

**PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL**  
**Universidad de Granada**

**IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN ORDEN  
A PRESTACIONES DEL EMPRESARIO EN SUPUESTO  
DE ACCIDENTE DE TRABAJO DE EXTRANJERO  
SIN PERMISO**

*STJ Castilla y León/Burgos de 30 de octubre de 2001 (R° 686/2001)*

**SOFÍA OLARTE ENCABO\***

**SUPUESTO DE HECHO:** Un trabajador extranjero, de nacionalidad dominicana prestaba servicios como peón por cuenta ajena de un empresario de la construcción, sin el preceptivo permiso de trabajo y sin ser dado de alta en la Seguridad Social, percibiendo cantidades mensuales en metálico por valor de 100.000 pesetas. Al igual que otros trabajadores fue trasladado a otra localidad en vehículo de propiedad del empresario. Mientras trabajaba en una obra para el mencionado empresario, dicho trabajador sufre un accidente de trabajo grave al caer desde un andamio situado a una altura de tres metros y se declaró la Incapacidad Temporal, imputando la responsabilidad de las prestación a la Empresa, sin perjuicio de su anticipo por la Mutua. Siendo relevante que dicho trabajador contaba con permiso de residencia no laboral en fecha anterior al accidente de trabajo, con validez de un año, y habiéndosele reconocido un permiso de trabajo y residencia de un año con posterioridad al accidente.

**RESUMEN:** La empresa formuló reclamación previa, contra la Resolución de la Dirección Provincial del INSS que fue desestimada y del mismo modo la demanda de instancia por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Burgos de fecha 30 de julio de 2001, dictada en autos promovidos en reclamación sobre impugnación de resolución administrativa por la que se declara la responsabilidad de la recurrente del accidente de trabajo sufrido por el trabajador condenado. Interpuesto recurso de suplicación contra La Fraternidad, el INSS y la TGSS, éste es desestimado por el TSJ, rechazando el razonamiento del recurrente acerca de la inexistencia de relación laboral, y considerando que nuestro ordenamiento no establece diferencia alguna en cuanto a riesgos derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, entre nacionales y extranjeros, al margen de que se encuentren en situación legal o ilegal.

---

\* Prof. TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**ÍNDICE:**

- 1. Breve aproximación al estado de la cuestión**
- 2. Los fundamentos de derecho en la STSJ Castilla y León/Burgos, de 30 de octubre de 2001**
- 3. ¿Hacia la apertura a otras responsabilidades prestacionales no derivadas de contingencias profesionales?**

**1. BREVE APROXIMACIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Aunque en un principio la jurisprudencia social no adoptó una posición clara en torno a la problemática de la protección en caso de accidente de trabajo de trabajadores extranjeros no comunitarios en situación ilegal, ya que no había una interpretación clara del alcance de la declaración de nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso. En unos casos, sobre la base de lo dispuesto en el art. 9.2 ET, no se le reconocía efecto alguno en el ámbito prestacional, mientras que en otros se consideró que la declaración de nulidad del contrato no excluía otros efectos más allá del remuneratorio, incluyendo derechos prestacionales en el caso de accidentes de trabajo.

Con el transcurso del tiempo se consolida la segunda línea jurisprudencial, especialmente impulsada por el orden contencioso-administrativo, fundamentándose tanto en normativa interna (Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 y Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre normas de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario, en los que se reconoce que todo extranjero, aunque no se encuentre en situación de residencia legal, queda protegido por el sistema de Seguridad Social en lo que se refiere a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, casos en los que se presume la reciprocidad.

En el plano internacional, el Convenio nº 97 de la OIT que impone el principio de igualdad en materia de Seguridad social, y más concretamente en relación con los accidentes de trabajo, si bien se exige que el extranjero se encuentre legalmente en el territorio del Estado al que reclama la prestación. Sin embargo, el Convenio nº 19 de la OIT, ratificado igualmente por nuestro país, establece el principio de igualdad de trato en orden a las prestaciones en caso de accidente de trabajo, sin exigir el requisito de estancia legal (art. 1).

La LOEXIS (Ley Orgánica 4/2000) ha supuesto un impulso importante en esta línea de atribuir afectos jurídicos al contrato de trabajo celebrado con extranjero sin permiso de trabajo. Aunque el art. 36.1 de dicha ley exige que “los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar”, también se dispone que “los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar, deberán obtener previamente, conforme a o dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio

de Trabajo y Asuntos Sociales”, sin embargo, en el apartado 3º, se establece que “*la carencia de la correspondiente autorización 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*”.

