

EL EMPLEO ILEGAL DE INMIGRANTES*

ALFREDO MONTOYA MELGAR

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense

SUMARIO: Introducción. I. ¿Tiene derecho al trabajo el inmigrante en situación ilegal? II. El contrato de trabajo del inmigrante en situación ilegal. III. El inmigrante irregular ante la Seguridad Social. IV. Asistencia y servicios sociales ajenos a la Seguridad Social. V. El derecho a la salud de los inmigrantes. VI. Los inmigrantes irregulares ante los derechos sindicales y colectivos. VII. Consecuencias sancionadoras.

INTRODUCCIÓN

El eje de la legislación laboral de extranjería está constituido por la diferenciación entre el estatuto del nacional y el del extranjero, al que se le exige tradicionalmente el cumplimiento de una serie de requisitos de los que está exento el nacional.

Así se explica que todas nuestras normas sobre inmigración –el Real Decreto de 16 de enero de 1931, el Decreto de 8 de septiembre de 1932 y el de 29 de agosto de 1935, y, ya en tiempos actuales, la LO 7/1985 y la vigente LO 4/2000 y su Reglamento– hayan sido normas que, sin perjuicio de manifestar su solidaridad humanitaria con los extranjeros, han exigido invariablemente el cumplimiento por parte de éstos de requisitos (permisos, autorizaciones, tarjetas especiales de identidad, visados, registros administrativos de los contratos de trabajo) no exigidos a los nacionales.

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LExtr) dispone, como regla general, que el inmigrante extracomunitario tiene que reunir, para poder trabajar en España, los «requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarro-

* Texto actualizado, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

llen» (10.1). Más aún, la reciente LO 2/2009, de reforma de la LExtr (en adelante, LRLEextr) atribuye el derecho a ejercer una actividad remunerada sólo a los «extranjeros residentes» (art. Único, doce); como indica la Exposición de Motivos, VII de la propia LRLEextr, los términos «residencia» y «residente» deben entenderse referidos «en todo caso» a «una situación de estancia o residencia legal». El art. 36.1 LExtr (redactado por LRLEextr) dispone que los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa (se entiende: por cuenta propia o ajena) precisarán «de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar». Como regla general, la autorización de trabajo se concede conjuntamente con la de residencia. El apartado 2 de este mismo artículo añade, en la versión dada por la LRLEextr, un nuevo requisito, a saber: que la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condiciona al alta del trabajador en la Seguridad Social, correspondiendo a la Entidad Gestora la comprobación en cada caso de la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad contratada.

Obviamente, la exigencia de la referida autorización y demás requisitos no puede ser tachada de discriminatoria, sino que es razonable, objetiva y proporcionada al fin perseguido: el interés público sobre el empleo nacional y la ordenación del fenómeno migratorio en nuestro país.

La falta o inadecuación de la autorización, sea originaria (entrada ilegal, falta de autorizaciones iniciales de trabajo y residencia) o sobrevenida (caducidad de los permisos de residencia y/o trabajo), conlleva diversas consecuencias jurídicas: unas genéricas (la detención y el internamiento del inmigrante, su expulsión y devolución a su país, sanciones al propio inmigrante y al empresario contratante) y otras específicamente laborales, a las que nos hemos de referir en adelante.

Aun careciendo de un derecho a la igualdad de trato con el nacional, el inmigrante en situación ilegal no se encuentra *hors du pays légal* como se decía en otros contextos y épocas; aparte de los derechos básicos o naturales inherentes a su condición de persona (derecho a la vida, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc.), el Ordenamiento arbitra una importante serie de mecanismos protectores del inmigrante irregular.

En primer lugar, mecanismos que facilitan la integración del inmigrante irregular en nuestra sociedad y en nuestro mercado de trabajo [«normalizaciones» masivas, reagrupaciones familiares, autorizaciones de residencia temporal por arraigo y por razones humanitarias, autorizaciones por razones de protección internacional (apátridas y refugiados) y autorizaciones a personas que colaboren con las autoridades o cuya residencia en España sea cuestión de interés público o seguridad nacional].

Además, nuestra legislación de extranjería reconoce un buen número de derechos laborales a los trabajadores extranjeros en situación ilegal. Anticipando ideas que hemos de desarrollar en adelante, diremos que gozan de todos los derechos derivados de su contrato de trabajo (art. 36.5 LExtr, redactado por LRLEextr), más el derecho a la asistencia sanitaria en los términos precisados en el art. 12 LExtr (redactado por LRLEextr) y el derecho a los servicios y prestaciones sociales de carácter básico (art. 14.3 LExtr). El TC, rectificando a la LO 8/2000, extendió a todo inmigrante, legal o no, los derechos de reunión (art. 7.1), asociación (art. 8) y libertad

sindical (art. 11.1), en las sentencias 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265, todas de 2007. La reforma de la LExtr llevada a cabo por la LRLExtr ha incorporado al texto de la norma, como era obligado, dicha interpretación constitucional.

Las frecuentes acusaciones de que el inmigrante ilegal carece de estatuto jurídico alguno y de que es un «no-sujeto» de derecho, etc., carecen, como se ve, de fundamento.

I. ¿TIENE DERECHO AL TRABAJO EL INMIGRANTE EN SITUACIÓN ILEGAL?

Como hemos indicado, el derecho al trabajo del extranjero, a diferencia de lo que ocurre con el nacional, se encuentra subordinado al cumplimiento de ciertos requisitos legales (art. 10.1 LExtr), a la cabeza de los cuales se encuentra la autorización administrativa para residir y trabajar en España.

