

ÍNDICE

Abreviaturas.....	17
Presentación.....	23

Parte I
LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS
TRABAJADORES EXTRANJEROS

Capítulo I
SEGURIDAD SOCIAL INTERNACIONAL:
ALCANCE, PRINCIPIOS E INCIDENCIA
EN LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS
EXTRACOMUNITARIOS

1. INTRODUCCIÓN.....	31
2. LAS NORMAS INTERNACIONALES ESENCIALES EN SEGU- RIDAD SOCIAL: LOS CONVENIOS DE LA OIT	32
2.1. Consideraciones previas.....	32
2.2. El Derecho de la Seguridad Social como Derecho Humano ..	34
2.3. La Seguridad Social en la OIT.....	37
3. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS TRABA- JADORES EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS.....	41
3.1. Encuadramiento de la situación	41
3.2. Los principios de derecho internacional: igualdad de trato y conservación de derechos adquiridos.....	42
3.2.1. La igualdad de trato.....	43
3.2.2. La conservación de los Derechos adquiridos o en vías de adquisición	46
3.2.3. Instrumentos de aplicación de los principios y eficacia de los mismos.....	48
4. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRAN- JEROS EXTRACOMUNITARIOS EN LOS CONVENIOS BILA- TERALES: CONSIDERACIONES FINALES.....	50

Capítulo II
LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS
EN EL DERECHO COMUNITARIO

1. LA PROTECCIÓN SOCIAL EN EL ESPACIO COMUNITARIO Y LA NECESARIA ADAPTACIÓN A LAS NUEVAS REALIDADES.....	55
2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS QUE NO SE DESPLAZAN EN LA UNIÓN: ARMONIZACIÓN.....	60
3. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CIUDADANOS COMUNITARIOS Y EXTRACOMUNITARIOS QUE SE DESPLAZAN EN LA UNIÓN: COORDINACIÓN.....	63
3.1. El presupuesto: Ciudadanos <i>de</i> la Unión y Ciudadanos <i>en</i> la Unión.....	64
3.1.1. Los ciudadanos <i>de</i> la UE: Directiva 2004/38.....	65
3.1.2. Los ciudadanos <i>en</i> la UE: Directiva 2003/109.....	67
3.1.3. Protección social en un nuevo modelo de ciudadanía.....	69
3.2. Las normas de coordinación: los Reglamentos 883/2004 y 1408/71.....	71
3.2.1. Ámbito de aplicación: territorial, subjetivo y objetivo.....	73
3.2.2. Los principios de la norma de coordinación: igualdad de trato, unicidad de la legislación, conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización y prorrateo), conservación de los derechos adquiridos (exportación) y colaboración administrativa.....	76
3.3. La lógica de las prestaciones.....	83
3.3.1. Enfermedad y maternidad.....	83
a) Situación de residencia en un Estado miembro distinto del competente.....	86
b) Situación de estancia.....	88
b.1) Estancia en el Estado competente o traslado de residencia al mismo.....	88
b.2) Estancia fuera del Estado competente.....	90
3.3.2. Accidentes laborales y enfermedades profesionales.....	93
3.3.3. Vejez y muerte.....	95
a) Prestaciones de vejez.....	95
b) Prestaciones de supervivencia e indemnización por fallecimiento.....	100
3.3.4. Invalidez.....	101
3.3.5. Desempleo.....	104
a) La movilidad de los desempleados.....	109
b) El supuesto especial de los fronterizos y de los desplazados.....	110
b.1) Trabajadores fronterizos.....	111

b.2) Trabajadores no fronterizos.....	113
3.3.6. Prestaciones familiares.....	114
a) Las prestaciones: desempleados y trabajadores ...	115
a.1) Desempleados.....	115
a.2) Trabajadores.....	115
b) Los subsidios: hijos a cargo y huérfanos.....	116
b.1) Hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas.....	116
b.2) Huérfanos.....	117
3.3.7. Prestaciones no contributivas.....	117

Capítulo III
PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS
EXTRACOMUNITARIOS EN ESPAÑA: “REGULARES
VERSUS IRREGULARES”

1. EL DERECHO A INMIGRAR: REFLEXIÓN GENERAL.....	123
1.1. La configuración internacional del derecho a inmigrar.....	125
1.1.1. La configuración constitucional del derecho a inmigrar.....	127
1.1.2. La configuración legal del derecho a inmigrar: la situación regular.....	131

Capítulo IV
LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS
EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN REGULAR

