

Id Cendoj: 28079140012010100104  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 106/2009  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: Auto de aclaración  
 Ponente: GONZALO MOLINER TAMBORERO  
 Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

Accidente de trabajo sufrido por trabajador extranjero sin autorización para residir ni para trabajar. Supuesto específico en el que el trabajador accidentado había suplantado la personalidad de otro, habiendo sido de alta y cotizado por el empleador con esa personalidad equívoca facilitada por el propio accidentado. La Sala sostiene que en este caso se trata de una irregularidad en la contratación provocada por el propio trabajador que conduce a que no haya posibilidad de aceptar la existencia de un contrato de trabajo válido o susceptible de producir efectos en materia de Seguridad Social. Se le niega la prestación.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ceferino , representado por el Procurador Sr. Codes Feijoo y defendido por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 3 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 1844/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, en los autos nº 386/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Dª Tania , sobre invalidez permanente.

Han comparecido ante esta Sala en concepto de recurridos, la MUTUA UNIVERSAL MUGENAT, representada y defendida por el Letrado Sr. Serradilla Enciso, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por Letrada del INSS y Dª Tania , representada y defendida por el Letrado Sr. Herreros Rull.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Gonzalo Moliner Tamborero** ,

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El 3 de diciembre de 2.008 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, en los autos nº 386/07 , seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Dª Tania , sobre invalidez permanente. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por MUTUA UNIVERSAL MUGENAT contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Jaén en fecha 18 de enero de 2008 , en autos seguidos a instancia de Ceferino en reclamación sobre invalidez permanente contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT Y Tania , debemos revocar y revocamos dicha sentencia, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra deducidas".

**SEGUNDO**.- La sentencia de instancia, de 18 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El actor ciudadano de Guinea Conakry, mayor

de edad, nacido el 6/08/1983, con pasaporte núm. NUM000 , y NIE núm. NUM001 , comenzó a trabajar para la empresa FELIPA ARROYO PEREZ, en fecha 21/12/06, con la categoría de peón agrícola, para la campaña de recolección de aceituna. Prestó servicios para la citada empresa, presentando para alta en seguridad social, documentación de identidad con el nombre de Gabriel NIE núm. NUM002 , desconociendo la empresa tal circunstancia, habiendo la empresa efectuado las cotizaciones oportunas. La empresa tenía cubierto el riesgo por accidente de trabajo con la mutua Universal. El actor carecía de permiso de trabajo y de residencia en España. En 3/10/05 se había acordado su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por tres años. ----2º.- En fecha 28/12/04, cuando el actor acudía a su trabajo sufrió un accidente de tráfico, y como consecuencia del mismo resultó herido grave, sufriendo lesiones en el MSD. ----3º.- Como consecuencia del accidente sufrido y descubierta la verdadera identidad del actor se inician diligencias previas, dando origen a las núm. 2648/05 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jaén por supuesto delito de usurpación de estado civil, y Procedimiento Abreviado núm. 402/06 . No consta dictado de sentencia. ----4º.- En fecha 28/06/06 , el actor solicitó del INSS declaración de incapacidad permanente. Iniciado expediente se emite informe de síntesis por médico evaluador del EVI de fecha 15/09/06 en el que se indica en conclusiones que el actor padece: síndrome subacromial derecho con plexopatía braquial derecha y tendinosis del supra e infraespinoso; menoscabo permanente para trabajos de esfuerzo y movimientos repetitivos con hombro derecho. ----5º.- Previa alegaciones de las partes implicadas en el expediente (Mutua, empresa) e informe sobre la viabilidad de solicitud de incapacidad permanente y régimen de responsabilidades, por resolución de fecha 21/02/07 el INSS deniega la prestación de Incapacidad Permanente al actor por no estar incluido en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y no tener la condición de trabajador por cuenta ajena y encontrarse en situación ilegal en España, careciendo de legitimación. ----6º.- No conforme el actor con dicha resolución se presentó en fecha 28/03/07 que fue denegada por resolución de fecha 7/06/07, por no desvirtuar sus alegaciones y prueba que aportó el contenido de la resolución recurrida. Por dictamen propuesta del EVI de 10/09/07 se propone para el caso de que por resolución judicial se reconociese al actor derecho a pensión por incapacidad permanente, fecha de revisión por agravación o mejoría a partir del 10/11/2009. ----5º.- La base reguladora asciende a 853'35 euros. ----6º.- La demanda fue presentada el día 26/07/07. ----7º.- La parte actora padece las siguientes enfermedades y secuelas: síndrome subacromial derecho con plexopatía braquial derecha y tendinosis del supra e infraespinoso; menoscabo permanente para trabajos de esfuerzo y movimientos repetitivos con hombro derecho."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Ceferino contra el INSS, TGSS, MUTUA UNIVERSAL y empresa FELIPA ARROYO PEREZ, debo declarar y declaro que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para su trabajo habitual derivada de accidente de trabajo, debiendo los demandados estar y pasar por dicha declaración, condenando a la MUTUA UNIVERSAL a abonar al actor una pensión equivalente al 55% de su base reguladora, con los mínimos, incrementos, mejoras y revalorizaciones que procedan y con efectos desde el día 21/02/07, con responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS y absolviendo de responsabilidad en el pago a la empresa FELIPA ARROYO PEREZ."

**TERCERO.-** El Procurador Sr. Codes Feijoo, en representación de D. Ceferino , mediante escrito de 5 de febrero de 2.009, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de noviembre de 2.006 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del *artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero* .

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 10 de febrero de 2.009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso e, instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 1 de diciembre de 2009. Por providencia de 1 de diciembre de 2009 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día de la fecha, trasladando el mismo para el día 20 de enero de 2.010, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- En los hechos probados de la sentencia de instancia se recoge que el actor, ciudadano de Guinea Conakry, que carecía de autorizaciones de residencia y trabajo en España y que en

2005 había sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada, comenzó a trabajar para la empresaria demandada como peón agrícola en la campaña de la aceituna, presentando para formalizar el alta en la Seguridad Social la documentación de otra persona, cuya identidad asumió a estos efectos. La empresa, que desconocía que la identidad fuera falsa, realizó las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. El 28 de diciembre de 2004 el demandante sufrió un accidente de tráfico cuando acudía al trabajo, iniciándose el correspondiente procedimiento de declaración de incapacidad permanente. También se han iniciado diligencias previas por un delito de usurpación de estado civil. El INSS denegó la prestación solicitada por no estar incluido el actor en el campo de la Seguridad Social al encontrarse en situación ilegal en España. Presentada demanda, la misma fue estimada en la instancia, donde se reconoció el derecho a una pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo condenando a la mutua de accidentes de trabajo a su abono; pronunciamiento que ha sido revocado por la sentencia recurrida, razonando ésta que el error sobre la persona del trabajador provocado por la suplantación de la identidad de otra persona que sí tenía los correspondientes permisos de trabajo determina la nulidad del contrato de trabajo; nulidad que, a su vez, implica la del encuadramiento en la Seguridad Social y excluye la responsabilidad de la empresa y de la entidad que asumió la cobertura del accidente.