Tal regla viene a coincidir con la laboral del art. 7 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), que no reconoce el derecho a contratar su prestación de servicios a todo extranjero cualquiera que sea su situación administrativa, sino que condiciona tal derecho a «lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia».

Considerado el derecho al trabajo como derecho al empleo, es evidente que el inmigrante en situación ilegal no goza de él; le está prohibido celebrar contratos de trabajo y desempeñar actividades por cuenta propia. Ahora bien; el derecho al trabajo tiene otras dimensiones –derecho a la estabilidad en el empleo, con su corolario, la protección frente al despido injusto; derecho a la ocupación efectiva; derecho a la formación y promoción laborales– que sí podrían considerarse derivaciones del contrato de trabajo validadas por el art. 36.5 LExtr; esto independientemente de las dificultades que en la práctica pudiera tener el ejercicio de algunos de estos derechos.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO DEL INMIGRANTE EN SITUACIÓN ILEGAL

¿Qué calificación jurídica merece el contrato de trabajo celebrado por un inmigrante sin autorización para residir y trabajar en España? Frente a lo que se ha dicho en algunos momentos por doctrina académica y judicial, tal inmigrante no es un incapaz, no adolece de una reducción de capacidad como la que padece el menor o el incapacitado judicialmente (arts. 199 a 201 CC). Y ello pese a la construcción del art. 7 ET, del que podría desprenderse que por el mismo motivo que el menor de 18 años no emancipado precisa autorización (art. 7.b ET), el extranjero también la necesita.

La situación jurídica del inmigrante en situación ilegal encajaría, a nuestro juicio, más que en la incapacidad, en la falta de legitimación para trabajar y residir en España que le confiere la autorización. Esta falta de legitimación se separa de la figura de la incapacidad para aproximarse a la de la prohibición legal: el sujeto no está

legitimado porque ha vulnerado un mandato (el de obtener la autorización administrativa), o lo que es igual, ha quebrantado la prohibición de contratar que pesaba sobre él al no contar con esa autorización. Mientras que la incapacidad generaría la anulabilidad del contrato (a pesar de lo cual una dilatada línea jurisprudencial del orden social se inclinaba por la nulidad), la vulneración de la norma imperativa provocaría su nulidad.

También se ha pensado que el contrato laboral del inmigrante no autorizado podría hallarse afectado en su objeto y en su causa. Se estaría ante un objeto negocial ilícito en cuanto prohibido, un «servicio contrario a las leyes» que invalidaría el contrato (como se ve, nuevamente se desemboca en la figura de la prohibición legal). Además, se trataría de un objeto contractual *legalmente* imposible, en cuanto contrario a la ley (otra vez la prohibición legal), lo que determinaría la nulidad del contrato (art. 1.272 CC).

Atendiendo a la causa del contrato celebrado por un inmigrante ilegal, tal causa sería ilícita (art. 1.275 CC) al haberse celebrado el contrato con vulneración de una prohibición legal.

En fin, la celebración de un contrato de trabajo por el extranjero que carece de autorización administrativa para ello se configuraría como un acto contrario a una norma imperativa (*contra legem*), cuya consecuencia habría de ser la nulidad de pleno derecho de la relación laboral de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.3 CC. Se estaría ante un «contrato que excede los límites de la autonomía privada por contravenir una expresa prohibición de la ley (contrato prohibido)» [DÍEZ-PICAZO]; un «negocio prohibido» [DE CASTRO] cuya ineficacia se produciría *ipso iure*, frente a todos y sin posibilidad de sanación.

Una línea jurisprudencial constante, en aplicación de la LO 7/1985 (e incluso anterior a ella) vino calificando como nulo el contrato de trabajo celebrado por extranjero sin permiso, y ello por aplicación de los arts. 6.3 y 1.275 del CC, en relación con preceptos del Estatuto de los Trabajadores, concretamente, el art. 7.c del ET, y el 9.3 [actual 9.2] del ET.

La normativa que daba pie a las anteriores construcciones sobre las consecuencias del contrato de trabajo del inmigrante en situación ilegal sufrió una profunda transformación al promulgarse la LExtr. Como destacó en su momento la doctrina, el inicial art. 36.3 LExtr (hoy, en la redacción dada por la LRLExtr, art. 36.5) ha operado una revolución en la materia, desactivando, por así decirlo, las consecuencias jurídicas que venían correspondiendo a la relación laboral celebrada por el inmigrante no autorizado (que, por los motivos y en los términos ya vistos, debería ser nula).

En efecto, pese a que la LExtr condiciona el trabajo de los extranjeros al cumplimiento de los requisitos previstos en ella, uno de los cuales es la autorización para trabajar en España, a renglón seguido, su importante y controvertido art. 36.5 LExtr (redactado por LRLExtr) dispone que la carencia de autorización de residencia y trabajo no invalida el contrato de trabajo «respecto de los derechos del trabajador extranjero». Jurisprudencia y doctrina judicial, menos rebuscadamente, declaran que,

de acuerdo con esta disposición, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es un contrato nulo y por tanto surte efectos para ambos contratantes.

En suma, el art. 36.5 LExtr hace prevalecer el propósito de inserción social del inmigrante ilegal sobre la finalidad de control de los flujos migratorios, puesto que reconoce al inmigrante irregular un estatuto jurídico-contractual pleno.