1. LA INCORPORACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PARTICULARIDADES EN LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO.....	140
1.1. En el nivel o brazo contributivo.....	140
1.2. En el nivel o brazo no contributivo.....	144
2. EL ACCESO A LAS PRESTACIONES: PARTICULARIDADES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONVENCIONALES INTERNACIONALES.....	145
2.1. En el nivel o brazo contributivo.....	145
2.1.1. Particularidades respecto a los extranjeros pertenecientes o vinculados a países con los que el Estado español ha celebrado convenio internacional en materia de Seguridad Social.....	146
a) Principio de igualdad de trato.....	149

b) Principio de preferencia de aplicación de la legislación interna.....	150
c) Principio de ficción del cumplimiento de la situación de alta.....	152
d) Principio de conservación de derechos en curso de adquisición.....	153
d.1) Totalización de períodos de cotización.....	154
d.2) Composición de la base reguladora.....	158
d.3) Determinación del importe de la pensión....	159
e) Principio de colaboración administrativa.....	160
2.2. En el nivel o brazo no contributivo.....	163

Parte segunda

LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Capítulo V

ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES EN EL RÉGIMEN GENERAL

1. INTRODUCCIÓN.....	167
2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES.....	169
3. LA COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES.....	172
4. ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN EN EL SUPUESTO DE TRABAJADORES EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES.....	175
4.1. Los actos administrativos de extranjería como determinantes del encuadramiento y de la obligación de cotizar. ¿Prestación laboral o autorizaciones como elementos fundamentales?....	176
4.1.1. Funcionamiento del sistema de Seguridad Social e interpretaciones anteriores a la aprobación de la LOEx.....	178
4.1.2. Tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina, la jurisprudencia y la TGSS tras la aprobación de la LOEx.....	182
4.2. Los actos administrativos de encuadramiento como determinantes de la regularidad del trabajador extranjero.....	194
5. VALORACIONES FINALES.....	198

Capítulo VI

EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	201
1.1. Mercado de trabajo e inmigración.....	201
1.2. La situación de irregularidad. Situaciones de facto: ¿qué irregulares?.....	203
2. LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES COMO EVENTUALES BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	207
2.1. La protección de las contingencias profesionales en el Sistema de Seguridad Social español.....	207
2.2. Una primera aproximación a la protección de los extranjeros extracomunitarios irregulares respecto de contingencias profesionales.....	208
2.2.1. ¿Un prius? El requisito de residencia legal.....	210
2.2.2. Soluciones anteriores a la LOEx: la nulidad del contrato sin permiso de trabajo.....	211
2.2.3. La imposibilidad de proceder al alta del trabajador extranjero extracomunitario sin permiso de trabajo y el nacimiento de la obligación de cotizar, como elementos de vinculación con el Sistema de Seguridad Social.....	214
2.2.4. La aplicación del Derecho Internacional público y de normas históricas del Derecho de la Seguridad Social.....	216
2.2.5. Extrapolación de la doctrina judicial en materia de responsabilidad en orden a las prestaciones y automaticidad en los casos de falta de alta.....	219
2.3. La legislación de extranjería del siglo XXI: El artículo 36.3º LOEx en la redacción del año 2003 y su aplicación e interpretación por los tribunales.....	221
2.3.1. ¿Es el extranjero extracomunitario irregular es sujeto incluido en el campo de aplicación del nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social español?.....	223
2.3.2. Alcance de la protección: ¿Qué prestaciones?.....	227
2.3.3. Alcance de la protección: ¿Qué responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones? ¿Resultan aplicables las garantías del principio de automaticidad, de la obligación de anticipo y de la responsabilidad subsidiaria?.....	230
2.3.4. Recargo de prestaciones.....	232

b) Principio de preferencia de aplicación de la legislación interna.....	150
c) Principio de ficción del cumplimiento de la situación de alta.....	152
d) Principio de conservación de derechos en curso de adquisición.....	153
d.1) Totalización de períodos de cotización.....	154
d.2) Composición de la base reguladora.....	158
d.3) Determinación del importe de la pensión....	159
e) Principio de colaboración administrativa.....	160
2.2. En el nivel o brazo no contributivo.....	163