2.- Recurre el actor este pronunciamiento, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Cataluña de 15 de noviembre de 2006 . Se trata en ella de un trabajador extranjero, de Guinea Bissau, que comenzó a trabajar, sin permisos de residencia y de trabajo para una empresa el 4 de agosto de 1997 y que fue dado de alta en la Seguridad Social con el nombre de otra persona que no precisaba permiso de trabajo. Sufrió accidente de tráfico el 29 de diciembre de 1997, calificado como accidente de trabajo "in itinere", lo que determinó el reconocimiento de una pensión de gran invalidez, también con falsa identidad. En 2004 se anuló el reconocimiento de la pensión. La sentencia revoca esta decisión de la gestora , argumentando que, aunque de acuerdo con la legislación vigente en la fecha en que se produjo el accidente de trabajo -1997-, pudiera considerarse afectado de nulidad el contrato de trabajo celebrado, ello no determinaría exclusión de la cobertura de los accidentes de trabajo, pues en virtud de lo establecido en el *Convenio 19* de la OIT esa cobertura debe concederse a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales, sin ninguna condición de residencia. Concluye la sentencia de contraste que el trabajador extranjero tiene derecho a la pensión, aunque se encuentre en situación ilegal y aunque haya incurrido en una suplantación de personalidad.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal en su informe sostiene que hay diferencias esenciales en las dos sentencias que impiden apreciar la contradicción, ya que: 1º) la sentencia recurrida funda su decisión en una nulidad del contrato de trabajo por error sustancial en la persona del trabajador y en el dolo del trabajador, 2º) mientras que Guinea Bissau ha ratificado el *Convenio 19* de la OIT, Guinea Conakry no lo ha hecho. Todavía puede añadirse otra diferencia: la legislación vigente en materia de extranjería en 1997 -la *Ley Orgánica 7/1985* - era distinta de la vigente en el momento del hecho causante de la prestación que aquí se debate -la *Ley Orgánica 4/2000, con modificaciones posteriores por las Leyes Orgánicas 11 y 14/2003* -.

Sin embargo, estas diferencias no pueden considerarse relevantes. En primer lugar, porque el planteamiento del recurso y el ámbito donde éste centra la contradicción no es el de la nulidad del contrato de trabajo, que viene en realidad a admitirse por el recurrente y que también se daría en la sentencia de contraste, sino en el de la relación jurídica de protección, que el recurso considera independiente de esa nulidad en el marco de un funcionamiento autónomo, en el que lo decisivo sería la realización práctica del trabajo y no su inclusión en el marco jurídico del contrato de trabajo. En efecto, el recurso sostiene que si bien es cierto que ha existido una suplantación de la personalidad por parte del trabajador, "ello no conlleva que el trabajador extranjero irregular carezca de los requisitos necesarios para causar derecho a la prestación por incapacidad permanente", sin perjuicio de la responsabilidad que pueda determinar". La sentencia recurrida se combate no sosteniendo la validez del alta y negando su nulidad, pese a la simulación, sino admitiendo que no se está en alta, pero afirmando que, pese a ello, se tiene derecho a la pensión por tratarse de un accidente de trabajo. En segundo lugar, es cierto que en la lista de ratificaciones del *Convenio nº 19* de la OIT no figura Guinea Conakry, mientras que sí está incluida Guinea Bissau, pero el dato no es decisivo por lo que se dirá más adelante sobre el alcance del *nº 2 del artículo 1 del mencionado Convenio* y porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2003 (recurso 4217/2002 ). En tercer lugar, porque la diferencia en la legislación de extranjería opera reforzando la contradicción, ya que el régimen de la *Ley Orgánica 7/1985* era más severo o restrictivo con el trabajo extranjero irregular, tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social, que la actual regulación de la *Ley Orgánica de Extranjería (LOEx)* y, sin embargo, la sentencia de contraste aplica una solución más favorable.

**TERCERO.-** 1.- La cuestión a resolver en el presente procedimiento se concreta en determinar si un trabajador extranjero que sufrió un accidente de trabajo mientras se hallaba prestando servicios para una

empresa que le había dado de alta y contratado en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, puede tener derecho a las prestaciones derivadas del mismo cuando se acredita que dicho trabajador había suplantado la personalidad de otro, y resultó carecer de la autorización para residir que sí tenía el suplantado siendo esta circunstancia la que permitió dicha contratación y su alta en Seguridad Social por parte del empresario .

2.- El recurrente cita como precepto infringido por la sentencia de instancia el *art. 42 del Real Decreto 84/1996* en la redacción dada por el *Real Decreto 1041/2005*, en el cual , después de establecer en su apartado 1 que sólo los extranjeros con residencia legal en España se equiparán a los españoles a los efectos de su afiliación y alta en la Seguridad Social, establece en su apartado 2 como excepción que " *con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925 , que presten sus servicios en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos el sistema español de Seguridad Social y el alta en régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales*", añadiendo que " *ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida*" .

A partir de dicha redacción pretende llegar a la conclusión, de que la situación planteada en este caso concreto ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario conocedor de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por nuestra jurisprudencia al trabajador español a efectos de la protección por las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, como puede deducirse de las sentencias dictadas por esta Sala en 9-6-2003 (rec.- 4217/02) y 7-10-2003 (rec.- 2153/2002 ) .

3.- Pero el recurrente no tiene en cuenta que en las dos sentencias previamente citadas se partió de una situación fáctica concreta cual fue la de un trabajador extranjero sin autorización para residir, contratado por un empresario que había incumplido con la obligación de solicitar la autorización correspondiente exigida por el *art. 36 de la Ley 4/2000, de 11 de enero* , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), con el resultado de haberse celebrado un contrato de trabajo con infracción de una norma prohibitiva al que, sin embargo el propio *art. 36.3 de la Ley* citada le reconocía unos efectos limitados y ciertamente difíciles de establecer.

Ahora bien, en el caso que aquí se enjuicia nos encontramos ante una situación distinta de la contemplada en aquellas sentencias que es la que ha dado lugar a la discrepancia, pues mientras en aquellos dos supuestos anteriores el contrato celebrado lo había sido a ciencia y conciencia de los intervinientes aunque con infracción de la exigencia legal contenida en el *art. 36.3 LOEX* de que para contratar a un extranjero es necesaria la obtención de la previa autorización para trabajar, en los supuestos contemplados por las dos sentencias aquí en entredicho el empresario que contrató al demandante no puede afirmarse que prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto que en ambos casos se parte de la base de que uno y otro empleador firmaron los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no solo calificable de sustancial, sino producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente. En este caso, a diferencia de los que sustentaron aquellas sentencias anteriores de la Sala, se puede afirmar en definitiva que no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el *art. 1261 del Código Civil* , y, como en el mismo se dice, en estos casos "no hay contrato", puesto que aquel error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación con las exigencias de la LOEX nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el *art. 1266 del mismo CC* . Y esta diferencia sustancial es la que impide mantener las tesis defendidas por el recurrente puesto que el punto de partida no es el de un contrato celebrado contra las exigencias de la LOEX con los efectos derivados de las previsiones contenidas en esta Ley, sino ante un contrato inexistente o nulo en aplicación de las previsiones básicas de todo nuestro sistema de contratación.

4.- En efecto, al hallarnos en presencia de un contrato inexistente (o en su caso nulo) todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable si tenemos en cuenta que desde nuestra primera *Ley protectora de los accidentes de trabajo de 1900* hasta el momento actual todo el andamiaje protector de aquél se halla sustentado sobre la existencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador, pues aun cuando la Seguridad Social se haga cargo en los supuestos normales del todo o de parte de los daños sufridos como

consecuencia del accidente, lo hace en sustitución de dicho empleador como actualmente viene establecido en los *arts. 123 y sgts de la LGSS* ; y el que esto es así lo demuestra el hecho de que, a pesar del régimen de automaticidad y anticipo de prestaciones por las que el modelo se rige, al final el responsable último por subrogación es el empresario cuando resuelta ser el incumplidor de sus obligaciones previas en esta materia como se dispone claramente en el *art. 126.3 de la indicada LGSS* , lo que se aprecia mucho más claramente cuando los daños y perjuicios sufridos por el accidente exceden de los cubiertos por el sistema en cuyo caso es el empleador el que responde directamente y en exclusiva del "plus" que pudiera serle reclamado -*arts. 123. 3 y 127 LGSS* en relación con el *art. 1101 CC* y *reiterada doctrina de esta Sala y de la Sala 1ª* de este Tribunal-. De forma que en nuestro modelo de protección, que no alcanza a ser un sistema socializado de cobertura de prestaciones, la existencia previa de una vinculación contractual de esta naturaleza sigue siendo requisito "sine qua non" para la obtención de la protección, pues es, así mismo, una de los requisitos exigidos por el *art. 7.1 de la LGSS* para que un trabajador por cuenta ajena pueda estimarse comprendido en el campo de aplicación de nuestro Sistema de Seguridad Social.