Esa razón de política social se acompaña de una indiscutible cobertura legal, y ello porque se ajusta al supuesto excepcional previsto en el art. 6.3 CC: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*». Justamente esto es lo que ocurre en el art. 36.5 LExtr, del que derivan para el inmigrante ilegal derechos al salario (incluidas las garantías del art. 32 ET y de la Ley Concursal y las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial), a la seguridad y salud laborales; a la limitación del tiempo de trabajo; a la ocupación efectiva; a la acción asistencial de la empresa: transportes, economatos, comedores, etc.

Dado que el contrato de trabajo del inmigrante sin autorización es válido (art. 36.5 LExtr), su extinción por voluntad unilateral del empresario constituye técnicamente un despido, estando el trabajador legitimado para accionar (en cuanto titular también del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) frente a ese despido, como supo ver la temprana y conocida STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002.

Tema especialmente delicado en esta materia es el de la viabilidad de la readmisión del inmigrante irregular despedido; puesto que tal deber de readmisión supondría imponer al empresario el mantenimiento de una relación laboral ilegal.

Si el despido del inmigrante irregular se califica como improcedente, es evidente que la regla general que permite al empresario optar entre la readmisión y la indemnización no será de aplicación, sino que el empresario asumirá necesaria y exclusivamente una responsabilidad indemnizatoria.

¿Y qué ocurriría en el caso de un despido discriminatorio o contrario a derechos fundamentales, y por tanto nulo y determinante necesariamente de readmisión? Aunque alguna opinión quiera salvar el insoluble problema con la argumentación de que la sentencia de readmisión libraría al empresario de su precedente situación de ilegalidad y normalizaría la nueva relación laboral, es evidente que el razonamiento no tiene cabida en nuestro Derecho, pues atribuiría al juez competencias de las que carece, sustrayéndolas a la Administración autorizante; ni antes ni después de la LExtr hay base legal para semejante operación.

Si la LExtr reconoce al inmigrante los derechos derivados de su contrato laboral, y si la ilegalidad misma de la situación del extranjero impide su readmisión, no resulta aventurado entender que este derecho de imposible ejercicio deberá ser sustituido por una indemnización, y no tanto por aplicación del algunas veces invocado art. 284 LPL, que contempla un supuesto distinto, cuanto por la genérica aplicación de las reglas civiles que obligan a indemnizar los daños y perjuicios a quienes son responsables de ellos.

Fuente de graves problemas adicionales es la existencia de la tantas veces censurada dualidad jurisdiccional, que permite, por ejemplo, que, tras haber sido despedido un extranjero por no haber obtenido la prórroga de la autorización para trabajar,

se desemboque en un resultado judicial contradictorio: que la jurisdicción social desestime la reclamación del trabajador y la contencioso-administrativa anule la denegación de la prórroga; supuesto para cuya posible solución la jurisprudencia no admite la interposición del recurso de revisión (SSTS de 23 de enero de 1990 y 20 de noviembre de 2001).

III. EL INMIGRANTE IRREGULAR ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL

La LO 14/2003 añadió una cláusula de desafortunada ambigüedad al entonces art. 36.3 (hoy 36.5) LExtr, a cuyo tenor la carencia de autorización no es obstáculo para que el inmigrante obtenga «las prestaciones que pudieran corresponderle». ¿Qué prestaciones son éstas? Descartando que se trate de prestaciones empresariales *ex contractu* (pues a éstas ya alude expresamente el art. 36.5 LExtr), ¿serán las prestaciones de Seguridad Social, o las asistenciales y/o las de servicios sociales?

Hay que comenzar afirmando rotundamente que el inmigrante en situación ilegal no puede devengar prestaciones de Seguridad Social. Siendo éste un derecho de configuración legal, hay todo un conjunto de claras normas de la LExtr y de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) que abonan esta negación:

– El art. 10.1 LExtr (redactado por LRLExtr) condiciona el acceso de los extranjeros al Sistema de la Seguridad Social (esto es, tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas) a que tengan la condición de residentes y además a que reúnan los requisitos previstos en la propia LExtr y disposiciones que la desarrollen, de conformidad con el resto de la legislación vigente.

– El art. 14.1 LExtr insiste en condicionar el acceso a las «prestaciones y servicios de la Seguridad Social» de los extranjeros a su situación legal de «residentes» y a cumplir las demás condiciones que obligan a los españoles (a ellas se alude seguidamente).

– Pasando de la LExtr a la LGSS, encontramos más reglas legales que confirman la inaplicación de las prestaciones de Seguridad Social a los inmigrantes ilegales; a saber: a) con relación a las prestaciones contributivas por contingencias comunes, el art. 7.1 LGSS limita el derecho a ellas a los extranjeros «que residan o se encuentren legalmente en España». La LGSS exige además al extranjero en situación legal, igual que a los españoles, que ejerza –se sobreentiende: legalmente– en territorio español una actividad comprendida en el campo de aplicación del Sistema (art. 7.1), que se encuentre afiliado y en alta, y que cumpla el período de cotización exigido para cada contingencia (arts. 12 y ss.).

Obviamente, el inmigrante ilegal no cumple ninguna de las anteriores exigencias: ni reside ni trabaja legalmente en España ni, en consecuencia, puede estar afiliado, dado de alta y cotizar a nuestra Seguridad Social (en este sentido, STS de 14 de noviembre de 1997; STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2000).