Este último inciso ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales, que van desde la consideración de que el mismo no altera la situación anterior, a las que consideran lo contrario, es decir, que se reconocería la validez del contrato. En una línea más matizada, y, consideramos, más acertada, se entiende que este precepto requiere una interpretación no unívoca, siendo preciso determinar caso por caso su alcance, suponiendo un avance a favor de la validez del contrato y de una interpretación restrictiva de la nulidad<sup>1</sup>.

Cúal sea la posición de nuestros Tribunales en torno a esta cuestión, es algo que todavía está por ver, ya que el grado de indeterminación legal es tal que admite lecturas muy diversas<sup>2</sup>.

En todo caso, en el tema concreto que nos ocupa aquí, accidentes de trabajo, parece ya suficientemente consolidada la protección se los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, aun sin permiso de residencia. Incluso, se admite la obligación de satisfacción de cuotas por falta de cotización<sup>3</sup>, sin embargo, esta doctrina no ha llegado a admitir la posibilidad de acción por despido. En cualquier caso, y esto es importante, el TS aplica la doctrina de la responsabilidad empresarial por falta de cotización, considerándolo como un incumplimiento voluntario y definitivo.

A partir de estas consideraciones la pregunta que surge es ¿qué aporta la Sentencia que analizamos? Realmente llega a conclusiones ya conocidas y consolidadas por el TS, por lo que en puridad no habría novedad, sin embargo, se trata de una Sentencia que se dicta en un contexto normativo diferente y que en su fundamentación utiliza argumentos más contundentes que permiten intuir una posición más avanzada en el ámbito de la responsabilidad empresarial, más allá de las contingencias profesionales, lo cual es algo más que una intuición, ya que se están dictando Sentencias en los Tribunales Superiores de Justicia que admiten la validez del contrato de trabajo aún sin

---

<sup>1</sup> En esta línea PEDRAJAS PEREZ, F. “Derecho al trabajo”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (Ley 4/2000 y Ley 8/2000)*, Comares, Granada, 2000, págs. 187 y 188.

<sup>2</sup> En la doctrina se ha apuntado que el 36.3 de la LOEXIS se verá abocado a una interpretación restrictiva de los posibles efectos a desplegar, a pesar de que no se sancione con la invalidez. Vid. en esta línea el interesante trabajo de DÍAZ AZNARTE, M<sup>a</sup> T: 2º “Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena”, AL, nº 43, 2001, donde analiza la doctrina favorable de la STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2000.

<sup>3</sup> Así la STS (3ª) de 2-12-1998, en la que aun declarando nulo el contrato de trabajo por falta de permiso de trabajo, se reconocen efectos más allá de la mera remuneración, declarando la obligación de cotizar del empresario que contrata a extranjero sin permiso.

permiso de trabajo y concretamente la acción de despido, como es el caso de la reciente Sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (Ar. 1697), que aplica ya la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000.

## **2. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA STSJ CASTILLA Y LEÓN /BURGOS DE 30 DE OCTUBRE DE 2001**

La Sentencia analizada consta de un Fundamento de Derecho Único en el que se dan las siguientes argumentaciones.

En primer lugar, aun admitiendo la existencia de una consolidada doctrina jurisprudencial en las que el TS declaró que la prestación de servicios por parte de un trabajador extranjero sin poseer el correspondiente permiso de trabajo, supone que tal contrato es nulo de pleno derecho, no es menos cierto que la nulidad que se predica del contrato por esta causa no tiene la naturaleza de una nulidad radical que retrotraiga sus efectos a la fecha inicial de la celebración del contrato, ya que no se puede desconocer que el contrato ha producido determinados efectos, como es la prestación de servicios por parte del trabajador y el empresario ha hecho suyos los frutos de dicho trabajo.