**CUARTO.-** 1.- Con independencia de los argumentos anteriores, pero íntimamente relacionados con ellos, si nos atenemos a lo que se dispone en el *art. 36.3 párrafo segundo de la ley básica* en esta materia de extranjería - la LOEX - se impone llegar a la misma conclusión en tanto en cuanto, no solo la protección establecida para un accidente laboral sino cualquier tipo de responsabilidad empresarial - y la correspondiente a los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe estimarse incluida dentro del ámbito regulador de dicho precepto - se halla condicionada a "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario", y por ello regirá sólo para los supuestos en los que aquella autorización que habilita al trabajador para residir en nuestro país por el tiempo de trabajo no la ha solicitado y obtenido el empresario antes de contratar a un trabajador como el legislador le ha encomendado hacer cual puede apreciarse en los *arts 36. 3 LOEX* puesto que es al empresario y no al trabajador al que se le exige solicitar aquella autorización. Ahora bien, en un supuesto como el presente en el que el empleador no pudo pedir esa autorización para el trabajador accidentado sino que la pidió para otro debido a la propia actuación dolosa del propio trabajador, no podrá afirmarse que la carencia de la autorización era imputable al empleador, y por ello no podrá sostenerse tampoco por esta vía ninguna responsabilidad a él imputable con las derivaciones que todo tipo que de ello devienen, incluidas las de seguridad social en el decir textual del precepto citado.

2.- En el *art. 36 LOEX* , como se ha dicho, se impone al empleador y no al trabajador la obligatoriedad de solicitar las autorizaciones para residir y para trabajar a diferencia de lo que ocurrió en la legislación de extranjería anterior a la actual en la que estas autorizaciones (entonces permisos) eran a cargo del propio empleado, de forma que en la nueva legislación no solo es "irregular" el trabajador extranjero que presta sus servicios en España sino también el empleador que lo contrata sin aquellas autorizaciones; y es sobre esa "irregularidad" del empresario sobre la que el apartado 3 del precepto dispone que no se considera inválido el contrato e imputa al empresario las responsabilidades que de la misma se deriven como claramente se aprecia en el inicio de su redacción cuando toda esa responsabilidad la hace derivar de "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario". El legislador ha relativizado los efectos de lo que sería una nulidad absoluta por infracción de una norma imperativa tan contundente como la de que cualquier trabajador extranjero "precisará" aquellas autorizaciones para trabajar en España en aplicación de las previsiones de excepción del *art. 6.3 "in fine" del Código Civil* , sobre la base de aquella irregularidad empresarial, entendiéndose con defendible criterio de justicia que en los supuestos en que la irregularidad era del empresario habría de ser éste y no el trabajador el responsable de los daños de todo tipo derivados de aquella irregularidad

Ahora bien, cuando la carencia de aquellas autorizaciones no es debida a un incumplimiento "por parte del empleador" sino a una actuación dolosa del trabajador como en el caso ha ocurrido, desaparece el condicionante relativizador del *apartado 3 del art. 36 CC* para quedar incumplida una norma prohibitiva en toda su puridad y con todas sus consecuencias cual es la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado. Todo ello partiendo de la base de que en nuestro supuesto no se ha alegado ni se desprende del relato de hechos probados ni de ninguna alegación de parte que el empleador hubiera sido consciente ni tuviera complicidad alguna en la contratación ilegalmente celebrada.

**QUINTO.-** A partir de la inexistencia y consiguiente nulidad el contrato celebrado en el presente caso entre el trabajador extranjero y su empresaria, los únicos efectos del mismo serán los que deriven de la aplicación del *art. 9 del Estatuto de los Trabajadores* , los que reconoce a todo trabajador extranjero el *art. 14.3* de la propia LOEX, o los que puedan derivar de responsabilidad extracontractual - de tráfico en el caso de autos por tratarse de un accidente de trabajo "in itinere" o del propio empresario en los casos en los que pueda apreciarse culpa extracontractual derivada de culpa o negligencia que no es el caso -; no pudiendo afirmarse que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallasen en la situación de ilegalidad del demandante.

**SEXTO.-** De conformidad con los argumentos mantenidos en los apartados anteriores procede la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto que se atuvo a los mismos criterios que se han defendido en la presente resolución, todo ello con la consiguiente desestimación del recurso contra la misma por el demandante en las presentes actuaciones; sin que proceda la condena en costas a ninguno de los recurrentes por mor de lo dispuesto al respecto en el *art. 233 de la LPL* .

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Ceferino contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 3 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 1844/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén , en los autos nº 386/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Dª Tania , sobre invalidez permanente. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos. Sin costas,

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Aurelio Desdentado Bonete A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 106/2009 .**

De conformidad con lo establecido en el *artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2318/2008 para sostener la posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERA.-** Comparto plenamente el fallo de la sentencia y la apreciación del requisito de la contradicción, si bien me parece conveniente precisar que es irrelevante el dato relativo a que el actor en la sentencia recurrida procede de Guinea Conakry, país que no ha ratificado el *Convenio 19* de la OIT, mientras que sí lo ha hecho Guinea Bissau, de donde procedía el demandante en las actuaciones que dieron lugar a la sentencia de contraste. La ratificación del Convenio citado no altera la identidad de las controversias, porque, como se razonará más adelante, la regulación contenida en el mismo no se extiende a los extranjeros sin residencia legal. Tampoco afecta a la contradicción otra diferencia relativa a la legislación aplicable, que en la sentencia recurrida era la *Ley Orgánica 7/1985* cuando en el asunto aquí decidido rige la *Ley Orgánica 4/2000, con modificaciones posteriores por las Leyes Orgánicas 11 y 14/2003* . La diferencia en la norma aplicable refuerza la contradicción, ya que el régimen de la *Ley Orgánica 7/1985* era más severo o restrictivo con el trabajo extranjero irregular, tanto en el ámbito laboral como en el de la protección social, que la actual regulación de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) y, sin embargo, la sentencia de contraste aplica una solución más favorable.

**SEGUNDA.-** El recurrente denuncia la infracción del *artículo 42 del Real Decreto 84/1996* , en la redacción del *Real Decreto 1041/2005*. Este precepto establece, en su número 1 , las reglas para la afiliación y el alta de los trabajadores extranjeros en situación regular y en el número 2 prevé que "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el *Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1.925* , que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos 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", añadiendo que lo anterior "se entiende sin perjuicio de la reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

La argumentación del recurrente opera con independencia de la nulidad del contrato de trabajo que

suscribió, estableciendo que lo que determina la protección no es la validez del contrato, sino el trabajo prestado como hecho. Está admitiendo así también la nulidad del alta que fue practicada en su día con la identidad falsa y de ahí el apoyo de su tesis en el precepto citado en la medida en que éste otorga la protección a los trabajadores que no están en alta y que residen y trabajan irregularmente en España.