Ello no obstante, una determinada línea jurisprudencial ha venido sosteniendo que el empresario de inmigrantes irregulares está obligado a cotizar por ellos, pese a que legalmente no proceda su afiliación y alta; así las SSTS/CA de 28 de mayo de

1991 y 2 de diciembre de 1998. Tal postura se funda en una discutible aplicación analógica del art. 9.2 ET y en el art. 106.1 LGSS, precepto que contiene idéntica cláusula inicial que la que incluía el art. 70.1 de la Ley de Seguridad Social de 1974: «La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba». La citada doctrina parte de una interpretación literal según la cual la obligación de cotización tiene por presupuesto el puro hecho de «la prestación del trabajo... sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad». En realidad, el empresario que no afilia, ni da de alta ni cotiza por el inmigrante ilegal incurre en infracción administrativa no por haber omitido esos actos (legalmente imposibles) sino por haber empleado ilegalmente al extranjero. La Inspección de Trabajo podrá levantar acta de infracción para sancionar la contratación ilegal del inmigrante, pero no para sancionar su falta de afiliación, alta o cotización; y, obviamente, tampoco podrá levantar acta de liquidación por tales descubiertos de cotización. Las cotizaciones que se pudieran efectuar en razón del empleo ilegal de inmigrantes serían nulas, como también lo serían sus eventuales afiliaciones o altas (según recordaba la Tesorería General de la Seguridad Social en su conocida Circular de 5 de abril de 2001).

Con toda claridad, el muy específico art. 42 (que trata precisamente «De la afiliación y alta de los extranjeros») del RD 84/1996, de 26 enero (por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social) exige, en la vigente redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, que «las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y (...) de la correspondiente autorización para trabajar (...) además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles». En consecuencia, el art. 42.2 del citado RD 84/1996, también modificado por RD 1041/2005, declara que «los extranjeros que, precisando de autorización administrativa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de la Seguridad Social» (aunque este precepto concluye con una ambigua salvedad de la que tratamos más adelante). Asimismo, la referida Circular de la TGSS de 13 de febrero de 2001, en línea con la Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 20 de febrero de 1998, exige la autorización de trabajo como presupuesto de la ulterior afiliación y alta de extranjero, declarando que no basta haber solicitado aquélla para poder formalizar éstas. En consecuencia, la afiliación y alta sin previa autorización de trabajo (práctica con la que en ocasiones se venía intentando sanar una situación de ilegalidad) son «actos contrarios al ordenamiento jurídico», y por tanto nulos, como ha sostenido una razonada doctrina judicial (así, STSJ de Andalucía/Granada de 13 de mayo de 1992 y STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999).

En esta misma dirección se pronuncia el vigente Reglamento de la LExtr (RD 2393/2004), de modo terminante. Respecto de los trabajadores por cuenta ajena, su art. 51.12 dispone que «a partir de la entrada legal en España del trabajador, podrá comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en los

términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación». Evidentemente, el precepto está hablando de inmigrantes con autorización de residencia y para trabajar, no de inmigrantes irregulares. Más aún, el art. 51.13 completa la anterior regla en el sentido de que si al solicitar el extranjero autorizado su tarjeta de identidad, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no constara su afiliación y alta a la Seguridad Social, la Administración procederá a revocar la autorización («resolver la extinción de la autorización» dice la norma con menor precisión jurídica). Respecto de los trabajadores por cuenta propia, el Reglamento condiciona igualmente la afiliación, alta y cotización del inmigrante a su entrada legal en España, provisto del correspondiente visado (art. 59.11).

Argumento contundente, también en la buena dirección, es el que se deriva de la L 62/2003 (Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2004), cuyo art. 48, dando respuesta a las preocupaciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sobre el injusto aligeramiento de cargas sociales del empresario de extranjeros ilegales, establece una sanción al empresario que emplea a un inmigrante no autorizado, consistente en el incremento de la multa correspondiente con el importe de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta adeudados; importe destinado a la Tesorería General de la Seguridad Social, pero no en concepto de cuotas que devenguen derechos a prestaciones para el trabajador, sino como puras sanciones administrativas que encajan, desde luego, dentro de las responsabilidades en materia de Seguridad Social a las que se refiere el art. 36.3 LExtr.

* * *

La ambigua dicción que el art. 36.3 (hoy, art. 36.5) LExtr presentaba antes de la reforma operada por la LRLExtr («La carencia de la correspondiente autorización... [no] será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle [al extranjero]») se repetía y agravaba inesperadamente en el art. 42.2 RD 84/1996, modificado por RD 1041/2005, precepto que, tras declarar, como vimos más arriba, que «los extranjeros que, precisando de autorización administrativa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de la Seguridad Social», añade una confusa salvedad: «sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley». Decimos que la ambigüedad legal se repite y agrava en el RD porque mientras que la LExtr se limita a salvar unas vagas «prestaciones» a favor del inmigrante ilegal, el RD llega a afirmar que éste está incluido en el Sistema de la Seguridad Social respecto de ciertas prestaciones y «de acuerdo con lo establecido en la ley». La redacción del actual art. 36.5 LExtr (dada por la LRLExtr) tampoco ha logrado introducir la deseable claridad en la materia, pese a haber añadido alguna mayor concreción al puntualizar que tales prestaciones son «las derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación».

