

# La Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en España



**Fco. Javier Fernández Orrico**

Doctor en Derecho. Subinspector de Empleo y Seguridad Social Profesor de la Universidad Miguel Hernández (Elche)

Un aspecto a tener en cuenta en la reforma de la LO 4/2000, es el que se refiere a la Seguridad Social de los extranjeros, sabiendo que el sistema de Seguridad Social es algo más que las cotizaciones o prestaciones que se otorgan a los beneficiarios.

En efecto, en España el sistema de Seguridad Social abarca dos vertientes, un nivel amplio denominado contributivo, que afecta a trabajadores y asimilados, habida cuenta de que con sus cotizaciones y la de sus empresarios hacen posible el pago de las prestaciones, y otro nivel más modesto –el no contributivo–, dirigido a ciudadanos que reuniendo determinados requisitos, en especial el de insuficiencia de recursos, acceden a una prestación ya sea técnica (asistencia sanitaria) o económica (pensiones de invalidez o jubilación y prestaciones familiares).

El objeto del presente análisis reside en el comentario de aquellos aspectos que regulan la Seguridad Social de los extranjeros (sus referencias, derecho a la Seguridad Social), en especial, los cambios más sobresalientes que ha introducido la LO 2/2009, y en particular de los trabajadores extranjeros, con una breve mención de aquellos extranjeros que pese a no tener trabajo pueden ser beneficiarios de la acción protectora del nivel no contributivo de la Seguridad Social.

## 01 Derecho a la Seguridad Social

La primera referencia a la Seguridad Social en la Reforma de la LO 4/2000, aparece en el **art. 2 bis**, que contiene las directrices en que se inspira la política inmigratoria, cuyo apartado 2 especifica que todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a una serie de principios, figurando en su letra i), «la **igualdad de trato** en las condiciones laborales y de Seguridad Social».

La siguiente ocasión, es para establecer en el reformado **art. 10.1** LO 4/2000, que «los extranjeros **residentes** que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen **tienen** derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema

de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente».

**■ ■ ■ En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo ■ ■ ■**

En la **modalidad no contributiva**, apenas ha cambiado el régimen jurídico de los extranjeros en España. Solo ha variado al establecerse en tiempo presente el derecho a la Seguridad Social que se concebía como un derecho futuro en la anterior redacción, cuando se establece en el **art. 14.1 de la LO 4/2000**, en la redacción de 2009, que «los extranjeros residentes **tienen** derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la

Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles».

En consecuencia, dedicaré las páginas que restan a los cambios más significativos que ha supuesto la Seguridad Social de los **trabajadores** extranjeros como consecuencia de la reforma de la LO 4/2000.

### 1.1. Seguridad Social contributiva

A) El alta en la Seguridad Social: condición para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo

Quizá la exigencia de que el trabajador extranjero se dé de alta en la Seguridad Social por el desempeño de una actividad para que el visado de entrada en España consolide sus efectos, sea uno de los cambios de la reforma más interesantes que tienen que ver con la Seguridad Social contributiva. Así, una clase de visado que se contempla es el de residencia y trabajo, «que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado. En este tiempo deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. **Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio** nacional, incurriendo, en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.1.a) de esta Ley» [letra d) del apartado 2 del art. 25 bis LO 4/2000 en la redacción LO 2/2009]. **Ver cuadro aparte.**

## Sumario

### 1. Derecho a la Seguridad Social

#### 1.1. Seguridad Social contributiva:

A) El alta en la Seguridad Social: condición para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo

B) Efectos de la falta de autorización de residencia y trabajo respecto a las prestaciones de Seguridad Social

### 2. El caso de la prestación por desempleo

B) Efectos de la falta de autorización de residencia y trabajo respecto a las prestaciones de Seguridad Social

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

La cuestión que se plantea es, si, no siendo posible la incorporación del trabajador extranjero en el sistema de la Seguridad Social, por no encontrarse en posesión de la autorización de residencia y trabajo, ¿tendría derecho a las prestaciones que dispensa la Seguridad Social?

## NOVEDADES en el artículo 10.1 LE

- Incluye una precisión respecto a la anterior redacción (LO 8/2000), en que se omitía la exigencia de que el extranjero acreditara la condición de residente legal.
- En lugar de referirse al derecho a un trabajo remunerado y a la Seguridad Social como una posibilidad de acceder al derecho -"tendrán derecho"-, de la normativa precedente, se considera como un derecho actual al decir "tienen derecho".

