de la inmigración en la situación sociolaboral de Canarias (AC-29/2000), concedido por la Fundación Universitaria de Las Palmas dentro de los Programas De Mecenazgo Universitario (Innova) en la convocatoria 2000.

SUMARIO:	I. INTRODUCCIÓN
	II. LAS PRESTACIONES SANITARIAS
	III. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO
	IV. DOS SUPUESTOS DEL DESMEDIDO CELO DEL INEM A LA HORA DE DENEGAR LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO.
	V. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS CONTRATADOS SIN LA AUTORIZACIÓN PERTINENTE.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la protección social de los extranjeros no comunitarios, en cuanto a las prestaciones sanitarias y por desempleo, haciendo hincapié en las lagunas de la antigua Ley 7/1985 de Extranjería, y cómo la vigente Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, ha intentado rellenar algunas de esas lagunas, haciendo suya la jurisprudencia, como es el caso de la prórroga automática del permiso de trabajo por el tiempo que dure las prestaciones contributivas por desempleo y las prestaciones públicas de inserción social o laboral.

Como aspecto novedoso de la Ley 4/2000, tratamos la innovación que introduce en cuanto a las responsabilidades que recaen en el empleador que contrata a un extranjero sin la correspondiente autorización, aspecto que en la Ley 7/1985 se saldaba con el abono de una multa pecuniaria por el empleador infractor.

II. LAS PRESTACIONES SANITARIAS.

El art. 43 de la Constitución Española reconoce explícitamente el derecho a la protección de la salud, encargando a los poderes públicos la función de “organizar” y “tutelar” la salud pública.

Se trata de un principio general que requiere concreción legislativa. En efecto, la Ley 14/1986², establece en su art. 1.2, que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros con residencia en territorio español.

Referido a los extranjeros no comunitarios, que es el objeto de nuestro estudio, la Ley Orgánica 4/2000³, modificada por la Ley 8/2000, delimita los derechos específicos de los extranjeros a la asistencia sanitaria. En sede de la Ley Orgánica, podemos destacar, de entrada, dos principales grupos de extranjeros: los residentes en situación administrativa regular y los que están en situación irregular. En cuanto al primer grupo, los residentes legales, pueden existir dos subgrupos. Uno, formado por aquellos extranjeros que, si bien residen legalmente, no realizan actividad profesional alguna.

2 Ley General de Sanidad, BOE nº102 de 29 de abril.

3 Art. 12.

Y otro, formado por aquellos que realizan una actividad profesional, por cuenta ajena o propia. Con respecto a estos últimos, la Ley 4/2000⁴, es muy clara. Los extranjeros que reúnan los requisitos (que señalen las leyes correspondientes) tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social (en adelante S.S.) y, consiguientemente, señala el art. 14.1 de la Ley 4/2000, que tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la S.S. en las mismas condiciones que los españoles. Ello significa que el trabajador extranjero, afiliado y en situación de alta en la S.S. puede acceder a cualquiera de las prestaciones que otorga el Sistema de la S.S.⁵, en las mismas condiciones, que los españoles, si reúnen los requisitos exigidos para ser beneficiarios de las prestaciones.

En lo que se refiere a los extranjeros residentes legales que no realizan una actividad profesional, la asistencia sanitaria que reciban ha de ser retribuida, tanto dentro como fuera del sistema⁶, salvo si demuestran tener una renta inferior al salario mínimo interprofesional⁷.

En cuanto a los extranjeros en situación administrativa irregular, el art 12 de la Ley 4/2000 nos presenta cuatro tipologías de beneficiarios de la asistencia sanitaria, y que son los siguientes:

- 1) *Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente.
Éstos, sorpresivamente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.*

Nos encontramos con que el legislador legaliza, a través del Padrón, a los extranjeros en situación administrativa irregular en España. Según el texto legal, podríamos decir que la inclusión o inscripción de un extranjero irregular en el Padrón equivale a una regularización. Y esto es, ni más ni menos, una perversidad jurídica. Pues equipara al extranjero empadronado ilegal con el extranjero residente legal en España, en cuanto a la concesión de unos derechos en materia de asistencia sanitaria. Según el art. 16 de la Ley 7/1985⁸ modificada por la ley 4/1996⁹, el Padrón municipal es “el

4 Arts. 10 y 14.

5 Según el art. 38 de la Ley General de Seguridad Social, la acción protectora del Sistema S. S. comprenderá: la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo la recuperación profesional,... prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; riesgo durante el embarazo; invalidez, (...); jubilación, (...); desempleo (...); muerte y supervivencia ... prestaciones familiares por hijo a cargo.