En este sentido, el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores al disponer que “en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiese prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido”, evita el enriquecimiento injusto del empresario a costa de un trabajador extranjero se encuentre en situación irregular en nuestro país. Por ello, pese que no se considera que el trabajador tenga derecho a exigir su continuidad en el puesto de trabajo o a accionar por despido, en el caso de que el empresario decida poner fin a la relación existente, sí se le reconoce el derecho al salario por el trabajo prestado”, lo que para el TSJ significa que si al trabajador extranjero, carente de los pertinentes permisos, se le reconoce el derecho a percibir la remuneración correspondiente a un contrato válido, se está reconociendo que durante el período que prestó los servicios existió la relación con el empresario contratante...”. Recordando la STS de 21 de diciembre de 1994, en la que el TS, se afirma que el hecho de que el extranjero no pueda trabajar libremente en España hasta la obtención del permiso de trabajo, ello no significa que aquél esté afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar.

De otro lado se alude a la distinción entre la técnica de la autorización y la de la prohibición absoluta para trabajar. Así, la autorización es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. La doctrina científica define a ésta como la que opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos y presenta diferentes grados. Así puede presentarse como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía o bien como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad preexistente.

Pues bien para el Tribunal Supremo, aunque se admitiera que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad, “ello no equivale a prohibición absoluta que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque... el trabajador extranjero puede continuar en territorio español si cuenta con permiso de residencia, puede también buscar otro empleo, y por último, cuando lo encuentre, puede, a su vez, solicitar el permiso de trabajo”.

Partiendo de esta doctrina, el TSJ rechaza el razonamiento del recurrente acerca de la inexistencia de relación laboral, debiendo hacer notar que la jurisprudencia referida del TS se refiere a la interpretación del ya derogado art. 15 de la Ley Orgánica 7/1985.

En segundo lugar analiza en el fundamento jurídico el tema concreto de la litis, que es la responsabilidad en orden a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo. En este sentido, nos recuerda el TSJ que la protección en orden a prestaciones cuando se trata de contingencias profesionales es mayor que la de los derechos derivados del contrato de trabajo.

En efecto, los riesgos derivados de accidente de trabajo y enfermedades profesionales tienen una singular regulación en la normativa internacional de seguridad social ya que no se establece diferencia en cuanto a la protección derivada de la situación legal o ilegal del trabajador extranjero. El Convenio núm. 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y extranjeros en materia de indemnización por accidente de trabajo establece en su artículo 1 que “todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo” y añade “Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia”. Convenio que fue ratificado tanto por España como por la República Dominicana, por lo que resulta plenamente aplicable al caso.

A mayor abundamiento, el art. 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 establece que “estarán incluidos en este Régimen General de la Seguridad Social en cuanto reúnan las condiciones del número 1 de este artículo, excepto la relativa a la nacionalidad, los súbditos de los restantes países que residan en territorio español, en cuanto así resulte de lo dispuesto en los Convenios o Acuerdos ratificados o suscritos al efecto o a cuantos les fuera aplicables en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. La reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional”.

El número 1 de dicho precepto dispone que “estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de Seguridad social los mayores de catorce años, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión que residan y ejerzan

normalmente su actividad en territorio nacional, siempre que concurra en ellos la condición de trabajadores por cuenta ajena o asimilados en las distintas ramas de actividad económica”. En el caso analizado, el trabajador contaba con permiso de residencia no laboral desde el 19 de agosto de 1999, con un validez de un año, por lo que en la fecha del accidente residía normalmente en España, prestaba su actividad como peón de construcción, siendo su relación laboral, por lo que reunía el requisito de ser trabajador por cuenta ajena. Además de reconocerse la reciprocidad, razones por las que cumple todos los requisitos a efectos de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Por todo ello, el TSJ, correctamente desestima el recurso y confirma la sentencia impugnada.

Esta doctrina es relativamente novedosa, ya que en otras anteriores ya se había mantenido la misma solución (STS Andalucía/Granada, de 7 de enero de 1998 y STSJ Murcia de 4 de octubre de 1999), pero viene a confirmar esta línea jurisprudencial aún contestada por otros tribunales. Sin embargo, consideramos que terminará por imponerse a la luz de lo dispuesto en la nueva ley de extranjería.

### **3. ¿HACIA LA APERTURA A OTRAS RESPONSABILIDADES PRESTACIONALES NO DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO?**

Aunque la Sentencia aquí comentada, en relación con el objeto del recurso, se refiere sólo al ámbito de las contingencias profesionales, es claro que, además, delimita el campo de aplicación del Régimen General incluyendo a los extranjeros que sean trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo nulo.

