

CRÓNICA SOBRE LA ESCASAMENTE SEDUCTORA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL INMIGRANTE SIN PAPELES QUE TRABAJA BAJO LA IDENTIDAD DE UNA PERSONA DOCUMENTADA

1. Protección social del inmigrante sin papeles en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La protección social de colectivo de inmigrantes es un tema recurrente que acostumbra a dejarnos una buena cantidad de sentencias o normativas de las que es testigo esta página Web. Constituye, en lenguaje policial, un caso aún no cerrado. Si las sentencias del Tribunal Supremo sobre accidentes de trabajo en el año 2003 habían supuesto un avance en la igualdad de trato al menos en cuanto a las prestaciones sobre contingencias profesionales, cabe preguntarse si estas resoluciones constituyeron el punto más álgido que la legislación laboral y de extranjería permitían.

Ese mismo año las leyes gustaban de contradecirse a sí mismas. Si una reforma de la ley de extranjería hablaba de derecho a las prestaciones en materia de seguridad social, le sucedía, pocos días después, otra norma presupuestaria contemplaba el importe de las cotizaciones como incremento de las sanciones a imponer.

El ejecutivo, ya en el año 2005 reformó el Real Decreto 84/1996 sobre inscripción de empresas y afiliación, altas bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social, que supuso una regresión en la senda que el Tribunal Supremo estaba empezando a recorrer, reconociendo la doctrina jurisprudencial sobre accidente de trabajo pero dejando complicado el acceso a las prestaciones por otras causas.

No será hasta el año 2008 cuando el Tribunal aborda la posibilidad de que el extranjero irregular obtuviera la prestación por desempleo. La respuesta fue tajante en sentido negativo, a pesar del principio de automaticidad contenido en el artículo 220 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social. Los pronunciamientos judiciales no sólo se quedaron aquí, sino que la interpretación de la política migratoria trastocó también la responsabilidad empresarial y de la entidad gestora en la materia, convirtiéndose el extranjero en un caso especial muy a su pesar: trabaja pero sólo tiene derecho a las prestaciones en supuestos muy concretos.

A principios del 2010 (el 21 de enero) se aborda nuevamente el supuesto del accidente de trabajo de un inmigrante en situación irregular. El caso, a primera vista, es infinitamente más complejo, y da lugar a tres posiciones diferentes en el más alto Tribunal Ordinario, una mayoritaria, y dos votos de dos minorías situadas en las antípodas; y que agrupan 6 magistrados por una parte, y uno por otra.

Nos encontramos ante un extranjero sin papeles, de un país que no había firmado el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo sobre accidentes de trabajo, y que además, realizaba la actividad laboral bajo la personalidad de otro ciudadano extranjero que sí tenía la documentación necesaria y con cuya filiación estaba de alta y cotizando en la Seguridad Social. Y añadimos otro dato que podría modificar el fallo, y casi pasa inadvertido en la sentencia, había sido expulsado tras el accidente.

No nos detendremos en la profusa resolución que ha sido analizada por **Pilar Charro** (de forma brillante, como siempre) en la revista de Derecho Migratorio y que resume los debates pasados, presentes y futuros del estatus del inmigrante carente de la habilitación para residir o trabajar. Aparte de la recensión de nuestra buena amiga, desgraciadamente, los comentarios sobre la misma que hemos encontrado se cuentan con los dedos de una mano.

El de que su país no haya ratificado el convenio, sin embargo, no impide a ninguna de las posiciones abordar el tema en casación, ni se convierte en un argumento para optar por una u otra solución.

Con el camino un poco más despejado, la tesis mayoritaria reafirma la doctrina del 2003 pero deniega la prestación en virtud de la suplantación de personalidad, puesto que su contrato no deviene nulo por la ausencia de documentación sino por el error en las cualidades de la persona, al desconocer la empresa el hecho que el poseedor de la documentación y el trabajador real no eran la misma persona.

Uno de los votos minoritarios, pero tan significativo como el del Magistrado **Desdentado Bonete**, comparte esta declaración de nulidad, pero va más allá, y niega, rectificando posiciones anteriores, la imposibilidad de aplicación del Convenio de la OIT, que exige, según su criterio, una residencia legal en el país, lo que implica la imposibilidad a todo extranjero que carezca de habilitación para residir y/o trabajar de ser protegido por el sistema público de Seguridad Social.

Consecuentemente con su posición, viene a mantener la nulidad de la reforma del año 2005 del Real Decreto 84/1996 sobre inscripción de empresas y afiliación, altas bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social, que sí “incluía a los trabajadores carentes de la autorización de residencia y trabajo en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Norma que sería contraria a la Ley de Seguridad Social y al de Extranjería.

Por último, otro voto minoritario que agrupa a seis magistrados entienden que el hecho de la suplantación y la consiguiente nulidad de su contrato no puede privar al extranjero de su prestaciones al derivar estas de una efectiva realización del trabajo, y que la protección social es independiente de responsabilidad empresarial, volviendo a encarrilar el debate con apoyo en la conocida sentencia de 2 de diciembre de 1998, que obligaba al empleador a cotizar aun cuando el extranjero careciera de las autorizaciones correspondientes.

2. El contrato nulo del operario suplantador

La nulidad del contrato de trabajo no es un efecto exclusivo de carencia de los trabajadores extranjeros indocumentados. La falta de habilitación administrativa o la ausencia de permisos en diversos supuestos ha venido conformando una jurisprudencia en estos años. Así, la no superación de las pruebas de aptitud por parte de los vigilantes de seguridad, las pérdidas del carnet de conducir en el sector del transporte,...; han sido supuestos en los que la jurisprudencia ha concluido que el contrato es nulo o inexistente, si es que se puede hablar de esta última categoría. Frente a esta nulidad el operario sólo tenía el recurso el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores y reclamar por el importe de su trabajo efectivamente realizado.

En el ámbito de la extranjería, el anterior artículo 36.3 (hoy 36.5 por mor de la reforma) decidió al menos que los efectos de la nulidad no afectaran a los derechos del trabajador frente al empresario.

La vieja ley de extranjería cumple un año

Una nueva reforma del 2003, se hablara de un derecho a las prestaciones, pareció abrir la posibilidad de el acceso a las prestaciones. La consideración de incremento de la multa de las cotizaciones de quien se encuentra en situación irregular, que la inmediatamente se promulgó, no dejaba ni mucha menos clara la posibilidad. Posteriores reformas legislativas y resoluciones judiciales han ido precisando una senda aun no acabada y regresiva, pero ni mucho menos pacífica.

Sería deseable a mi juicio que un artículo del tenor del que encontramos en la desfigurada Ley 4/2000 pudiera ser aplicable también a los autóctonos y a aquellos extranjeros que están habilitados para trabajar. Compartimos el carácter tuitivo de la redacción dada la extrema vulnerabilidad de los sin papeles en el mundo laboral, pero, desde la década de los noventa se ha caracterizado por el fenómeno de la precariedad, la segmentación del mercado laboral, la desregulación de las relaciones laborales, y la alianza entre administraciones y empleadores para no transferir las cargas de las contingencias a estos últimos, son circunstancias que afectan a todos los operarios; puesto de manifiesto desde diferentes disciplinas y ópticas, de juristas como **Margarita Ramos Quintana**, o los denominados economistas críticos.

El voto de la minoría de 6 magistrados sustenta con otro supuesto su tesis de que la nulidad del contrato de trabajo no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de las prestaciones.

En el caso un menor de 16 años y de nacionalidad española que falsifica un DNI de un mayor de edad para prestar sus servicios, ocultando su personalidad, y sufre un accidente por estar trabajando en condiciones vulneradoras de las normas básicas de prevención si la empresa ha incumplido las normas básicas en materia de prevención de riesgos laborales. ¿Se le privaría también de la protección de la Seguridad Social pública? La respuesta de la mayoría del Tribunal, como razona largamente, sería que no.

Desde nuestra perspectiva la nulidad contractual por suplantación no es ni mucho menos clara. En principio habría que cuestionarse si el trabajador es elegido por simular su documentación y situación administrativa, y esta circunstancia constituye una condición sin la cual el empleador no le contrataría; o por el contrario si obtiene una colocación en el mercado de trabajo por las características del desarrollo de su labor, independientemente de su situación administrativa, o como expresaremos más adelante las contrataciones en masa en determinadas franjas de la actividad, necesitadas en momentos álgidos de producción de empleados, ha desvanecido cualquier referencia a las cualidades de los trabajadores, incluida su situación administrativa.

En el ámbito civil esta nulidad por error en la persona o sus cualidades es escasa, y si la búsqueda de este humilde jurista no es tan torpe como sus voluntariosos argumentos, las escasas sentencias se focalizan en Navarra, lo que demuestra, como todo el mundo sabe, que hay comunidades, de por sí, proclives a la ilicitud.

Las respuestas, comprenderá quien lea estas paginas, no sólo es jurídica sino que conlleva otras consideraciones. Algunas firmes como la del Magistrado **Desdentado Bonete** en sus escritos posteriores, el primer voto minoritario; y otras como la del *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 3 de diciembre de 2008* (sede de Granada) la cual atribuye a la doctrina “*el hecho de destacar y revitalizar la en la relación de trabajo, apostando por una creación del carácter –intuitu personae- en la relación de trabajo, superando los modos tayloristas*”, y sigue “*destacando la revisión de un estándar de la aportación del trabajador, pasando del operario-masa a considerar que el trabajador debe aportar un valor a la mera capacidad del trabajo estandarizado y no tanto del carácter*

profesional como de eventuales capacidades vinculadas con valores culturales o personales”.

Desconocemos esta doctrina que da por superados tales modelos, excepto si el Tribunal piensa en trabajadores como **Cristiano Ronaldo o Messi**, dicho sea con todos los respetos y en estrictos términos de defensa.

Si alguien se acerca al mercado laboral del Reino de España, y a las actividades intensivas en mano de obra, realmente poco importan las cualidades personales y sí otros factores aparejados al modelo fordista, taylorista, post-fordista o globalizado, como son la aceptación de condiciones por debajo de los límites legales y éticos que cualquier prestación ha de tener. Tanto salariales, de horarios, de disponibilidad y de ausencia de reivindicaciones.

La presunta suplantación, además, excepto que lo sea en todos los ámbitos de la vida, no constituye delito alguno. Criterio de momento unánime en la denominada jurisprudencia menor.

Por último, las tres posiciones nos obligan a formularnos una serie de cuestiones no resueltas: ¿Qué sucedería si el empleador conocía la suplantación?, ¿Puede ser utilizado el desconocimiento por parte del empleador, para evitar sanciones y la responsabilidad en el abono de las prestaciones?, ¿Es más, son efectivas esas cotizaciones efectuadas a nombre de un tercero no parte en la relación laboral y pueden originar prestaciones a su favor?.

A problemas tan complejos, las soluciones no pueden ser sencillas.

3. La segunda sentencia

Dos escasos meses después, el 9 de marzo de 2010, el Tribunal Supremo volvía a conocer de la cuestión, pero desestima el recurso de casación alegando falta de contradicción entre la sentencia dictada y la de contraste, puesto que los supuestos de hecho eran diferentes.

Uno de los casos era muy similar al que dio pie al anterior pronunciamiento. En el otro supuesto el trabajador había fallecido. Las prestaciones que se dilucidaban, eran por tanto diferentes, una incapacidad permanente para la operaria que sufrió el accidente y las derivadas del fallecimiento (auxilio a la defunción, viudedad y orfandad) en el segundo.

Sin duda, el hecho de que las consecuencias de una suplantación no fuera atribuible a sus familiares constituyó la razón de mayor calado para desestimar el recurso interpuesto por la Mutua obligada al pago de las prestaciones.

La resolución que fue objeto de recurso, la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 27 de octubre de 2008, tenía entre otros razonamientos interesantes como la no exigencia de alta para la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo y el cumplimiento de las obligaciones de la empresa, este otro que merece la pena destacar: *“es indiferente el nombre del trabajador asegurado, pues hay un trabajador asegurado, y la Mutua recibió las cuotas correspondientes. La identidad falsa no altera el hecho real de la prestación de trabajo y la existencia de un aseguramiento de un trabajador determinado.”*

Sin embargo, este último argumento sólo ha sido recogido por una minoría del Tribunal Supremo.

4. La reforma del año 2009

La enésima modificación de la Ley de extranjería, más bien una nueva ley, ha venido a dar una nueva redacción al artículo 36.3 de la misma, que ahora conforma el apartado cinco del mismo artículo.

La nueva redacción es similar a la anterior, “*La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero,...*”, pero en el siguiente párrafo el legislador ha querido delimitar expresamente alguna de las prestaciones a la que no se tiene derecho: “*ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones 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. En todo caso, el trabajador que carezca de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo*”.

Cabe preguntarse si seguimos la lectura del voto particular de **Desdentado Bonete** si el artículo permite invocar el Convenio 19 de la OIT sobre accidentes de trabajo. Si seguimos la opinión del Magistrado, el extranjero en situación irregular no tendría ningún derecho a las prestaciones y su reconocimiento en las contingencias profesionales el gozaría de una legalidad más que dudosa.

Una vez más, serán los Tribunales los encargados de precisar cuales son esas *otras que pudieran corresponderle*, nuevamente el caso no está cerrado.

Aún así, hay interpretaciones más acordes con el carácter tuitivo del derecho laboral, como las que nos proporcionan autores de la talla de **Monereo y Triguero**, al defender la posibilidad de que aquellas personas documentadas solo con la autorización de residencia puedan acceder también a la prestación por desempleo.

5. Epílogo

Desgraciadamente, las consideraciones mayoritarias que hemos definido parten de la idea de una inmigración legal y ordenada, olvidándose que las migraciones en sí llevan aparejado el caos que toda huida provoca. Hablar de una planificación de los flujos migratorios ha sido desmentido de forma tozuda por la realidad. Considerar de forma utilitarista la contratación de extranjeros para ocupar las actividades no cubiertas por la población autóctona, seguir manteniendo la preferencia de mano de obra nacional, impulsar el retorno voluntario de inmigrantes desempleados,...; no son ni efectivas a la luz de la experiencia ni compatibles con un mínimo patrón de derechos que el colectivo inmigrante debería tener, con o sin papeles.

Pero si la perspectiva se basa en primar sobre los derechos laborales el ilusorio y electoral control de las fronteras y mantener una intervención administrativa que no existe excepto con meros afanes recaudatorios olvidando sus aspectos tuitivos, el resultado es que la brecha entre regulares e irregulares es cada vez mayor, algo que vuelve a consagrar la nueva reforma de diciembre de 2009. Tristemente, el derecho laboral, como dijo el profesor **Abelleira**, vuelve a cotizar a la baja.

OSKAR VELLISCA