Para resolver sobre la denuncia formulada es necesario examinar el marco legal general en el que se encuentra el precepto reglamentario citado y al que debe ajustarse en virtud del principio de jerarquía normativa y en este sentido el *artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social* establece que estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, ...los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España". De ahí se concluye que el extranjero que no se encuentra legalmente en España no está incluido en la Seguridad Social española. Pero esta primera conclusión tiene que ponerse en relación con dos preceptos que la LOEx ha introducido en esta materia. Por una parte, el *artículo 10 establece que "los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho... al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente"*. Por otra parte, el *artículo 14 prevé, en su número 1*, que "los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles"; el número 2 precisa que "los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles" y el número 3 señala que "los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas". De forma más concreta, el *artículo 36 de la LOEx*, después de establecer el permiso de trabajo como requisito para trabajar, dispone que "la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Nuestra sentencia de 18 de marzo de 2008 (recurso 800/2007) ha interpretado estos preceptos estableciendo que la regulación del *artículo 36.3 de la LOEx* tiene que ponerse en relación con el *artículo 14* que distingue entre: 1º) los extranjeros con autorización de residencia, que tienen derecho a las *prestaciones de la Seguridad Social*, y 2º) los extranjeros sin esa autorización, que sólo tienen derecho a *los servicios y prestaciones sociales básicas*, entendiendo por tales determinados servicios sociales y "aquellas prestaciones que las leyes declaren básicas a estos efectos".

En cuanto al primer grupo - *trabajadores extranjeros con autorización de residencia* -, pueden distinguirse a su vez dos supuestos:

1º) Los trabajadores extranjeros que tienen permiso de trabajo, que podrán formalizar su inclusión en la Seguridad Social a través de los correspondientes actos de encuadramiento y

2º) Los trabajadores extranjeros que no tienen permiso de trabajo, que no podrán formalizar su encuadramiento en la Seguridad Social y, por tanto, su protección por ésta tendrá que operar en régimen de responsabilidad empresarial, pero con aplicación del anticipo derivado del principio de automaticidad, ya que se trata de prestaciones de la Seguridad Social.

En el segundo grupo - *trabajadores extranjeros sin autorización de residencia* - sólo cabe, como ya se ha dicho, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas, pero también se incluyen, por imperativo del *artículo 36.3.2º LOEx*, "las prestaciones que pudieran corresponderle", pero únicamente las que se derivan de las "responsabilidades" del empleador "en materia de Seguridad Social". La sentencia de 18 de marzo de 2008 precisa que estamos aquí ante "una responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que puede exigirse al empresario que da empleo al extranjero no residente o irregular... siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador". "Esa responsabilidad -añade la sentencia citada- tendría carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras". Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para aquél la obligación de asumir (*artículo 36.3 LOEx*) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del *artículo 48 de la Ley 62/2003*, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del *artículo 36.3 LOEx* y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la más grave infracción.

**TERCERA.-** Llegados a este punto, hay que establecer una aclaración en orden al alcance de la doctrina sobre la exclusión de la nulidad del contrato de trabajo del trabajador sin autorizaciones de residencia y/o de trabajo. En la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 -seguida por las de 29 de septiembre de 2003 y 7 de octubre de 2003- se afirma que "el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es en la actual legislación un contrato nulo", citando a estos efectos el primer *inciso artículo 36.3.2º LOEx*. Pero, de acuerdo con el *artículo 6.3 del Código Civil*, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para la contravención. El *artículo 36.3.2º LOEx* no establece un efecto distinto a la nulidad. Se limita a prever que la carencia de la autorización... no invalida el contrato", pero esa exclusión de la invalidez afecta sólo a "los derechos del trabajador extranjero" y a la obtención de "las prestaciones que pudieran corresponderle" por la vía de la responsabilidad empresarial en los términos ya indicados.

Con estas limitaciones, el contrato del extranjero irregular es nulo y no debe continuar ejecutándose. En realidad, la finalidad de la norma consiste en garantizar que, prestado ya de hecho el trabajo y habiéndose apropiado el empresario de los frutos del mismo, no debe quedar el trabajador extranjero privado de los derechos que le corresponden en función del trabajo prestado, aunque éste sea irregular y ello en atención a que ya no es posible el efecto de restitución que ordena el *art. 1303 del CC*. Es una garantía similar a la que establece el *artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores*, pero de mayor alcance, pues no se limita al salario, sino que puede alcanzar a las indemnizaciones y, en determinadas condiciones, a las prestaciones de Seguridad Social. Es una recuperación de validez, pero sólo parcial con respecto a los efectos ya consumados; no es una garantía "pro futuro" de mantenimiento del contrato irregular, porque entonces la prohibición se negaría a sí misma, pues admitiría que se puede continuar desarrollando el trabajo sin autorización, aunque se trate una actividad prohibida y sancionada, incluso con la expulsión (*artículos 53 .a) y b) y 54.1.d) y e) y 57 LOEx*). En este sentido, es preciso recordar que, aunque la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 2 de diciembre de 1998 (recurso 9978/1992), en la que se funda nuestra sentencia de 9 de junio de 2003, admitió la obligación de cotizar por el extranjero sin autorización, lo hizo sin aceptar la existencia de una relación laboral válida, aunque ampliando a las cuotas de la Seguridad Social la solución del *artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores*. Esta solución, incluso con las limitaciones indicadas, no ha sido autorizada por la regulación posterior, como puede verse en el *artículo 48 de la Ley 62/2003*, que establece con el carácter de sanción un incremento de la multa que procede por el empleo de un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo; ese incremento es el importe de lo que hubiera procedido ingresar por las cuotas de Seguridad Social. No se trata, por tanto, de la reconstrucción de una relación de cotización, sino de una sanción especial con la finalidad de eliminar el enriquecimiento del empresario a través de la contratación ilegal de extranjeros.

**CUARTA.-** En el presente caso a la nulidad del contrato de trabajo derivada de la prohibición del trabajo del extranjero que no cuenta con las autorizaciones necesarias (*art. 6.3 CC*) se une la nulidad que surge del error en la persona del trabajador; error que vició el consentimiento de la empresaria (*art. 1265 CC*) y que se produjo como consecuencia de una actuación dolosa del propio trabajador, al utilizar una identidad falsa con la finalidad de ocultar su situación irregular que impedía la contratación laboral. Pero entiendo que esta segunda causa de nulidad tiene un proyección relativa, que se conecta funcionalmente con la primera, que es, a mi juicio, la que resulta decisiva. En efecto, el *art. 1265 del CC* establece que "el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo". Pues bien, en el presente caso el error en la persona del trabajador tiene relevancia no en lo que se refiere a sus cualidades laborales, sino únicamente en lo relativo a su incapacidad legal para trabajar en España. Es decir, que el contrato es nulo porque el error ha dado lugar a la contratación de una persona que no podía ser legalmente contratada. Sin esta incapacidad legal para contratar, el contrato posiblemente no sería nulo, como sucedería en el caso de la contratación de un trabajador español, que, por razones externas al contrato y a su ejecución, hubiera firmado el mismo con una identidad falsa, sin perjuicio del eventual encuadramiento de esa conducta en el *art. 54.2.d) del ET*. Esto determina que el contrato del actor es nulo en la medida, pero sólo en la medida, en que lo es la contratación de un extranjero sin las autorizaciones de residencia y trabajo. La segunda causa de nulidad -el error en el consentimiento derivado de una actuación dolosa- sólo es relevante para eliminar la responsabilidad del empresario que ha sido engañado y ello en los términos que se expondrán más adelante.

Por otra parte, es claro que no estamos ante un contrato inexistente, categoría por lo demás cuestionable en nuestro Derecho. El vínculo, pese al error y al carácter ilegal del trabajo, se ha mantenido y las obligaciones que derivan de él se han ejecutado, por lo que tienen que aplicarse las reglas del *art. 9.2 del ET* y *36.3 del LOEx* en la medida en que no queden afectadas por el engaño.