6 El art 16 de la Ley General de Sanidad las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, (...) podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados ...también la disposición adicional vigesimosegunda de la Ley General de la S.S. afirma que “no tendrán la naturaleza de recursos de la S.S. los que resulten de las siguientes prestaciones o servicios:

1) Los ingresos a los que se refiere los art. 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto Nacional de la Salud en gestión directa a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la S.S., ...

7 Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre. Art. 1 se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la S.S. a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional...

registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio". Y, en este sentido, hace prueba de "la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo" y nada más. Pero, por si quedara alguna duda, el art. 18 de la mencionada Ley 4/1996, afirma que "la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España"¹⁰.

A nosotros no nos queda otra alternativa que pensar que esa situación, llamemos privilegiada, en relación con otros extranjeros en situación ilegal, podría tener como efecto deseado el detectar y localizar a extranjeros indocumentados.

Esta equiparación de los extranjeros empadronados a los españoles en lo referente a asistencia sanitaria, hace que se les aplique el Real Decreto 1088/1989, que otorga asistencia sanitaria gratuita a las personas sin recursos económicos suficientes, que son aquellos cuyos ingresos sean inferiores o iguales, en cómputo anual al salario mínimo interprofesional.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública:

- a) De urgencia ante la contracción de enfermedades graves.
- b) En caso de accidentes, cualquiera que sea su causa.

Tanto en un caso como en otro, la atención se continúa hasta ser dado de alta médica.

Con respecto a las enfermedades graves, en tales casos, la atención sanitaria creemos que será idéntica a la de los españoles. Pero la incógnita se presenta en la calificación de una patología como grave, que requiera una asistencia inmediata.

Según Álvarez Cortés¹¹ "el concepto de <urgencia> se referirá a las situaciones en las que es necesaria una prestación sanitaria de forma inmediata". Por consiguiente, continúa "no debe aplicarse aquí el concepto de <urgencia vital>, de peligro inminente para la vida, del art. 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero", que da derecho a acudir a la asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud, y que da derecho al reembolso de los gastos efectuados por el beneficiario no atendido por el servicio que dispensa el Sistema. Para Álvarez Cortés el concepto de urgencia, respecto a las prestaciones sanitarias del sistema, es mucho menos estricto.

Sí que está claro que la asistencia sanitaria de urgencia lo es, en todo caso, para los accidentes, cualquiera que fuese su causa, y sean o no graves. Pues eso parece deducirse del tenor literal del art. 12.2 de la Ley 4/2000.

De todo lo dicho en este apartado, podemos decir que la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, en el caso de enfermedad, ésta ha de constituir una patología grave. Caso contrario, el extranjero habrá de acudir a los servicios sanitarios fuera del sistema de salud. Sólo los accidentes tienen garantizada la atención sanitaria gratuita sean graves o no y cualquiera que haya sido su causa.

8 Ley de 2 de abril de 1985, reguladora de las Bases del Régimen Local.

9 Ley de 12 de enero de 1996. BOE 11/1996.

10 El subrayado es nuestro.

11 Álvarez Cortés, J.C.: "Los beneficiarios del Derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería", RL, nº 4, 2001, pp. 11 y ss.

3) *Los extranjeros menores de dieciocho años.*

Este tratamiento privilegiado a los extranjeros menores de edad que la Ley 4/2000 les dispensa, trae su causa de una múltiple legislación. Entre ellas destacamos la propia Ley 1/1996, de Protección Integral del Menor y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 6 de diciembre de 1990¹², cuyo art. 26 proclama la obligación de los Estados Partes a reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la S.S., adoptando los medios necesarios para lograr la plena realización de este derecho.