Parte segunda

LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Capítulo V

ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES EN EL RÉGIMEN GENERAL

1. INTRODUCCIÓN.....	167
2. EL ENCUADRAMIENTO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES.....	169
3. LA COTIZACIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: NOCIONES GENERALES.....	172
4. ENCUADRAMIENTO Y COTIZACIÓN EN EL SUPUESTO DE TRABAJADORES EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES.....	175
4.1. Los actos administrativos de extranjería como determinantes del encuadramiento y de la obligación de cotizar. ¿Prestación laboral o autorizaciones como elementos fundamentales?....	176
4.1.1. Funcionamiento del sistema de Seguridad Social e interpretaciones anteriores a la aprobación de la LOEx.....	178
4.1.2. Tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina, la jurisprudencia y la TGSS tras la aprobación de la LOEx.....	182
4.2. Los actos administrativos de encuadramiento como determinantes de la regularidad del trabajador extranjero.....	194
5. VALORACIONES FINALES.....	198

Capítulo VI

EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR A LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	201
1.1. Mercado de trabajo e inmigración.....	201
1.2. La situación de irregularidad. Situaciones de facto: ¿qué irregulares?.....	203
2. LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES COMO EVENTUALES BENEFICIARIOS DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	207
2.1. La protección de las contingencias profesionales en el Sistema de Seguridad Social español.....	207
2.2. Una primera aproximación a la protección de los extranjeros extracomunitarios irregulares respecto de contingencias profesionales.....	208
2.2.1. ¿Un prius? El requisito de residencia legal.....	210
2.2.2. Soluciones anteriores a la LOEx: la nulidad del contrato sin permiso de trabajo.....	211
2.2.3. La imposibilidad de proceder al alta del trabajador extranjero extracomunitario sin permiso de trabajo y el nacimiento de la obligación de cotizar, como elementos de vinculación con el Sistema de Seguridad Social.....	214
2.2.4. La aplicación del Derecho Internacional público y de normas históricas del Derecho de la Seguridad Social.....	216
2.2.5. Extrapolación de la doctrina judicial en materia de responsabilidad en orden a las prestaciones y automaticidad en los casos de falta de alta.....	219
2.3. La legislación de extranjería del siglo XXI: El artículo 36.3º LOEx en la redacción del año 2003 y su aplicación e interpretación por los tribunales.....	221
2.3.1. ¿Es el extranjero extracomunitario irregular es sujeto incluido en el campo de aplicación del nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social español?.....	223
2.3.2. Alcance de la protección: ¿Qué prestaciones?.....	227
2.3.3. Alcance de la protección: ¿Qué responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones? ¿Resultan aplicables las garantías del principio de automaticidad, de la obligación de anticipo y de la responsabilidad subsidiaria?.....	230
2.3.4. Recargo de prestaciones.....	232

- 2.3.5. ¿Es extensible la protección por contingencias profesionales a los supuestos de irregularidad con ilícito penal? 233
3. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES A PARTIR DE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 36 LOEX 235

Capítulo VII

EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE CONTINGENCIAS COMUNES

1. INTRODUCCIÓN..... 241
2. EL CUADRO NORMATIVO DE REFERENCIA..... 243
3. LA NATURALEZA Y EL CONTENIDO DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS DE ORIGEN NO PROFESIONAL DE LOS EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES. LA RESPONSABILIDAD POR LAS PRESTACIONES 253
- 3.1. La naturaleza del derecho..... 255
- 3.2. El contenido del derecho 257
- 3.3. La responsabilidad por las prestaciones 259
- 3.4. La compatibilidad de las prestaciones con la situación del extranjero extracomunitario irregular 261
4. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. LA SENTENCIA DEL TS DE 18 DE MARZO DE 2008 ... 264
- 4.1. La doctrina acerca del derecho a las prestaciones de Seguridad Social del trabajador extranjero extracomunitario irregular 264
- 4.2. La particular relevancia de la residencia legal. Una nueva categoría entre el trabajador extranjero regular y el trabajador extranjero plenamente irregular: el trabajador residente legal pero irregular laboral 272
- 4.3. El TS y el derecho a la prestación contributiva por desempleo del trabajador irregular 275

Capítulo VIII

LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR Y SU PROTECCIÓN POR LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN..... 279
2. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE SU ENTORNO NORMATIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EXTRACOMUNITARIA 280
3. LA PROTECCIÓN DE LOS INMIGRANTES EXTRACOMUNITARIOS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL 284
- 3.1. La inclusión en el ámbito subjetivo de los Regímenes Especiales..... 284
- 3.2. La protección de las contingencias profesionales 290
- 3.3. La protección de las contingencias comunes 298
- 3.4. La protección de la contingencia de desempleo 301
4. UNA REFLEXIÓN ÚLTIMA EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y LA PROMULGACIÓN DE LA LO 2/2009, DE REFORMA DE LA LOEX 309

Capítulo IX

EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES Y DIMENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. EL NIVEL NO CONTRIBUTIVO DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL..... 313
- 1.1. Consideraciones generales 313
- 1.2. Elementos delimitadores de las prestaciones de nivel no contributivo 315
- 1.2.1. El requisito de la carencia de recursos y su aplicación al caso de los extranjeros extracomunitarios irregulares 318
- 1.2.2. El requisito de la residencia y su aplicación al caso de los extranjeros extracomunitarios irregulares 320
2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL NIVEL NO CONTRIBUTIVO DE PROTECCIÓN: DE LA NACIONALIDAD A LA RESIDENCIA COMO ELEMENTO DETERMINANTE 321
3. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS Y EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES: ¿UNA RELACIÓN IMPOSIBLE? 327

3.1. Extranjeros extracomunitarios irregulares y prestaciones de invalidez y jubilación no contributivas.....	333
3.2. Extranjeros extracomunitarios irregulares y prestaciones familiares.....	337
4. EL NIVEL ASISTENCIAL DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS IRREGULARES..	341
4.1. Consideraciones generales.....	341
4.2. Desempleo asistencial y extranjeros extracomunitarios irregulares.....	343
5. VALORACIÓN FINAL.....	350

Parte tercera

LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS A TRAVÉS DE LA ASISTENCIA SOCIAL, LOS SERVICIOS SOCIALES Y LA ASISTENCIA SANITARIA

Capítulo X

LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS POR LOS SISTEMAS AUTONÓMICOS DE SERVICIOS SOCIALES

1. LA POLÍTICA SOCIAL COMO COMPETENCIA DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	355
2. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LOS SERVICIOS SOCIALES AUTONÓMICOS.....	358
2.1. Asistencia social o servicios sociales.....	358
2.2. Configuración general de los servicios sociales.....	362
2.3. Sujetos titulares de los servicios sociales.....	364
2.3.1. Requisitos de protección de los ciudadanos comunitarios, solicitantes de asilo, refugiados y apátridas.....	365
2.3.2. El derecho a los servicios sociales de los extranjeros no comunitarios.....	368
a) Aplicación de la Legislación de Extranjería: diferencias entre regulares e irregulares.....	370
b) Protección de las personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad.....	383
3. LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.....	386
3.1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia.....	386
3.2. El derecho de los extranjeros a las prestaciones y servicios del SAAD.....	388

Capítulo XI
EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DE CARÁCTER ASISTENCIAL

1. LA INTEGRACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN LOS PROGRAMAS AUTONÓMICOS DE LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL.....	399
2. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS PROGRAMAS DE INSERCIÓN SOCIAL.....	401
3. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LAS POLÍTICAS DE INSERCIÓN SOCIAL.....	403
3.1. La prestación económica de garantía de recursos mínimos..	404
3.2. Otras prestaciones económicas: las ayudas de emergencia social.....	412
3.3. Las prestaciones de apoyo a la Inserción Social.....	415
4. LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS COMPLEMENTARIAS A LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.....	423
5. VALORACIONES FINALES.....	429

Capítulo XII

LA PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. DELIMITACIÓN BÁSICA DE LA NORMATIVA APLICABLE...	433
2. ASISTENCIA SANITARIA DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA...	437
2.1. Introducción.....	437
2.2. Derecho a la asistencia sanitaria y empadronamiento.....	441
2.3. Asistencia sanitaria al margen del empadronamiento en la regulación de la extranjería.....	443
2.3.1. Asistencia sanitaria de urgencia.....	443
2.3.2. Asistencia sanitaria a extranjeros menores de edad...	445
2.3.3. Asistencia sanitaria a extranjeras embarazadas.....	446
2.4. Asistencia sanitaria y centros de internamiento.....	446
2.5. Asistencia sanitaria y razones humanitarias.....	447
3. CIUDADANOS COMUNITARIOS Y ASISTENCIA SANITARIA	453
3.1. Reglamentos (CEE) n.º 1408/71 y (CE) n.º 883/2004 y asistencia sanitaria.....	453
3.2. Derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.....	459

4. CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y CARTERA DE SERVICIOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: ACOTACIONES AL PROPÓSITO DE LA EXTRANJERÍA.....	464
5. VALORACIONES FINALES	471
Anexo bibliográfico	477
Selección normativa	499
Anexo jurisprudencial	513