Y es a partir de esa reflexión desde la que nos cuestionamos cuál puede ser la incidencia que el progresivo reconocimiento de derechos laborales, más allá del art. 9 del ET, que se está produciendo en los Tribunales Superiores de Justicia, en los casos en que falte el permiso de trabajo, pueda tener en el ámbito de la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones.

Parece evidente a que a la luz de la nueva Ley de Extranjería (arts. 36.3 y 6 de la Ley 4/2000) se está produciendo una novedosa doctrina legal que admite la existencia de despido en un supuesto de prestación laboral de extranjero sin permiso de trabajo. Este es el caso de la TS Cataluña de 14 de mayo de 2002, en la que se revoca la sentencia del Juzgado declarando la inexistencia de relación laboral y la nulidad de pleno derecho por falta de permiso de trabajo.

En esta nueva doctrina se parte del presupuesto de que la nulidad de los contratos es una institución que debe aplicarse de forma muy restrictiva y mas claramente a partir de la nueva Ley de extranjería, en cuyo art. 36.3 (no modificado por la Ley 8/2000) se dispone que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del

trabajador”. Por ello, este precepto sólo puede ser interpretado “en el sentido de considerar que el contrato es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador”.

Esto implica para el TSJ de Cataluña que “la nueva norma ha querido dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pueda exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier prestación de servicios,... incluidas, por tanto las derivadas de la decisión extintiva unilateral en que el despido consiste”, que la Ley “ha pretendido lograr la protección del trabajador extranjero perjudicado por la realidad social... que aprovecha la falta de regularización para eludir las obligaciones inherentes al contrato”.

Esta última afirmación nos hace reflexionar y cuestionarnos si también estas consecuencias han de ser trasladadas al ámbito de la responsabilidad empresarial en orden a prestaciones, y, desde nuestro punto de vista no cabe duda de que lo son.

Ciertamente que los actos de encuadramiento (afiliación, altas, bajas) se configuran como obligaciones jurídico públicas que inciden en la relación de protección, pero ello no tiene un carácter constitutivo, sino modulador del juego de la responsabilidad en orden a las prestaciones (art. 126.2 LGSS).

Por ello, aun cuando el art. 124 de la LGSS condiciona el derecho a prestaciones al cumplimiento de una serie de requisitos generales, cuyo cumplimiento se hace depender de un sujeto privado y extraño a la relación de protección (el empresario), entendemos que la relación de prestación tiene una existencia independiente de dichos requisitos, ya que en la relación de prestación lo que está en juego es una función del Estado. Por ello, y así lo admite nuestra jurisprudencia, lo relevante será que exista una prestación de servicios por cuenta ajena retribuida, reconociendo el derecho a prestaciones aun en supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y situación de al corriente.

Es decir, desde nuestro punto de vista, la falta de afiliación, alta y/o cotización de un trabajador extranjero sin permiso no impide el desencadenamiento de la mecánica protectora, derivando la responsabilidad al empresario incumplidor, y ello más allá del ámbito de las contingencias profesionales. El hecho de que el trabajador se encuentre en situación irregular, no “convalida” el incumplimiento empresarial de emplear extranjeros sin el correspondiente permiso, lo contrario sería admitir el enriquecimiento injusto y la convalidación de una actuación ilegal por otra. Además a la luz de la nueva ley de extranjería, no cabe duda de que, dado que las obligaciones de seguridad social son también obligaciones dimanantes del contrato, ello ha de aparejar las correspondientes consecuencias.

Es cierto que un empresario no puede afiliar a un trabajador sin permiso de trabajo, pero estos actos de encuadramiento no tienen valor constitutivo, siendo lo relevante la prestación de servicios por cuenta ajena y la retribución de dicho

trabajo. Por ello, la aplicación del art. 126.2 no es más que una consecuencia derivada de un fraude de ley, aplicando la norma que se ha tratado de eludir. Conclusiones que se ven muy reforzadas por la nueva doctrina sobre la no nulidad del contrato de trabajo y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho contrato por parte del empresario, aunque ello no permita llegar a sostener en estos casos la vigencia del principio de automaticidad de prestaciones, que estaría restringida al campo de las contingencias profesionales.

En todo caso, este es un tema abierto y como tal lo planteamos, ya que por el momento no se han producido sentencias que hayan llevado al ámbito de la Seguridad Social las consecuencias derivadas de lo dispuesto en el art. 36.3 de la Ley de extranjería.