También el Parlamento Europeo, en su Resolución A4-0393/96, pide tanto al Consejo como a la Comisión y, en general, a los Estados miembros, trabajar por la defensa de los derechos del menor.

4) *Las extranjeras embarazadas durante el embarazo, parto y post-parto.*

La protección de la mujer en tales circunstancias viene proclamada en la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto *nasciturus*, cuyo art. 24.2, d) compromete a los Estados Partes a asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; así como el Convenio nº 103 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la protección de la maternidad, de 28 de junio de 1.952, aunque este Convenio hace referencia especial a la mujer trabajadora, empleada.

III. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO.

Los trabajadores extranjeros residentes pueden disfrutar de las prestaciones por desempleo en España como cualquier trabajador español siempre y cuando cumplan con los requisitos legales establecidos¹³.

Por su parte, la extinción¹⁴ del disfrute de este derecho por un extranjero residente tiene lugar también en las mismas condiciones y por las mismas causas que los trabajadores nacionales.

12 BOE de 31.12 en el que se publica el instrumento de ratificación.

13 Art. 207 Ley General de S.S. en cuanto a los requisitos que se exigen para el nacimiento del derecho a las prestaciones, señalamos: estar afiliados a la S.S. y en situación de alta o asimilada el alta... tener cubierto el periodo mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del art. 210 de la presente Ley, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. encontrarse en situación legal de desempleo. no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación...

14 Art 213 Ley General de S.S. agotamiento del plazo de duración de la prestación rechazo de una oferta de empleo adecuada o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesionales, salvo causa justificada imposición de sanción de extinción de la prestación... realización de un trabajo de duración igual o superior a doce meses, ... cumplimiento, del parte del titular del derecho de la edad ordinaria de jubilación... pasar a ser pensionista de jubilación o de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez. En estos casos de invalidez, no obstante, el beneficiario podrá optar por la prestación más favorable. traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos en que reglamentariamente se determine renuncia voluntaria al derecho

Tanto la Ley Básica de Empleo¹⁵ como la posterior Ley de Protección por Desempleo¹⁶, refundida, luego, en la actual Ley de S.S. contenían un concepto de <situación de desempleo> como aquella en la que se encontraban “*quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo...*”. Y la propia vigente Ley de la S.S.¹⁷ mantiene este concepto heredado de textos anteriores.

Pues bien, la falta de uno de estos requisitos (querer-poder) excluía al solicitante de las prestaciones por desempleo de ser beneficiario de las mismas.

En relación con los extranjeros, como sabemos, su acceso al mercado de trabajo requiere¹⁸ previamente, la tenencia del permiso de residencia y de trabajo. La falta de cualquiera de esos requisitos, salvo a las personas exentas¹⁹, impedía la posibilidad de que un extranjero fuese contratado legalmente. Así, el INEM delegaba sistemáticamente las prestaciones por desempleo a los beneficiarios extranjeros, porque cualquiera de los permisos o uno solo de ellos había caducado. Unas veces, porque esa caducidad había sido la causa de la extinción del contrato, y otras, porque la caducidad ha ocurrido durante el disfrute de las prestaciones por desempleo, sin que el beneficiario hubiese agotado todo el periodo de tiempo de aquellas. Y ello, se decía en las resoluciones del INEM, porque al no poseer el extranjero el/los permiso/s pertinente/s, “*no podía trabajar*”, en los términos de la Ley Básica de Empleo y luego de la Ley de Protección por Desempleo.

Ante la postura infranqueable del INEM, las resoluciones eran impugnadas, llegando a la vía judicial; y aquí hemos de decir que la doctrina de los tribunales ha sido bastante homogénea salvo alguna voz discordante. Así el histórico Tribunal Central de Trabajo, en su sentencia de 13.7.1984²⁰, viene a decir que “*no es posible entender que la duración de las prestaciones por desempleo... esté inicialmente condicionada por la existencia de permiso de trabajo y la autorización de residencia... de aquí que la carencia de permiso de trabajo... no puede impedir el reconocimiento de la situación legal de desempleo...*”. Postura que mantiene invariable el Tribunal Central de Trabajo hasta el final de su existencia. Así en las sentencias de 23.1.1987²¹ y 12.12.1988²², cuando afirma que “*la caducidad del permiso de residencia no puede constituir un motivo de denegación del derecho a la prestación por desempleo..*”. Y “*...la continuidad en la percepción (de las prestaciones por desempleo) si bien no puede exigir, por razones obvias, el permiso de trabajo, si requiere el de residencia o, al menos, la justificación de haberlo solicitado...*”. A Sensu contrario, como “*no consta (que se haya solicitado permiso de residencia) no hay derecho a prestaciones por desempleo*”²³.