¿Cómo cohonstar esta construcción con la nítida fórmula del citado art. 14.1 LExtr, a cuyo tenor sólo «los extranjeros *residentes* tendrán derecho... a las presta-

ciones y servicios de la Seguridad Social...»?; fórmula aún más clara si cabe cuando se la compara con la del apartado 3 del mismo artículo: «Los extranjeros, *cualquiera que sea su situación administrativa*, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas» (obviamente, ajenos a la Seguridad Social). Nítida fórmula que aún habría que completar con otras referencias contenidas en la LGSS, a cuyo tenor tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social los extranjeros residentes («que residan o se encuentren legalmente en España» dice el art. 7.1 LGSS) que además estén comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social (art. 7.2 LGSS) y cumplan las condiciones de afiliación, alta y cotización exigidas por la legislación a los españoles (arts. 12 y ss LGSS). Como argumento adicional debe citarse la oposición del Ordenamiento comunitario europeo a reconocer derechos en materia de coordinación de Seguridad Social a los extranjeros no comunitarios en situación ilegal.

La solución a los problemas hermenéuticos que plantean en esta materia el art. 36.5 LExtr y el 42.2 RD 84/1996, modificado por RD 1041/2005, puede encontrarse en la siguiente interpretación: a) tanto la LExtr como el RD exigen con carácter general que el inmigrante disponga de autorización de trabajo para quedar incluido en la Seguridad Social; b) las «prestaciones», a que alude la LExtr y que califica como de Seguridad Social el RD, a favor de ciertos inmigrantes no autorizados (originarios de países que hayan ratificado el Convenio nº 129 de la OIT o a los que se aplique en la materia el principio de reciprocidad) sólo pueden ser las que, excepcionalmente, reconoce el propio art. 42.2 RD en su primer párrafo, esto es, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, «a los solos efectos» de las cuales se considera a los citados extranjeros en situación de alta de pleno derecho, como si fueran españoles, rigiendo en la materia el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, cuyo anticipo corre a cargo de la Entidad gestora o Mutua (STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2003), siendo responsables subsidiarios el INSS y la TGSS.

La importante cuestión de si las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social frente al inmigrante no autorizado, a las que se refiere el art. 36.5, LExtr, incluyen las que en materia de prestaciones (distintas de las de accidentes de trabajo) contraen las Entidades Gestoras y los empresarios *ex* 126 LGSS debe ser contestada negativamente por las siguientes razones:

Parece evidente que el inmigrante no autorizado no puede exigir de la Gestora esta responsabilidad en orden a las prestaciones (ni el art. 126.1 ni el 126.2 LGSS permiten tal interpretación), pues falta el presupuesto para que exista obligación de afiliación, alta y cotización; tales actos son inviables respecto del inmigrante no autorizado.

El extranjero en situación ilegal tampoco tiene ni puede tener título jurídico para que el empresario le abone las prestaciones (al no estar afiliado, en alta y cotizando, ni poder estarlo por carecer de permiso de residencia y trabajo). El art. 126.2 LGSS fija la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización cuando se ha producido el «incumplimiento de las obligaciones» en esas materias; pero, insistimos, tales obligaciones no existen respecto del inmigrante ilegal, que no puede ser

afiliado y dado de alta, ni se puede cotizar por él. Más aún, el citado precepto condiciona la exigencia de responsabilidad a la «fijación de los supuestos de imputación»; supuestos que en la actualidad no incluyen a los inmigrantes ilegales, pues las normas aún aplicables en tan atormentada materia –los arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966– circunscriben la responsabilidad empresarial a la que pueden exigir los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General, fuera del que se encuentran, evidentemente, los extranjeros sin autorización para trabajar en España (art. 97 en relación con el 1 LGSS).

La controvertida cuestión acerca de si los inmigrantes en situación ilegal pueden tener derecho a las prestaciones de desempleo ha sido zanjada de modo terminante y jurídicamente impecable por la LRLExtr, que, en la nueva redacción que da al art. 36.5 LExtr, dispone que «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».

En fin, y para evitar conductas propiciadoras de «hechos consumados», el nuevo art. 36.5 LExtr incluye, en la redacción dada por la LRLExtr, un nuevo párrafo en el que establece la regla general de que «el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero», salvo que la ley disponga lo contrario («salvo en los casos legalmente previstos»).

* * *

Por lo que se refiere a las prestaciones no contributivas, a las que alcanza el régimen de los arts. 10.1 y 14.1 LExtr, éstas se limitan a los extranjeros con residencia legal en España que reúnan los demás requisitos exigidos en la legislación de Seguridad Social (y no sólo a los hispanoamericanos, portugueses, etc., a los que se restringía el art. 7.5 LGSS). En el mismo sentido, los arts. 144.1.b, 167.1 y 182.1.a LGSS exigen la residencia legal en España para tener derecho a las pensiones no contributivas de invalidez, jubilación y prestaciones familiares. Por su parte, las prestaciones de desempleo del nivel asistencial, en cuanto integradas en el Sistema de la Seguridad Social, tampoco podrán ser disfrutadas por los inmigrantes que no residan legalmente en España y cumplan además las restantes exigencias legales (para el Régimen General, art. 215 y ss. LGSS).

IV. ASISTENCIA Y SERVICIOS SOCIALES AJENOS A LA SEGURIDAD SOCIAL

Con carácter general, el art. 14.2 LExtr (redactado por LRLExtr) dispone que los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto generales y básicas como específicas, en las mismas condiciones que los españoles. La redacción dada por la LRLExtr ha añadido que «en cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico».