## Novedades, especialidad, consecuencias y nueva obligación de control en torno a la Seguridad Social contributiva

### NOVEDADES:

- A diferencia de la normativa anterior en que únicamente se exigía la obtención del visado para ejercer la actividad por cuenta ajena o propia, ahora se le da un plazo de tres meses para darse de alta en la Seguridad Social.
- Si en la anterior redacción del art. 36.2 LO 4/2000, la autorización para trabajar se confirmaba mediante la solicitud del visado en el plazo de un mes desde su concesión, con la nueva redacción, no es el visado, sino que «la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social».

**ESPECIALIDAD:** El proceso de concesión de la autorización de residencia y trabajo **por cuenta ajena inicial**, «se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya eficacia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social» (art. 38.3 LO 4/2000, en la versión de 2009).

**CONSECUENCIAS DE NO SOLICITAR EL ALTA Y COMENZAR A TRABAJAR:** En el supuesto de que no se produjera el alta en la Seguridad Social del trabajador extranjero, la autorización de residencia y trabajo no tendrá efecto y por tanto el trabajador no estará autorizado para trabajar. La sanción no sería una simple falta de alta en la Seguridad Social (infracción grave sancionada a partir de 626 euros) sino que sería una falta de autorización de residencia y trabajo del art. 54.1.d) LO 4/2000 en la nueva redacción de 2009 [infracción muy grave sancionada a partir de 10.001 euros desde 13-12-2009, según el art. 55.1.c) LO 4/2000 nueva redacción de 2009].

**NUEVA OBLIGACIÓN DE CONTROL:** El último inciso del reformado art. 36.2 LO 4/2000, hace referencia a algo que sugerí, como consecuencia de mi labor inspectora para mejorar el control de las altas de los extranjeros en la Seguridad Social, concretamente, el mandato que se impone a la Entidad Gestora para que compruebe «en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad».

Para responder a esta interesante cuestión, se debe distinguir en función del origen de la contingencia concreta:

- Si deriva de un **accidente de trabajo o de una enfermedad profesional**, el trabajador extranjero no autorizado para trabajar accede al derecho a las prestaciones que se derivan de tales contingencias, ya que la reciprocidad se considera reconocida presuntamente, tanto en el ámbito internacional como nacional al establecerse la plena equiparación de los trabajadores extranjeros y los nacionales con respecto a las indemnizaciones por contingencias profesionales, quedando amparado todo

extranjero, con independencia de su situación frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de acuerdo con los Convenios OIT 19 y 97, la resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 sobre normas de aplicación y desarrollo del campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario; y artículo 14.e) del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria.

- Cuando el origen del riesgo actualizado derive de una contingencia común el trabajador

extranjero no autorizado para trabajar no tiene derecho a las prestaciones que se derivan de tales contingencias.

## 02 El caso de la prestación por desempleo

Una de las prestaciones que se ha llegado a otorgar por los tribunales, aun sin haber obtenido con carácter previo la autorización para trabajar, es la prestación por desempleo, si bien habiendo obtenido previamente la autorización de residencia (esta es la conclusión a la que llegó la **STS de 18 de marzo de 2008**, reiterada por la STS de 12 de noviembre de 2008, según la cual, «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» (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94 , rcud. 1466/94; 21-9-95 , rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94).

Pues bien, con respecto a la prestación por desempleo de los extranjeros, el art. 36.5, de la LO 4/2000, en la redacción de la LO 2/2009, rompe con esa interpretación y deja muy claro que **«en todo caso, el trabajador que carezca de autoriza-**

**ción de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».**

**■ ■ ■ La exigencia de que el trabajador extranjero se dé de alta en la Seguridad Social por el desempeño de una actividad para que el visado de entrada en España consolide sus efectos, es uno de los cambios de la reforma más interesantes que tienen que ver con la Seguridad Social contributiva ■ ■ ■**

En consecuencia, no sólo la autorización para residir en España, también se exige la autorización para trabajar, sin la que desde el 13-12-2009 no es posible causar derecho a prestaciones por desempleo. Por lo tanto, se exige como expresamente señala la norma, autorización de residencia y trabajo.

El último inciso del art. 36.5, de la LO 4/2000 advierte que «salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero». Con ello, el legislador quiere dejar claro que el hecho de que se reconozca una prestación al extranjero no significa que le habilite para reconocérsele una autorización de residencia o de residencia y trabajo, salvo -matiza-, en los casos legalmente previstos.