15 Art. 17. Se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores por cuenta ajena que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos: a) quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden su ocupación por causa a ellos no imputables...

16 Art. 1 la presente ley tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo, o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo...

17 Art. 203 de la Ley de S.S.

18 Art. 15.1 Ley 7/1985 y art. 36.1 Ley 4/2000

19 Art. 39 Ley 4/2000

20 A.S.1984\6381. Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Varela de la Escalera

21 A.S.1987\1297. Ponente Ilmo. Sr. D. Santiago Varela de la Escalera

22 RTCT 1988\8470. Ponente Ilmo. Sr. D. Odón Marzal Martínez

23 Sentencia Tribunal Central de Trabajo de 23.1.1987. RTCT 1987\1298. Ponente Ilmo. Sr. D. Odón Marzal Martínez.

La doctrina sentada por el extinto Tribunal Central de Trabajo fue seguida por la casi totalidad de los Tribunales Superiores de Justicia. Así el de Baleares²⁴ manifiesta que “*parece prudente... se siga la doctrina... del T.C.T... en el sentido de que basta el permiso de residencia para poder tener derecho a las prestaciones por desempleo...*”.

Constituye voz discordante en la materia que tratamos la postura del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁵ que afirma que “*... ya que la petición sólo de residencia no bastaba para poder trabajar en España...*”. Tesis que mantiene inalterable hasta 1996; pero en su sentencia de 7.6.96²⁶, modifica su dirección doctrinal al asumir la tesis del Tribunal Supremo, quién en sentencia de 21.12.94²⁷, tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión de un Recurso de Casación para unificación de doctrina, afirmando que “*... terminada la vigencia de un permiso de trabajo el trabajador extranjero puede permanecer en España con permiso de residencia...*”. El Tribunal Supremo fue más allá aún cuando con ocasión de su sentencia de 25.9.95²⁸, dice que “*la exigencia de un permiso de trabajo en vigor correspondiente al periodo en que debe efectuarse el pago de las prestaciones solicitadas, además de llevar a un contrasentido, supondría un trato discriminatorio y atentatorio a lo previsto en los Convenios 44 y 97 de la O.I.T....*”.

Así que, recogiendo esta jurisprudencia reiterada, la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, en su art. 38.3²⁹, prevé una renovación automática del permiso de trabajo, entre otros motivos, por disfrutar una prestación contributiva por desempleo y por el tiempo de duración de dicha prestación, o cuando fuese beneficiario de una prestación económica asistencia pública, mientras dure la misma.

IV. DOS SUPUESTOS DEL DESMEDIDO CELO DEL INEM A LA HORA DE DENEGAR LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO.

El primero de los supuestos que quiere traerse aquí a colación, va referido al hecho de que, a veces, el INEM actúa con excesiva irracionalidad con ocasión de la petición de prestaciones que son de su competencia el otorgarlas o no. Como botón de muestra, sirva el caso que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 19.10.2000³⁰. Se trata de un súbdito marroquí

24 Sentencia 15.10.92.A.S.1992\4851. Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló. En idéntico sentido, Sentencia del País Vasco de 16.6.94. A.S.1994\2672. Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rabago Villar; Sentencia de Andalucía/Sevilla de 16.11.94.A.S.1994\4506. Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana; Sentencia de Andalucía/Málaga de 27.3.95.A.S.1995\1029. Ponente Ilmo. Sr. D. José María Treviño Muñoz.