**QUINTA.-** Pero, volviendo a la posición de los trabajadores extranjeros ante la Seguridad Social, hay que señalar que la doctrina de la Sala en las sentencias del año 2003 a las que se ha hecho referencia



recoge otra situación: la que se produce en materia de contingencias profesionales, en las que se ha admitido la cobertura en virtud de la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros que se dice que deriva de lo dispuesto en el *artículo 1.2 del Convenio número 19* de la OIT (sentencia de 7 de octubre de 2003) y del principio de reciprocidad (sentencia de 9 de junio de 2003). El *artículo 1 del Convenio citado establece en su número 1* que todo Estado miembro que ratifique el Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro miembro que lo haya ratificado y que fueren víctimas de accidentes "el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de accidentes de trabajo", añadiendo el número 2 que "esa igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y sus derechohabientes condición de residencia". Ahora bien, ya se ha señalado que Guinea Conakry no ha ratificado el Convenio, por lo que el actor no estaría incluido en la protección que pudiera derivar del mismo. Por otra parte, esa protección no se extiende a los extranjeros que trabajan ilegalmente sin las autorizaciones necesarias. El trato igual, como confirma el *artículo 6 del Convenio 97* de la OIT, se refiere a los inmigrantes que "se encuentren legalmente" en el territorio del correspondiente país, pues la igualdad de trato no puede exigirse en la ilegalidad y en contra de las políticas estatales de inmigración. En este sentido es claro que la ampliación del trato igual a los trabajadores extranjeros sin autorizaciones de residencia y/o trabajo no puede derivarse del *número 2 del artículo 1 del Convenio 19* cuando se refiere a que el trato igual será otorgado "sin condición de residencia", porque, como ha señalado la doctrina científica, esa referencia no tiene por finalidad extender la igualdad de trato a la inmigración ilegal, sino garantizar que las pensiones e indemnizaciones se abonen en el país extranjero cuando allí ha retornado el trabajador accidentado o viven sus familiares, como fácilmente se comprueba del examen del siguiente inciso del precepto, que remite a acuerdos especiales sobre los pagos que han de realizarse fuera del territorio, y de la Recomendación 25.

En realidad, no puede existir igualdad de trato entre el extranjero ilegal y el nacional, porque no hay identidad de partida en sus situaciones. No están en la misma situación porque uno está en situación de ilegalidad y el otro no. La igualdad de trato sí tiene sentido con respecto al extranjero legal. La línea general de los instrumentos internacionales en esta materia condiciona normalmente la igualdad de trato a la residencia legal, como puede verse en el *Convenio 97* de la OIT y en el Reglamento CE 859/2003. El *art. 6 del Convenio 97* de la OIT sobre igualdad de trato a los trabajadores migrantes también refiere el trato igual "a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio". Por su parte, el *art. 1 del Reglamento CE 859/2003, sobre protección social de los nacionales de terceros países* en la UE, establece que "sin perjuicio de las disposiciones del anexo del presente Reglamento, las *disposiciones del Reglamento (CEE) nº 1408/71* y del *Reglamento (CEE) nº 574/72 se aplicarán a los nacionales de terceros países* que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que se encuentren en situación de residencia legal en el territorio de un Estado miembro y siempre que se encuentren en una situación en la que todos los elementos no estén situados en el interior únicamente de un solo Estado miembro". Sólo en un sistema de inmigración libre o no intervenida podría aplicarse la igualdad de trato a los inmigrantes ilegales, que no serían propiamente tales.

Por otra parte, si el *Convenio 19* de la OIT se interpretara en el sentido de que la exigencia de trato igual se aplica a los extranjeros ilegales, la regulación vigente en España sería contraria al *Convenio 19* de la OIT, pues para garantizar la igualdad habría que permitir el establecimiento de la cobertura para esos extranjeros, dándoles de alta en la Seguridad Social y cotizando por ellos, lo que no es posible.

El *art. 9 del Convenio 143 OIT y la Recomendación 111* de la misma organización no llevan a conclusión contraria. El *Convenio 143* no ha sido ratificado y la Recomendación es sólo una orientación que no obliga a los Estados miembros. Por otra parte, su sentido no es claro. El *art. 9 del Convenio* señala que el trabajador deberá disfrutar de igualdad de trato en lo concerniente a "los derechos derivados de *empleos anteriores* en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios". La norma no menciona la Seguridad Social, aunque podría englobarse en "otros beneficios". Pero el ámbito de la garantía se refiere a empleos anteriores, lo que plantea el problema de cuáles son éstos. No obstante conviene precisar que la interpretación que se ha realizado por la sentencia de 18 de marzo de 2008 del *art. 36.3 LOEx* permite incluso cumplir este objetivo de protección del extranjero ilegal: el empleo ilegal de un trabajador extranjero determina para el empresario -no para las Entidades Gestoras- las correspondientes responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que el empresario deberá ser condenado al abono de las prestaciones causadas por la vía de la indemnización y sin anticipo a cargo de las gestoras de la Seguridad Social, con las que no ha podido establecerse la cobertura y que no son responsables del incumplimiento empresarial, ni de la infracción del trabajador, que reside ilegalmente en territorio nacional. Lo que sucede es que en el presente caso el error derivado del fraude excluye la responsabilidad del empresario.

**SEXTA.-** Tampoco puede derivarse la protección por la Seguridad Social del extranjero sin residencia legal en España del principio de reciprocidad y en este sentido es necesario revisar la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2003, que se pronunció sobre un trabajador ecuatoriano, sin permiso de residencia y trabajo. Ecuador no había suscrito el *Convenio 19* OIT, pero la sentencia le reconoció la

prestaciones sanitarias y económicas por accidente de trabajo, razonando en función del principio de reciprocidad. La reciprocidad se fundaba en el *art. 1.4. b) de la Orden de 28.12.1966* y en el *art. 2 del Convenio Hispano-ecuatoriano de Seguridad Social*. El primero establece que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional" y el *art. 2 del Convenio* dispone en su *art. 2* «que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países».

Ninguna de las normas citadas permite, a mi juicio, establecer la conclusión que sostiene la sentencia de referencia. En primer lugar, el *art. 1.4. b) de la Orden de 28.12.1966* carecería de rango para establecer una regulación contraria al *art. 7.1 de la LGSS*, que sólo incluye en la Seguridad Social a los extranjeros que residen legalmente en España. Por otra parte, leído de forma completa, el *art. 1.4.b) de la Orden de 28.12.1966* no establece ninguna presunción de reciprocidad para los extranjeros sin residencia en España, pues se refiere expresamente dicho apartado a "los súbditos de los restantes países que *residan en territorio español*"; expresión que, como ha señalado la sentencia de 18 de marzo de 2008, interpretando el *art. 14.1 LOEx*, ha de entenderse como residencia legal.

En segundo lugar, entre Guinea Conakry y España no se ha firmado ningún convenio bilateral de Seguridad Social. Pero, aunque fuera así y se hubiera incorporado una norma convencional sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social a los nacionales de los países firmantes que trabajen legalmente en éstos, tampoco podría llegarse a la inclusión. Por reciprocidad en Derecho Internacional se entiende el supuesto en que la legislación admite que en un país se conceda un derecho a un extranjero siempre que en el país de éste se otorgue el mismo derecho a los nacionales del primer país. La reciprocidad es, por tanto, una forma de extensión de la ley nacional cuando no hay norma internacional que regule el supuesto. Por ello, hay que concluir que, por definición, una norma de un convenio internacional no puede ser una regla de reciprocidad, que sólo juega en defecto de norma internacional aplicable. Por otra parte, la cláusula de trato igual en la aplicación de la ley en materia de Seguridad Social, que es propia de los convenios internacionales en esta materia, parte siempre de que ese trato igual se concede a quienes trabajan legalmente en los países firmantes del convenio. Esta es una exigencia de las políticas internas de emigración y también una exigencia del propio principio de igualdad, que no puede equiparar una situación de trabajo legal con otra de trabajo ilegal. Para llegar a la conclusión que sostiene nuestra sentencia 9 de junio de 2003 el convenio tendría que disponer que los países firmantes se comprometen a aplicar la legislación de Seguridad Social a los extranjeros provenientes de cada uno de esos países que trabajen ilegalmente en cualquiera de ellos. Pero ni siquiera así se trataría del principio de reciprocidad, pues lo que contempla ese principio es un *tratamiento simétrico de hecho* que ha de ser objeto de prueba: que los españoles que trabajan ilegalmente en otro país están protegidos por la Seguridad Social de ese país frente a los accidentes de trabajo. La STS 9.6.2003 relaciona además la reciprocidad en el trato de los extranjeros sin residencia legal con el principio de automaticidad, pero con ello proyecta ese principio fuera de su ámbito de aplicación: el principio de automaticidad se aplica desde luego a todos los extranjeros, pero siempre que residan legalmente en España.

**SEPTIMA** .- Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que la regulación contenida en el *número 2 del artículo 42 del Reglamento* aprobado por el *Real Decreto 84/1996* -en la redacción del *Real Decreto 1041/2005*- es contraria a normas con rango legal como son los *artículos 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social*, 14 y 36 de la LOEx, por lo que no puede ser aplicada (*artículos 51 de la LRJAPC y 23 de la Ley 50/1997*, del Gobierno, en relación con el *artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*).

De ello se deriva, con rectificación de la doctrina anterior, que en las contingencias profesionales rige también el régimen común que hemos expuesto con anterioridad: 1º) los trabajadores con autorizaciones de residencia y de trabajo están equiparados plenamente a los nacionales; 2º) los trabajadores con autorización de residencia, pero sin permiso de trabajo, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabilidad empresarial, pero con anticipo por las gestoras y 3º) los trabajadores sin autorización de residencia sólo pueden acceder a las prestaciones por la vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario en los términos que se han indicado en el fundamento segundo.

Si aplicamos estos criterios al caso enjuiciado, hay que concluir que: 1º) la simulación de la identidad ha determinado no sólo la nulidad del contrato de trabajo, sino la nulidad del alta del actor en la Seguridad Social; 2º) no estaba ni podía estar legalmente en alta y, por tanto, no podía causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo, 3º) no puede aplicarse la asimilación al alta del *artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996*, porque es contraria a la ley y 4º) no existe tampoco responsabilidad indemnizatoria del empresario, porque la simulación de la identidad determina que no le sea imputable a éste ni el encuadramiento irregular del actor en la Seguridad Social, ni el incumplimiento de las

normas sobre empleo de extranjeros.

Hay que aclarar que sería, sin embargo, posible la cobertura de los daños provocados por el accidente de trabajo cuando en los mismos concurrese responsabilidad por culpa del empresario como consecuencia del incumplimiento de normas de prevención. Pero se trataría de una responsabilidad excontractual, que en el presente caso hay que excluir, pues se trata de un accidente de tráfico en el trayecto hacia el trabajo, que, aunque se protege por el *art. 115.2 a) LGSS* queda fuera de la esfera de riesgo del empleador.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso, sin que haya lugar a la imposición de costas.

Voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 106/2009 , al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Jordi Agusti Julia, Doña Rosa María Viroles Piñol y Doña Maria Lourdes Arastey Sahun.

De conformidad con lo establecido en el *artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 106/2009 .

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.-** Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

Con carácter general, la discrepancia se fundamenta en que la solución adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección en el ámbito de la Seguridad Social pública en un tema tan sensible como es el de los accidentes de trabajo.

La nulidad del contrato de trabajo por ocultamiento de los datos reales de su personalidad por parte del trabajador extranjero, -- sin perjuicio de sus responsabilidades penales u de otro orden, en su caso --, no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de prestaciones en el supuesto de accidentes de trabajo, regla básica de nuestra legislación protectora, que solo podría obviarse si el trabajador accidentado fuera el único responsable del accidente o lo hubiere causado con la finalidad de generar las derivadas prestaciones; pero, entiendo, que no puede inaplicarse tal regla básica en el supuesto analizado, sin perjuicio de la posible exoneración o disminución de la responsabilidad empresarial en el estricto ámbito de la seguridad social.

Valórese que acontecería si la nulidad del contrato de trabajo derivara del hecho de que un menor de dieciséis años, de nacionalidad española, aportara para ser contratado un DNI de una persona mayor de dicha edad y en esas condiciones de ocultación de personalidad fuera contratado laboralmente, de sufrir este trabajador realmente menor de edad laboral un accidente, por estar trabajando en condiciones vulneradoras de las normas básicas de prevención de riesgos laborales, ¿se le privaría también de la protección de la Seguridad Social pública?.

**SEGUNDO .-** Comparto plenamente la apreciación del requisito de la contradicción entendiendo que es irrelevante, a dicho efecto, que en la sentencia recurrida La Republica de Guinea (capital Conakry) -país originario del trabajador de la sentencia recurrida- no haya suscrito el *Convenio nº 19* de la OIT, en tanto si lo ha hecho Guinea Bissau -país de origen del actor de la sentencia de contraste- porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003 (recurso 4217/2002 ). Asimismo no impide la contradicción el que la sentencia recurrida aplique la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero* , sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en adelante LOEX y la de contraste la *Ley Orgánica 7/1985* , pues el régimen de esta última era más restrictivo respecto a los derechos de los extranjeros en situación irregular que el establecido por la LOEX y es la sentencia de contraste la que resulta favorable al trabajador extranjero, en tanto la recurrida desestima sus pretensiones.

**TERCERO .-** 1. El recurrente denuncia la infracción del *artículo 42 del Real Decreto 84/1996* , en la redacción dada por el *Real Decreto 1041/2005* . Aduce, en esencia, que lo que determina la protección no es la validez del contrato de trabajo, sino el trabajo prestado, razonando que la situación ha de ser resuelta de conformidad con la situación genérica del trabajador extranjero contratado por un empresario concedor de que el mismo carecía de la autorización para residir, que en términos generales ha sido equiparada por la jurisprudencia de esta Sala a la situación del trabajador español, a efectos de la protección por las contingencias derivadas de accidente de trabajo, tal como resulta de las sentencias de de 9 de junio de

2003 (recurso 4217/02) y 7 de octubre de 2003 (recurso 2153/02 ).

2. Procede examinar, en primer lugar, la protección dispensada a un trabajador extranjero en situación irregular, cuyo país de origen no ha ratificado el convenio 19 de la OIT, ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

A este respecto hay que señalar que el *artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social* establece: "Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) trabajadores por cuenta ajena.." Por su parte el apartado 5 del precepto dispone: "Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español se equipararan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el número 3 de este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados a tal efecto, o cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

El examen del citado precepto revela que la LGSS únicamente considera incluido dentro de su campo de aplicación a los extranjeros que tengan la condición de residentes en España. En el mismo sentido el *artículo 14.1 de la LOEX* expone: "Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles".

La claridad de tales preceptos se ve perturbada por la confusa redacción del *artículo 36.3 de la LOEX* que parece contemplar una excepción, frente a la anterior regla general de la imposibilidad de reconocer prestaciones de Seguridad Social al extranjero que trabaja sin autorización. Dispone el precepto: "La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Hay que señalar que el último párrafo, que hace referencia expresa a responsabilidad en materia de "seguridad social y prestaciones que pudieran corresponderle" ha sido añadido por la *Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre* .