Más allá de esas situaciones de residencia o domicilio habitual, el art. 14.3 LExtr reconoce a todo extranjero, «cualquiera que sea su situación administrativa» (autorizados o no, por tanto) el derecho a los que llama «servicios y prestaciones sociales básicas», una fórmula ciertamente poco precisa. Desde luego queda claro que bajo esta rúbrica no se incluyen las prestaciones (aun las no contributivas, las asistenciales y los servicios) de la Seguridad Social. El contenido de los «servicios y prestaciones sociales básicas» que el art. 14.3 LExtr reconoce a todo inmigrante queda reducido a un nivel puramente asistencial ajeno a la Seguridad Social; aquellos servicios y prestaciones asistenciales a cargo no de la Seguridad Social sino de las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales (atención domiciliaria, servicios de comedor, ayudas de urgencia social y similares, así como «rentas mínimas de inserción»), carentes de una disciplina jurídica uniforme, lo que, aparte de la desigualdad que comporta, dificulta enormemente su identificación. Por otra parte, las Comunidades Autónomas discrepan en las exigencias para el devengo de dichos servicios y prestaciones asistenciales; en unos casos se pide la residencia legal, a la que en ocasiones se fija un plazo mínimo (uno, tres o cinco años), en otros el mero empadronamiento, y en otros el empadronamiento unido a la residencia efectiva.

V. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS INMIGRANTES

La Ley General de Sanidad extiende su ámbito de aplicación a todos los españoles (arts. 1.2 y 3.2, cuyo alcance universal es moderado en la Disp. trans. 5ª, que prevé una extensión «de forma progresiva»), pero en cuanto a los extranjeros lo limita a aquéllos que tienen su residencia en España. Que la ley esté legitimada para configurar el derecho a la salud de los extranjeros es algo que viene sosteniendo nuestro TC; así, la STC 95/2000, de 10 de abril, contemplando conjuntamente lo dispuesto en el art. 13.1 CE y el reconocimiento constitucional del sistema de la Seguridad Social y del derecho a la salud, concluye afirmando «el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas en las normas correspondientes».

Más recientemente, el art. 12 LExtr (redactado por LRLExtr) puntualiza el alcance de ese derecho, que se extiende, en las mismas condiciones que a los españoles, a cuatro supuestos:

a) Extranjeros inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual. Como se sabe, el empadronamiento no implica la autorización de residencia, lo que supone amparar situaciones ilegales que por lo general no se detectan ya que, al parecer, las autoridades locales suelen incumplir su deber de comunicar las relaciones de inmigrantes empadronados a las autoridades gubernativas. En cualquier caso, lo que aquí interesa es resaltar que los inmigrantes ilegales pueden beneficiarse de la asistencia sanitaria pública con tal de que se hallen empadronados. Por otra parte, las comunidades autónomas presentan, también en esta materia, una poco elogiada diversidad de regímenes de prestación sanitaria, que en algunos casos contradice lo dispuesto en la LExtr; así, algunas normas autonómicas extienden la asis-

tencia a los meros «empadronados» o «vecinos», otras a los «residentes legales», y otras más a todo residente de hecho.

El citado art. 12.1 LExtr reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los inmigrantes empadronados «en las mismas condiciones que los españoles», lo cual significa, dado el actual grado de desarrollo del principio de universalidad de dicha asistencia, que tales inmigrantes, en el supuesto de que no sean titulares o beneficiarios del correspondiente derecho frente a la Seguridad Social (lo que ocurrirá cuando no se encuentren en situación legal en España), habrán de acreditar, como han de hacerlo los españoles, que son «personas sin recursos económicos» (art. 80 LGS).

b) Todo extranjero, cualquiera que sea su situación en España, siempre que precise asistencia sanitaria pública en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, con independencia de la gravedad de éste, y sean laborales o no («cualquiera que sea su causa»). También en este caso el extranjero disfrutará del derecho en los mismos términos que los españoles –aunque el art. 12.2 no lo consigne de modo expreso–, pero no en condiciones superiores; queremos con ello decir que, al encontrarse en situación ilegal y no hallarse protegido por la Seguridad Social española, habrá de demostrar su condición de persona sin recursos económicos –salvo el caso de accidente laboral–, pues en otro caso debería reembolsar el coste de la asistencia en calidad de paciente privado (art. 16 LGS).

c) Los menores de 18 años que se encuentren en España, cualquiera que sea su situación legal; también en las mismas condiciones que los españoles.

d) Las mujeres por razón de embarazo, parto o postparto, también con independencia de su situación legal en España y asimismo –aunque el art. 12.4 LExtr no lo diga expresamente– en las mismas condiciones que las españolas.

VI. LOS INMIGRANTES IRREGULARES ANTE LOS DERECHOS SINDICALES Y COLECTIVOS

Los derechos sindicales y colectivos (derecho a la fundación de sindicatos y a la afiliación y a la acción sindicales, a la huelga y a otras medidas de conflicto colectivo) no quedan amparados en virtud del art. 36.5 LExtr, cuyo alcance se restringe a validar los derechos contractuales del inmigrante y las «prestaciones» sociales a las que ya hemos aludido. Corroborando esta idea, la LExtr exigía en otros preceptos (declarados inconstitucionales por el TC y rectificadas consiguientemente por la LRLExtr) que el inmigrante se hallara en situación legal para poder ejercitar los referidos derechos sindicales y colectivos.

En efecto, el art. 11.1 LExtr (modificado por ley 8/2000) condicionaba inequívocamente el derecho del inmigrante a sindicarse a la autorización de estancia o residencia en España, aunque no exigía la autorización de trabajo. Así pues, el inmigrante sin «visado de estancia» (de hasta 90 días de autorización) o sin autorización de residencia temporal –que presupone en muchos casos la autorización de trabajo (art. 31.2 LExtr, redactado por LRLExtr; arts. 48 y ss. Reglamento)– o de residencia permanente, no tenía derecho a ser titular de la libertad sindical, ni por tanto a ejerci-

tar los derechos de ella derivados (del mismo modo que tampoco tenía libertad de asociación si carecía de la autorización de estancia o residencia: art. 8 LExtr).

A mayor abundamiento, el tenor de la Ley llevaba a entender que el inmigrante en situación ilegal no podía promover la creación de un sindicato, ni «general» ni exclusivo de inmigrantes, ni podía ser elector ni elegible para cargos sindicales, ni formar parte de los órganos de gobierno de un sindicato, ni gozar de las garantías propias de los afiliados y representantes sindicales.

Doctrina extendida sostenía que semejante denegación de la libertad sindical a los inmigrantes ilegales vulneraba preceptos internacionales y constitucionales; esa misma postura explica que se hubieran interpuesto varios recursos de inconstitucionalidad frente a la LO 8/2000, de reforma de la LExtr, recursos que afectaron, otros preceptos impugnados aparte, a la regulación dada a la libertad sindical y derecho de huelga. Esos recursos fueron resueltos por las sentencias anteriormente aludidas, que estimaron la inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8 y 11.1 LExtr.

La doctrina de dichas sentencias estimatorias, frente a las que se alzaron varios votos particulares, viene a reconocer el pleno derecho del inmigrante ilegal en materia de reunión, asociación y libertad sindical, confirmando una doctrina académica que no compartimos.

Aunque el hecho de que la LExtr reconozca al inmigrante en situación ilegal derechos derivados del contrato podría apoyar el reconocimiento a tal inmigrante de la libertad sindical (y del derecho de huelga), en tanto instrumentos de defensa de aquellos derechos en situación particularmente precaria, sin embargo, cabe pensar que la atribución de derechos a los inmigrantes irregulares, a diferencia de lo que sucede con los regulares, sólo puede ser restrictiva y no expansiva, pues en caso contrario se darían pasos tan desproporcionados en la igualación de los estatutos del extranjero legal y del ilegal que prácticamente el Derecho de extranjería –y su función prioritaria de defensa de la convivencia nacional– perdería su razón de ser. Situada entre esas *Scylla* y *Caribdis*, la LExtr optó, en el precepto (art. 11.1) declarado inconstitucional, por la posición limitativa.

A nuestro juicio, pues, y concordando con lo que disponía la LO 8/2000, los inmigrantes en situación irregular carecerían de legitimidad para fundar sindicatos, y los ya existentes no podrían admitir la afiliación de un trabajador extranjero en situación ilegal, ni su candidatura a elecciones de representantes de los trabajadores, ni su participación en la comisión negociadora de un convenio colectivo, etc. Frente al criterio del TC, la opción de la LExtr no nos parecía infundada, teniendo en cuenta que la libertad sindical no es un derecho inherente a la persona y directamente conectado con la dignidad humana, sino un derecho de configuración legal; un derecho, pues, que puede ser denegado por razones fundadas (como por lo demás lo es a determinadas categorías de personas: miembros de las Fuerzas Armadas, magistrados, jueces y fiscales).

Por lo que se refiere a la huelga, el art. 11.2 LExtr, redactado también por LO 8/2000 exigía, para que el extranjero pudiera ejercer ese derecho, que contara con autorización no para residir sino para trabajar en España, exigencia razonable puesto que la huelga no es uno de los derechos naturales conectados con la dignidad huma-

na, sino un derecho peculiar de los trabajadores. Sin embargo, el TC declaró asimismo inconstitucional dicho precepto.

En cumplimiento de esas sentencias constitucionales, la LRLExtr ha procedido a dar nueva redacción al art. 11 LExtr, reconociendo los derechos de libertad sindical y huelga, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros en general, sin mayor exigencia de requisitos.

Aunque la LExtr no contiene mención alguna al derecho a promover conflictos colectivos, es evidente que, por analogía de lo que ocurre con la huelga, tal derecho podrá ser ejercitado por los inmigrantes, aunque no tengan autorización para residir y trabajar en nuestro país.

En cuanto a la participación de los inmigrantes irregulares en los órganos unitarios de las empresas, no puede desconocerse la exigencia del art. 7.c de la LExtr, que condiciona globalmente la contratación laboral de los extranjeros a «lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», legislación específica (fundamentalmente, la LExtr y su Reglamento) que, como regla general, exige al inmigrante la autorización de residencia y trabajo; es cierto que su falta, como sabemos, no invalida los derechos contractuales del trabajador, pero entre ellos ciertamente no se encuentra el derecho –no individual sino colectivo– a elegir y ser elegido representante del personal. No es difícil advertir la grave contradicción que supondría el hecho de que un inmigrante no autorizado a residir y trabajar en España pudiera ser representante legal (o elector de los representantes legales) de los trabajadores, y ostentar las garantías que reserva a tales representantes el art. 68 ET. Con todo, el antecedente sentado por el TC al reconocer en plenitud el derecho a la libre sindicación de todo extranjero, incluido el que se encuentre en situación irregular en España, hace menos seguras las anteriores afirmaciones. En efecto, si el inmigrante en situación irregular puede ser elegido delegado sindical, como derecho incluido dentro de la libertad sindical que la LRLExtr le reconoce, no resulta difícil deducir que también puede ser elegido en las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa (vocales del Comité y delegados de personal), especialmente en el caso de que el extranjero figure en una candidatura presentada por un sindicato.

VII. CONSECUENCIAS SANCIONADORAS

El reconocimiento de efectos contractuales a la relación laboral del extranjero no autorizado a residir y trabajar en España (art. 36.5 LExtr), así como el reconocimiento a dicho extranjero de derechos sanitarios y asistenciales, de derechos sindicales y de huelga y de ciertos derechos en materia de Seguridad Social, no impide que el correspondiente contrato de trabajo sea un contrato prohibido y por tanto ilegal, y que frente a tal ilegalidad haya de reaccionar el Ordenamiento; en concreto, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal.

El régimen legal vigente sobre infracciones y sanciones en materia de empleo de inmigrantes es extraordinariamente complejo y confuso, debido a la doble vía normativa existente en la materia, ya que la LExtr y su Reglamento configuran, además

de un sistema sancionador general migratorio, otro específico que pudiera llamarse migratorio-laboral, que se superpone al sistema sancionador contenido en materia de migraciones y trabajo de extranjeros en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000, de 4 de agosto; en adelante, LISS).

De ese doble bloque normativo deriva una dualidad de tipos de infracción (coincidentes en todo o en parte según los casos), una dualidad de tablas de sanciones, y una dualidad de procedimientos y regímenes competenciales.

Como inicial criterio interpretativo, hay que avanzar que, aunque no deroga expresamente a la LISS en esta materia, la LExtr (reestructurada en esta parte por la LO 8/2000, posterior a la LISS y especial en materia migratoria frente a ésta; y recientemente reformada por la LRLExtr) dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por la propia LExtr y sus disposiciones de desarrollo y por la L 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (art. 50 LExtr), y silencia por completo a la LISS.

El régimen de la LExtr sobre las infracciones administrativas que podemos llamar laborales-migratorias presenta diversas peculiaridades respecto del contenido en la LISS, que no procede examinar en este momento.

Digamos en resumen que la LExtr desplaza a la LISS en la regulación de los tipos de infracción referidos, tanto los correspondientes a faltas de los inmigrantes como de sus empresarios. Esta conclusión había sido anticipada, por cierto, en la Instrucción 101/2001 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a cuyo tenor, tras la entrada en vigor de la LO 8/2000, las infracciones en materia de trabajo de extranjeros han de ser perseguidas aplicando la LExtr y no la LISS.

La falta de identidad en las tablas sancionadoras de la LExtr y la LISS no ofrece mayor problema, puesto que la derogación tácita de las infracciones contenidas en el art. 37 LISS por la LExtr arrastra necesariamente la derogación de las sanciones aplicables en el marco de aquella ley.

Una peculiaridad muy importante del vigente sistema sancionador contenido en la LExtr es la de que ciertas infracciones graves y muy graves pueden ser sancionadas en lugar de con multa con la expulsión de su autor; sin necesidad, parece, de que aquéllas hayan sido cometidas en su grado máximo, pues la LExtr no hace tal especificación en su art. 57.1, redactado por LRLExtr.

Resuelto el problema de la dualidad legal (LISS y LExtr) en materia de infracciones y sanciones sobre empleo ilegal de inmigrantes, que ya dijimos se zanja a favor de la LExtr, la identificación de las normas sobre el procedimiento administrativo sancionador aplicable en esta materia es una tarea sencilla.

El art. 55.2 LExtr (redactado por LRLExtr) diseña, en efecto, un procedimiento sancionador específico (gubernativo-laboral y no gubernativo-policial como en las restantes infracciones migratorias de contenido no laboral) para castigar las infracciones laborales tipificadas en los arts. 52.c, 53,1.b, 53.2.a y b, y 54.1.d de la propia LExtr; respectivamente: infracción leve del inmigrante trabajador por cuenta propia sin autorización para trabajar pero sí para residir; infracción grave del inmigrante trabajador por cuenta propia o ajena sin autorización para residir ni trabajar; infracción

grave por falta de alta en la Seguridad Social o de registro del contrato de trabajo; infracción grave por atribución al trabajador de ocupación distinta de la autorizada; e infracción muy grave del empresario que contrata a inmigrantes sin autorización de trabajo.

El procedimiento sancionador de la LExtr en materia migratoria laboral es básicamente el previsto para la imposición de sanciones por infracciones del orden social en el RD 928/1998, de 14.5 (al que remite el art. 149.5 LExtr), en el que se introducen ciertas variaciones que se refieren tanto al órgano sancionador –la imposición de sanciones no corresponde a las autoridades laborales sino a las gubernativas, Subdelegados y Delegados del Gobierno (art. 55.2 LExtr, redactado por LRLExtr)– como a las reglas de procedimiento.

* * *

En fin, los más graves supuestos de empleo ilegal de inmigrantes dan lugar a la imposición de sanciones penales.

Un tipo delictivo específicamente laboral, imputable sólo a «empresarios», es el regulado en el art. 312.2 CP, que condena a pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses a «quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual». La conducta delictiva no consiste en el mero empleo del inmigrante irregular sino además en el menoscabo específico de sus derechos laborales (*v.gr.*: vulneración de la jornada máxima legal, abono de un salario inferior al mínimo interprofesional, etc.).

Comparando los artículos 311.1º y 312.2 resulta que el CP sanciona con más dureza la conducta de empleo ilegal de un extranjero que la de un nacional; respecto de ambos, los dos tipos delictivos exigen el menoscabo de derechos laborales, pero con relación al empleo de los nacionales se exige un plus de culpabilidad: el engaño o abuso de situación de necesidad, engaño o abuso que no exige el art. 312.2 CP y que no se puede presumir en todo caso de empleo de un inmigrante irregular.