25 Sentencia de 14.2.92.A.S.1992\818. Ponente Ilmo. Sr. D. Odón Marzal Martínez

26 A.S.1996\2474. Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio de Cossío Martínez

27 R.J.1994\10349. Ponente Exmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

28 R.J.1995\6887. Ponente Exmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz

29 El permiso de trabajo se renovará a su expiración si: cuando la autoridad competente conforme a la normativa de la S.S. se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación. cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.

30 A.S.2000\4356. Ponente Ilma. Dña Concepción Rosario Ureste García

casado con una súbdita de igual nacionalidad y con una hija de cuatro años nacida en Madrid, perfectamente integrados en la sociedad española y que permaneció en prisión, en cumplimiento de sentencia firme, desde el 15.1.97 al 30.9.99 en que fue puesto en libertad condicional por haber cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de su condena. Su libertad definitiva iba a ser el 1.8.2000.

Desde el punto de vista laboral fue despedido por faltas de asistencia al trabajo, y estuvo en alta en la S.S. hasta el 21.1.97.

Pues bien, puesto en libertad condicional solicitó la prestación por desempleo, que le fue denegada por el INEM porque era extranjero y no tenía residencia legal en España. Su tesis eterna, compartida durante tiempo por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El súbdito marroquí interpuso demanda contra la resolución denegatoria del INEM, siendo estimada su petición. Recurrída la sentencia de instancia por el INEM el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara que *“el demandante poseía los pertinentes permisos... cuando ingresó en prisión y aunque no pudo solicitar la renovación de residencia en la prisión, sin embargo, (estaba) obligado a permanecer en España hasta la fecha de su libertad definitiva....La conclusión contraria abocaría a impedirle toda forma de subsistencia legal (vedándosele) el acceso tanto a la prestación por desempleo... como al trabajo mismo...”*. La Sala de lo Social ha añadido, como vemos, al supuesto criterios de racionalidad, de humanidad porque no se puede pedir lo imposible. Con su postura legalista en extremo, el INEM, cae en la irracionalidad con demasiada frecuencia, llegando incluso hasta el absurdo.

El segundo de los supuestos significativos del desmedido celo del INEM, hace referencia a los problemas que en torno a las prestaciones por desempleo a los extranjeros se puedan presentar, no se han resuelto del todo. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 7.10.99³¹, resuelve un problema planteado a un extranjero que durante el disfrute de las prestaciones por desempleo, fue expulsado del territorio español por un periodo de tres años, en base a una supuesta infracción del art. 26, apartados a),c) y f)³² de la Ley de Extranjería 7/1985.

Resulta que, al cumplirse el tiempo de expulsión, el extranjero regresa a España y solicita la reanudación de las prestaciones por desempleo, interrumpidas desde la fecha de la expulsión del territorio español.

El INEM resuelve desestimar la petición, *“por entender que el derecho a la percepción de la prestación de desempleo (se extinguió) por el traslado de residencia al extranjero por un periodo superior a seis meses”*, en consonancia con lo preceptuado en el art. 213.1, apartado g) de la Ley General de S.S.

La sentencia de suplicación es poco clara y firme en sus conclusiones, escudándose unas veces, en *“la imprecisión del relato fáctico de la sentencia a distancia”* y otras *“por razones que ni se explican en la sentencia (recurrida) ni en la resolución*

31 A.S. 1999\3336.Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millán

32 a) encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga a distancia, o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles. estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales 33 Art. 15:exigencia simultánea del permiso de trabajo y el de residencia

del INEM". Pero si nos interesan dos pronunciamientos muy importantes de la resolución judicial. Una, la "*dudosa constitucionalidad de la causa de extinción de la prestación aplicable solo a extranjeros desde el momento en que la expulsión administrativa del territorio nacional solo afectaría a los mismos*". Y el otro, el contenido semántico del término <traslado>. Así, dice la sentencia que <traslado> implica una decisión volitiva del sujeto, que es el que traslada su residencia, y no un tercero. No parece que pueda hablarse propiamente de traslado mientras ello obedezca a un mero acto administrativo. En base a todo ello, la sentencia estima la demanda y ordena le sea reanudada la prestación de desempleo.