El tenor literal del precepto proporciona una regla protectora respecto a las prestaciones de seguridad social del trabajador extranjero en situación irregular, con lo que dulcifica el rigor que presenta el *artículo 7 de la LGSS* y el *14.4* de la LOEX, permitiendo vislumbrar que, aunque se encuentre en situación irregular, el trabajador extranjero tiene derecho a determinadas prestaciones de la seguridad social. Si el legislador hubiera querido limitar las prestaciones a los servicios y prestaciones sociales básicas, como se ha apuntado por algún sector doctrinal, se hubiera remitido al *artículo 14.3 de la LOEX* -los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas- en lugar de consignar la amplia fórmula de "prestaciones que pudieran corresponderle".

En correlación con dicha regulación el Real Decreto 1041/05, de 5 de septiembre, ha reformado el *artículo 42 del Reglamento General* sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por *R.D. 84/96, de 26 de enero* , disponiendo lo siguiente: "2. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley". En este precepto se consigna el reconocimiento del derecho del trabajador extranjero en situación irregular a percibir determinadas prestaciones de Seguridad Social, si bien no concreta cuáles.

Por otro lado conviene precisar que el *artículo 57.5 d) de la LOEX* dispone que la sanción de expulsión -que se aplica en el supuesto en que el trabajador se halle irregularmente en territorio español- no podrá ser impuesta a "los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo", precepto que corrobora la plena protección por contingencias profesionales del trabajador extranjero, con independencia de cual sea su situación administrativa. No cabe entender que se trata de una situación de ilegalidad sobrevenida, como ha entendido la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 2008, recurso 800/07 -extranjero residente que está percibiendo una prestación por desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia-, en sentido diferente a como había interpretado el precepto la sentencia de la

Sala de 9 de Junio de 2003, recurso 4217/02 . En efecto, si se entendiese el precepto en el sentido señalado por la precitada sentencia de 18 de marzo de 2008 , resultaría innecesario por reiterativo, ya que el *artículo 72.3 b) del R.D. 2393/04, de 30 de diciembre* , por el que se aprueba el Reglamento de la *Ley Orgánica 4/2000* , reconoce la residencia permanente al extranjero beneficiario de una prestación de incapacidad permanente y el *artículo 38.3 b) LOEX* dispone la renovación del permiso de trabajo cuando el trabajador haya obtenido una prestación contributiva por desempleo.

Hay que señalar, por ultimo, la vigencia del *artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966* , que establece que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional".

3. La jurisprudencia ha reconocido el derecho a prestaciones derivadas de contingencias profesionales a trabajadores extranjeros en situación irregular. Así las sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2003, recurso 4217/02 y de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02 , reconocieron prestaciones económicas a trabajadores extranjeros en situación irregular. La primera de dichas sentencias reconoció el derecho del actor, súbdito ecuatoriano, a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas, derivadas de accidente de trabajo, a cargo de la empresa en la que prestaba servicios. La sentencia contiene el siguiente razonamiento: " 2. Debemos precisar ahora si tal doctrina general es aplicable al supuesto enjuiciado, de extranjero no autorizado legalmente a trabajar, o alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero , vigente en la fecha en la que se produjo el accidente, establecía en su art. 33.3 que "los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. **La carencia de la correspondiente autorización para contratos 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.** " Por otra parte, el art. 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social , establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992 ) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 .

3. De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del art. 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000 , y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a..." d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo". Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo.

4. No es óbice a lo más arriba expuesto la dificultad de encuadrar el supuesto en la normativa internacional. El Convenio 19 de la OIT, subordina la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, el que país del trabajador lo haya ratificado. Y si bien España lo ratificó (Gaceta del 26 de mayo de 1928) Ecuador no se halla entre los 119 países que lo han hecho. Pero en nuestra legislación, extendiendo el principio que lo inspira en esta materia de accidente de trabajo, estableció en el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 , que "la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

5. En el concreto supuesto que hoy se enjuicia ha de tenerse en cuenta que el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960 (ratificado por España BOE 180/1975, de 28 de julio 1975 ), dispone en su art. 2 "que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, **en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países**" . Remisión que supone la aplicación también de las normas sobre automaticidad de las prestaciones en idénticos términos que a los súbditos nacionales."

La sentencia de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02 , declaró el derecho del actor, de nacionalidad colombiana, que carecía de permiso de residencia y trabajo, y no estaba de alta en la seguridad social, a la prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, razonando que se trata de un trabajador cuyo país de origen ratificó el *Convenio número 19* de la OIT, también ratificado por

España, y el principio de reciprocidad obliga a conceder el mismo trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo, por lo que se considera al extranjero irregular en situación de alta de pleno derecho en la Seguridad Social.

Por su parte la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998, ha establecido la obligación de cotizar durante el tiempo de prestación de servicios de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, con el siguiente razonamiento. *" Mas en el caso de un contrato nulo y éste es el presente dada la realidad de la prestación de trabajo durante casi cinco años al apelado, por un extranjero sin permiso de trabajo al que no le es aplicable con eficacia la presunción de laboralidad a causa de la prohibición legal analizada, el art. 9.2 ET establece que el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido; lo que implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el Estatuto de los Trabajadores la regla segunda del art. 1306 del Código Civil .*

*Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón del tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la Seguridad Social, pues la referencia del art. 7.4 LGSS/1974 a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada, tiene su reflejo en el art. 70.1 LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad), y aún mas, señala la norma que la mera solicitud del antiguo INP, hoy Tesorería General de la Seguridad Social, de la afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización), es decir, aun no siendo procedente la afiliación al alta, se cotiza en función al tiempo trabajado".*

4. La modificación de la LOEX, operada por la L.O. 2/2009, el 11 de diciembre, en cuya exposición de motivos se señala que "los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios, de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida..." ha incidido en el contenido del artículo 36, añadiendo el apartado 2, en el que se dispone: "la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador a la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad".

El último inciso del apartado 3 del precepto, ha pasado ahora a ser el nuevo apartado 5, con redacción que difiere sensiblemente de la anterior, pues mientras en la primitiva redacción -la introducida por la LOEX 14/03- se señalaba que "la carencia de la correspondiente autorización ... no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle", en el nuevo texto se añade: "...de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores ni otras que pudieran corresponderles, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo".

La redacción actual del precepto trata de limitar la amplitud con el que el precepto en su redacción originaria se refería a "las prestaciones que pudieran corresponderle" concretándolas a "prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores", y si bien es cierto que añade "u otras que pudieran corresponderle", a reglón seguido parece limitarlas al establecer "siempre que sean compatibles con su situación".

La reforma introducida intenta concretar las prestaciones de seguridad social que puedan corresponder a un trabajador extranjero en situación irregular, reconduciéndolas a lo regulado en los convenios internacionales y, en el supuesto de no estar contempladas en dichos convenios, condicionándolas a que "sean compatibles con su situación".

5. En virtud de todo lo anteriormente expuesto y razonado, procede reconocer al trabajador extranjero en situación irregular, como acontece en el presente supuesto, el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo siendo responsable de su abono el empresario, debiendo adelantar las mismas la entidad gestora o colaboradora en la gestión, a tenor de lo establecido en los artículos 124.1 y 4, 125.3, 126.3 de la LGSS.