Está bien claro que la expulsión de un beneficiario extranjero constituye un hecho nada extraordinario ni difícil de ocurrir. Por lo que no vendría mal acometer la solución del problema introduciendo la modificación legal oportuna; bien en la Ley 4/2000 o quizás, mejor, en el art. 213 de la Ley General de S.S., si es que no constituye, la sanción de expulsión, una inconstitucionalidad, en tanto en cuanto, según especula el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la sanción de expulsión sólo afectaría a los extranjeros y no a los españoles. Por otro lado, también se podría dar en la mencionada sanción (expulsión y extinción del disfrute de las prestaciones por desempleo), la infracción del principio <*non bis in idem*>, en cuanto que sobre el trabajador extranjero recaerían dos sanciones por una sola acción ilegal: una, la expulsión del territorio español, y dos, simultáneamente, la extinción de las prestaciones por desempleo.

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS CONTRATADOS SIN LA AUTORIZACIÓN PERTINENTE.

Como ya hemos hablado, tanto la anterior Ley 7/1985 de 1 de julio³³, como la vigente Ley 4/2000, en su art. 36.1 exigen a un extranjero para "*ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional*", la obtención del permiso de residencia o autorización de estancia y una autorización administrativa para trabajar³⁴.

Y, ¿qué puede ocurrir si falta cualquiera de estos requisitos?. La Ley 7/1985, así como su Reglamento de aplicación,³⁵ guardan silencio ante el incumplimiento de las exigencias contenidas en la Ley para que un extranjero pueda trabajar legalmente en España. De ahí que fuera la jurisprudencia la fuente de regulación de esa situación anómala. En este sentido, es doctrina reiterada de los Tribunales la consideración de nulidad de todos aquellos contratos celebrados sin el requisito previo de las autorizaciones. Así, incluso, antes de la vigencia de la Ley 7/1985, ya el Tribunal Supremo, en sentencia de 23.2.1983³⁶, afirma en el 2º Considerando "*que (se) condiciona la validez del contrato suscrito... a la obtención del visado en la Delegación Provincial de Trabajo, y a la expedición del correspondiente permiso de trabajo, requisitos, que por no aparecer cumplidos determinan su radical nulidad...*". Más adelante explicita que la "*relación de trabajo es nula de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3º del Código Civil, en cuanto contraviene una norma imperativa*". A pesar de

34 Con las excepciones a la obligación del permiso de trabajo, señaladas en el art. 41.

35 Real Decreto 155/96 de 2 de febrero

36 R.J.1983\849. Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna

esta nulidad radical que proclama la sentencia, ésta deja a salvo el derecho del trabajador extranjero a reclamar de la empresa el pago de la remuneración correspondiente por los servicios prestados a la misma, como si se tratase de un contrato válido, supuesto expresamente contemplado en el art. 9.2 del estatuto de los trabajadores.

Otras sentencias fundamentan la nulidad del contrato celebrado por un extranjero para trabajar en España sin la correspondiente autorización, en la falta de capacidad que se supone “*a quién carece de permiso de trabajo*” o por “*denegación de su renovación*”. Éste es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 20.10.86³⁷, y que fundamenta su decisión en el tenor del art. 7.c del Estatuto de los Trabajadores³⁸

Con fundamento en una u otra tesis, la consideración de nulidad radical de los contratos realizados por quienes carecen de los permisos preceptivos ha sido unánime. Hasta tal punto que los Tribunales Superiores de Justicia han hecho suya la doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Así por todas las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10.5.95³⁹, de Cataluña, de 14.7.95⁴⁰ y de Andalucía /Granada de 7.1.98⁴¹.

Ahora bien, la vigencia de la Ley 4/2000 modificada, nos presenta el art. 36.3, cuyo tenor parece desplazar los efectos de la contratación irregular de un extranjero en España, desde el propio contrato a la persona del empleador, en cuanto que hace recaer sobre éste responsabilidades. Así reza el art. 36.3 que “*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*”.