**CUARTO** .- 1. Ocurre, sin embargo, que en el supuesto analizado concurre una particular circunstancia, cual es que el actor, D. Ceferino , ciudadano de La República de Guinea, que carecía de permiso de residencia y de trabajo, presentó a la empresa para la que prestó sus servicios, Doña Tania , una documentación con el nombre de Gabriel , que sí tenía dichos permisos, siendo desconocida por la empresa tal circunstancia -según consta en el hecho probado primero de la sentencia recurrida- habiéndose presentado la falsa identidad por el trabajador, a efectos del alta en la Seguridad Social.

Tal y como resulta de la sentencia recurrida, la empresaria no habría contratado al trabajador de haber conocido que no era su verdadera identidad la afirmada, por lo que, dando por buena esa conclusión judicial y atendiendo a que, además el posible error era invencible y que la empresaria intentó informarse de la situación del trabajador que contrataba, prestó su consentimiento viciado por error. Tal como establece el *artículo 1265 del Código Civil* es nulo el consentimiento prestado por error, exigiendo el *artículo 1266* de dicho texto legal, para que el error invalide el consentimiento, que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, precisando el segundo apartado del precepto que "el error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo". En el presente caso parece entenderse que el error en la persona del trabajador es relevante, pues recae sobre su capacidad legal para contratar en España, *artículo 7c) del Estatuto de los Trabajadores* en relación con el *artículo 3 de la LOEX* , por lo que invalida el consentimiento prestado por la empleadora y, en consecuencia el contrato, al faltar uno de los requisitos esenciales del mismo, a tenor del *artículo 1261 del Código Civil* .

2. El hecho de que el contrato sea nulo por la concurrencia de un vicio del consentimiento, cual es el error de la empresaria respecto a la identidad del trabajador -sustancial en cuanto recae sobre su capacidad legal para celebrar validamente un contrato de trabajo en España- no supone, empero, que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales.

En efecto, la nulidad del contrato no acarrea tal consecuencia, pues no hay que olvidar que se ha producido una real prestación de trabajo, que ha desplegado determinados efectos, expresamente reconocidos por el legislador. Así, un primer efecto aparece en el *artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores* que dispone: "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", es decir, que entra en juego la previsión contenida en el *artículo 6.3 del Código Civil* "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", habiendo establecido ese "efecto distinto" el *artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores* . Obedece tal previsión a evitar el enriquecimiento injusto del empresario, que se produciría si no estuviese obligado a retribuir al trabajador por los servicios que este le ha prestado y que, lógicamente, han generado un beneficio al empleador, al hacer suyos los frutos del trabajo.

Un segundo efecto que produce el contrato nulo cuando ha habido efectiva prestación de servicios durante un determinado periodo de tiempo, es el nacimiento de la obligación de cotizar durante todo el tiempo de prestación de dichos servicios, tal como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de diciembre de 1998 . La previsión contenida en el *artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre* , de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no incide en la obligación de cotización empresarial, pues se limita a incrementar la sanción a imponer a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo -falta calificada como muy grave en el *artículo 54 .l d) de la LOEX-*, disponiendo que el importe de la multa establecida en la LOEX se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo hasta el último día en que se constate dicha prestación.

El tercer efecto que se produce es que el trabajador goza de la protección de la Seguridad Social por contingencias profesionales, tal como resulta del juego conjunto de los *artículos 7.1 y 3 de la LGSS, 14, 36. 3 y 57.5 d) de la LOEX, artículo 42 del R.D. 84/96 de 26 de enero y artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966* , a la luz de la interpretación dada por la jurisprudencia, tal como se ha consignado en el fundamento jurídico tercero.

3. No hay que olvidar, por otra parte, que la nulidad que predicamos del contrato por vicio del consentimiento, no es esencialmente distinta de la situación del extranjero, que carece de la correspondiente autorización, y presta servicios en España, pues lo que dispone el *artículo 36.3 de la LOEX* es que "la carencia de la correspondiente autorización ... no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran

corresponderle", es decir, no mantiene la plena validez del contrato sino los derechos del trabajador y las prestaciones que pudieran corresponderle -retribución, cotización a la seguridad social y protección por contingencias profesionales-. En ambos supuestos ha habido una efectiva prestación de servicios de la que derivan determinadas obligaciones, unas comunes, como la prevista en el *artículo 9.3 del Estatuto* y otras propias de cada situación, a tenor del *artículo 36.3 de la LOEX* que examinaremos a continuación.

4. Como ya hemos adelantado, la similitud entre ambas situaciones no es total, pues no podemos olvidar que en el supuesto examinado el empleador que podría entenderse, es totalmente ajeno a la situación irregular en la que se encuentra el trabajador, carecía de autorización para trabajar -habiéndose inducido a error por el propio trabajador-, por lo que aunque pudiera exonerarse de determinadas responsabilidades -en este supuesto las derivadas de la contratación y del accidente "in itinere" sufrido por el trabajador- no queda liberado de las posibles responsabilidades sancionatorias e indemnizatorias si el accidente de trabajo ha derivado de infracción empresarial de medidas de seguridad.

A este respecto hay qu

e señalar que el *artículo 36.3 de la LOEX* distingue dos planos perfectamente diferenciados, ante la carencia del trabajador extranjero de la pertinente autorización, por un lado "responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social", por otro "las prestaciones que pudieran corresponderle". Las responsabilidades, incluidas las de Seguridad Social, se refieren a los supuestos en que ha habido incumplimientos empresariales, por ejemplo falta de autorización para trabajar, conocida por el empresario, o infracción de normas en materia de prevención de riesgos laborales... que determinan que el empresario sea responsable de las prestaciones, que en su caso correspondan, del recargo de las mismas, de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera proceder....

La obtención de las prestaciones que puedan corresponder al trabajador extranjero sin autorización para trabajar, es independiente del incumplimiento empresarial, es decir, que el trabajador puede tener derecho a prestaciones de seguridad social, aunque no haya habido ningún incumplimiento del empresario y aunque éste ignorase que el trabajador carecía de la correspondiente autorización. El derecho al reconocimiento de prestaciones del trabajador extranjero en situación irregular no deriva del incumplimiento del empleador de la obligación de solicitar autorización administrativa previa para dicho trabajador, sino de la efectiva prestación de servicios y los efectos que ello comporta, tal como ha quedado anteriormente razonado.

El incumplimiento del empleador genera su responsabilidad en orden a las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador, en tanto que, por el contrario, la contratación de un trabajador extranjero sin autorización, desconociendo este extremo el empresario debido a la propia conducta del trabajador que le facilitó una falsa identidad, ninguna responsabilidad genera en el empresario, pero no incide en las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponderle máxime si, como acontece en el presente caso, el accidente (in itinere) no tuvo su causa en ningún incumplimiento del empleador en materia de salud, prevención de riesgos o ausencia de medidas de seguridad, y todo ello sin perjuicio de la pertinente responsabilidad, de índole administrativa o penal, que pueda exigirse al trabajador - en el supuesto examinado se iniciaron diligencias previas núm. 2648/05 en el Juzgado de Instrucción número 1 de Jaén por supuesto delito de usurpación de estado civil y procedimiento abreviado núm. 402/06-.

**QUINTO** .- Sentada la ausencia de responsabilidad de la empresaria y el derecho del trabajador al percibo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido, el abono de las mismas ha de ser imputado a la Entidad Gestora o colaboradora, aseguradora de las contingencias profesionales, en esta caso a la Mutua Universal, en virtud de lo establecido en los *artículos 124.4, 125.3 y 126 de la L.G.S.S.*, debiendo añadirse a mayor abundamiento que se habían realizado las correspondientes cotizaciones.

**SEXTO** .- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado.

**PUBLICACIÓN**.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero así como el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete y el formulado por la Excmo. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se han adherido los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jose Luis Gilolmo Lopez, D. Jordi Agusti Julia, D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol y Doña Maria Lourdes Arastey Sahun, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.