El contrato realizado por un extranjero para trabajar en España sin la autorización preceptiva, es válida respecto a los derechos del trabajador. Esto quiere decir que no sólo puede reclamar salarios debidos por el tiempo trabajado (art. 9.2 E.T.), sino también otros derechos, como pudieran ser asistencia sanitaria, prestaciones por incapacidad, desempleo, indemnizaciones, etc. En relación a esto, el art. 125.3 de la Ley General de la S.S. hemos de decir que considera “*de pleno derecho en situación de alta a los efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo. Además, a los exclusivos efectos de asistencia sanitaria, por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral*”. Y ello, “*aunque su empresario hubiese incumplido sus obligaciones*”. Es decir afiliación, en su caso, alta en la S.S., cotizando debidamente, y además poseer la autorización correspondiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

37 R.J. 1986\5859. Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez

38 Art. 7 podrán contratar la prestación de su trabajo... c los extranjeros, de acuerdo con la legislación específica sobre la materia. Que es concretamente la Ley de Extranjería en vigor.

39 A.S.1995\2202. Ponente Ilmo. En idéntico sentido, Sentencia del País Vasco 15.10.92.A.S.1992\4851. Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló; Sentencia de Andalucía/Sevilla de 16.6.94. A.S.1994\2672. Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rabago Villar; Sentencia de Andalucía/Málaga de 16.11.94.A.S.1994\4506. Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.

40 A.S.1995\3095. Ponente Ilmo Sr. D. Emilio de Cossío Blanco

41 A.S.1998\378. Ponente Ilmo Sr. D. Julio Pérez Pérez

No cabe duda que el legislador pretende claramente la colaboración del empleador en la contratación de un extranjero que carezca de autorización para trabajar; pues se supone que ha de tener el permiso de residencia. Y por eso, desplaza sobre el empleador infractor de la norma todos los efectos posibles del incumplimiento de las normas jurídicas.

Con anterioridad a la Ley 4/2000 el riesgo de contratar a un extranjero sin la autorización pertinente recaía fundamentalmente en el propio contrato, su radical nulidad, como hemos visto, sin perjuicio de la sanción pecuniaria que sufría el empleador por el incumplimiento administrativo. Ahora, con la Ley 4/2000, el empleador infractor de la ley puede verse como sujeto de graves y varias responsabilidades⁴².

Hasta ahora, nuestra jurisprudencia no ha mantenido una postura firme y unánime en lo que se refiere al grado de protección que la S.S. ofrece a los extranjeros que trabajen sin las autorizaciones preceptivas. Pero, en el futuro, el tenor del art. 36.3 de la Ley 4/2000 permite a nuestros tribunales una base sólida para unificar posturas con respecto a las responsabilidades del empleador que incumple sus obligaciones jurídicas como dador de empleo.

En este sentido, es importante destacar el pronunciamiento de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 4.10.99⁴³, que en su Fundamento de Derecho 2º afirma que *“todo extranjero, aún sin residencia legal en España queda protegido frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales ... ya que en este supuesto y para tales situaciones, la reciprocidad se considera reconocida presuntamente...”*. Para ello basa su parecer el tribunal en la Orden de 28.12.1966⁴⁴ y Convenios de la O.I.T. Y termina la sentencia declarando *“la responsabilidad empresarial en el pago (del) subsidio de incapacidad temporal... condenando a la empresa a su abono..., sin perjuicio del deber de anticipo de tales prestaciones por (la Mutua), haciendo extensiva la condena al INSS en su calidad de Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo”*.

Pues bien, y tal y como hemos apuntado, el juzgador en adelante va a tener una base jurídica diáfana en la que sustentar sus pronunciamientos condenatorios a los empresarios infractores de la Ley de Extranjería, y no sólo frente a contingencias profesionales, sino también a las comunes e incluso a posibles prestaciones por desempleo. Pues el art. 36.3 de la Ley 4/2000 deja a salvo todos los derechos que se puedan derivar de la contratación realizada sin la correspondiente autorización.

42 Asistencia sanitaria, subsidio por incapacidad temporal, incapacidad permanente en cualquiera de sus grados y por cualquier contingencia, así como de las prestaciones por desempleo.

43 A.S.1999\3206. Ponente Ilmo. Sr. D. Guillermo Rodríguez Iniesta

44 Art. 1.4, b) los súbditos de los restantes países (que no sean de estirpe hispana) que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo que se disponga en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fueren aplicables en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida...