

Roj: **STS 656/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:656**Id Cendoj: **28079149912017100005**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **31/01/2017**Nº de Recurso: **1153/2015**Nº de Resolución: **76/2017**Procedimiento: **Social**Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 12958/2014,**
STS 656/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Julio Alberto García Gutiérrez, en nombre y representación de DON Luis Enrique , contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 4565/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Barcelona, dictada el 28 de marzo de 2014, en los autos de juicio núm. 631/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Luis Enrique , contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y la empresa GARBATOUR, S.L., sobre PRESTACION POR DESEMPLEO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Miguel Angel Luelmo Millan**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por a instancia de Luis Enrique contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) Y GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1.- Por resolución de 28/11/2011 del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) se reconoció a Luis Enrique con NIE NUM000 prestación contributiva por desempleo en los siguientes términos: -días de derecho 108 (días cotizados 605) periodo reconocido 26/11/2011 a 25/05/2012, base reguladora diaria 25,35 con un porcentaje sobre la misma del 70% y porcentaje por desempleo parcial del 50%. 2.- Por sentencia del Juzgado social num. 4 de Barcelona dictada el 30/03/2012 en procedimiento 1065/2011 en materia de despido a instancia de Luis Enrique contra GARBATOUR, S.L. y el FOGASA, se declaró improcedente el despido del actor de fecha de efectos 31 / 10/2011 condenado a la empresa GARBATOUR, S.L. a que optara en entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que en la misma se señalaba. En su relato de hechos probados se señalaba en dicha sentencia que el trabajador prestaba sus servicios para la empresa condenada desde 06/10/07 y que había sido contratado de forma irregular el 06/10/2007 por carecer de permiso de trabajo y residencia y una vez obtuvo el permiso de trabajo y residencia fue contratado mediante contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo de fecha 31/03/2010 convertido en fecha 14/03/2011 en contrato indefinido a tiempo parcial. Por auto de 25/09/2012 dictado en ejecución de la sentencia se despachó orden general de ejecución y se declaró extinguido desde ese mismo día el contrato de trabajo que unía a la empresa con el trabajador con fijación de indemnización y salarios de tramitación. 3.- En fecha 29/01/2013 el actor suscribió para el SPEE documento en el que se hacía constar que no obstante para atender a su



solicitud de reconocimiento del nuevo derecho, aun habiendo sido informado de la posibilidad de mantener el derecho reconocido anteriormente hasta la percepción de los salarios de tramitación, era necesario que firmara el documento en que se recogía su solicitud, así como el reconocimiento de la deuda generada como consecuencia de la regularización y el compromiso de no solicitar el aplazamiento de la misma; y en el mismo costaba que: 1.- reconocía la existencia de un pago indebido de la prestación por desempleo por el periodo coincidente con los salarios de tramitación. 2.-solicitaba la compensación de dicho pago indebido con los importes que correspondan en virtud del nuevo derecho y 3.- acepta no solicitar el aplazamiento del pago indebido generado con la regularización. Por resolución de fecha 08/02/2013, tras haber comunicado al actor propuesta de revocación del derecho ya reconocido y haciendo constar en esa resolución que el cese por el que accedió a la prestación de desempleo había sido impugnado y como consecuencia de ello se había declarado, entre otras la obligación del empleador de abonarle los salarios de tramitación, se resolvió declarar indebida la percepción de prestaciones por desempleo por cuantía de 617,34 euros correspondientes al periodo del 26/11/2011 al 25/05/2012 y

a.- revocar la resolución por la que se le reconoció el derecho a la prestación contributiva de desempleo con fecha de inicio 26/11/2011 a 25/05/2012,

b.- reconocer un nuevo derecho con fecha de inicio 26/09/2012, una vez trascurrido el abono de los salarios de tramitación, con derecho a 300 días de prestación y base reguladora diaria 50,84 euros y al 50% por la finalización de la relación laboral en dicho porcentaje.

c.- declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo entre el 26/11/2011 al 25/05/2012, de 3.055,49 euros, que una vez regularizada con las cuantías a percibir por el nuevo derecho reconocido, hasta el total de lo abonado por el derecho anterior, le queda pendiente de compensar a fecha de 30-02-2013 el importe de 617,34 euros.

4.- En fecha 20/03/2013 el actor interpuso reclamación previa contra la resolución del SPEE que identificaba como sin fecha reconociendo el derecho a cobrar 300 días de prestación de desempleo nivel contributivo desde 26/09/2012 y con base reguladora diaria de 50,84 euros. Señalaba en la argumentación de su pretensión la existencia de la sentencia del Juzgado social núm. 4 de Barcelona dictada el 30/03/2012 en procedimiento 1065/2011 y que "el SPEE está considerando no trabajados a efectos del pago de la prestación por desempleo, los periodos en que el trabajador no tenía permiso de trabajo ni de residencia y ello evidenciaba un trato discriminatorio. Por resolución de fecha 07/05/2013, se desestimó la reclamación previa del actor indicando en la misma que podía volver a efectuar nueva reclamación cuando disponga del acta de liquidación de cuotas de la TGSS o Informe de la inspección de Trabajo en relación a la falta de cotización del periodo 06/10/07 a 30/03/2010. 5.- La Inspección de Trabajo, en relación al expediente NUM001 registro de entrada 8/0017492/13 empresa GARBATOUR, S.L., informó al actor que *"En relación a las otras dos peticiones, acta de infracción por dar ocupación a extranjero sin permiso en el periodo 06/10/2007 a 30/03/2010 y diferencias de cotización de 31/11/2011 a 31/11/2011, no procede actuación alguna- la infracción por dar trabajo a extranjero sin permiso ha prescrito (art. 56 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, BOE del 12 de enero) y el trabajador no probó en sede judicial que trabajara a tiempo completo."* 6.- La Inspección de trabajo y Seguridad Social ha levantado acta provisional de liquidación de cuotas NUM002 a la empresa GARBATOUR, S.L. en concepto de falta de afiliación o alta en el periodo 11/2011 a 09/2012 que ha sido elevada a definitiva confirmándola por resolución de 1/12/2013 y también se ha tramitado de oficio alta y baja del actor en la empresa GARBATOUR, S.L., en el periodo 01/11/2011 a 25/09/2012 y efectos del alta 24/0/2013. 7.- Para el caso de estimación de la demanda la prestación contributiva de desempleo correspondiente al actor lo sería con la base reguladora de 50,84%, pero por parcialidad al 50%, por un periodo de derecho reconocido de 600 días».

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2014, recurso 4565/2014, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación que formula Luis Enrique , contra la sentencia del juzgado social 6 de BARCELONA, autos 631/2013, de fecha 28 de marzo de 2014, seguidos a instancia de aquel, contra el SERVICIO PUBLICO ESTATAL DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), y la empresa GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos».

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Luis Enrique , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de octubre de 2012, recurso 5280/2011.



QUINTO.- Por Providencia de fecha 25 de septiembre de 2015, se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- En Providencia de fecha 4 de julio de 2016, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 27 de septiembre de 2016, acto que fue suspendido y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala fijándose para el día 18 de enero de 2017, fecha en que se llevó a efecto. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que por el Excmo. Sr. Presidente encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. **Miguel Angel Luelmo Millan.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como resulta del relato de la sentencia de instancia, el actor prestó servicios para la empresa demandada desde el 6 de octubre de 2007, contratado de forma irregular por carecer de permiso de trabajo y residencia y, una vez obtuvo el pertinente permiso, fue contratado mediante contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, de fecha 31 de marzo de 2010, convertido en fecha 14 de marzo de 2011 en contrato indefinido a tiempo parcial. Por auto del Juzgado número 4 de Barcelona, recaído en el procedimiento de despido 1065/2011, se despachó ejecución de la sentencia y se declaró extinguido desde ese mismo día el contrato de trabajo, con fijación de indemnización y salarios de tramitación. Por resolución del SPEE de 8 de febrero de 2013 se reconoció como indebida la percepción de la prestación por desempleo, por el periodo de 26 de noviembre de 2011 a 25 de mayo de 2012, y se le reconoció un nuevo derecho a la prestación por desempleo, con fecha de inicio 26 de septiembre de 2012, por un periodo de 300 días. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha levantado acta de liquidación de cuotas, falta de afiliación y alta en el periodo noviembre 2011 a septiembre 2012, elevada a definitiva por resolución de 1 de diciembre de 2013. El actor solicita que se le reconozcan 600 días ya que deben de tenerse en cuenta, a efectos del pago de la prestación, el periodo trabajado en el que no tenía permiso de residencia ni de trabajo.

Recurrida en suplicación por el demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) dictó sentencia el 22 de diciembre de 2014, recurso número 4565/2014, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2077, entendió que la prestación de desempleo solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular, por lo que, dado que cuando se contrató al trabajador el 6 de octubre de 2007 carecía de permiso de trabajo y de residencia, no obteniendo los mismos hasta el 31 de marzo de 2010, fecha en el que se le realiza un contrato de trabajo, es a partir de dicha fecha el periodo de ocupación cotizada que ha de tenerse en cuenta a efecto de lucrar las correspondientes prestaciones por desempleo. Todo ello sin perjuicio de que pueda ser ajustado a derecho el resarcimiento por la empresa de los daños y perjuicios de toda clase por el incumplimiento de un contrato válido de trabajo, es decir, del contrato celebrado entre empresario y trabajador, aunque esta no tenga permiso de residencia ni de trabajo.

Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada del actor recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del TSJC el 17 de octubre de 2012, recurso número 5280/2011.

La parte recurrida no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal con la propuesta de que el recurso se declare improcedente.

SEGUNDO.- La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJC el 17 de octubre de 2012, recurso número 5280/2011, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el actor en dicho procedimiento frente a la sentencia de instancia, declarando el derecho del actor a percibir la prestación de desempleo, por un periodo total de 480 días, conforme a la base reguladora diaria de 51,79 ? y la responsabilidad empresarial por los 300 días adicionales de prestación que superan los reconocidos en vía administrativa, sin perjuicio de la obligación de anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal y de su derecho a repetir contra la empresa.

Consta en dicha sentencia que el actor prestó servicios a la empresa demandada desde abril de 2006, habiéndosele concedido autorización de residencia temporal y de trabajo el 5 de agosto de 2008. El actor y la empresa suscribieron el 21 de julio de 2008 un contrato de trabajo, en la modalidad de fijo de obra., figurando de alta en la empresa demandada desde el 21 de julio de 2008 al 7 de junio de 2010. El Juzgado número 1 de Sabadell dictó sentencia en autos 1119/2009, declarando improcedente el despido del actor efectuado con



efectos del 17 de noviembre de 2009. Le fue reconocida prestación por desempleo, con fecha de inicio de 8 de junio de 2010 y duración de 180 días, atendiendo a un periodo de ocupación cotizada de 587 días. El trabajador solicita le sea reconocido un periodo mayor de prestación de desempleo, entendiendo que ha de computarse como periodo de ocupación cotizada aquel en el que estuvo trabajando sin permiso de residencia ni de trabajo. La sentencia entendió que no resulta aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de noviembre de 2008 ya que concurre una circunstancia especial y es que el actor había regularizado su situación personal y laboral mucho antes de solicitar la prestación por desempleo y disponía de permiso de residencia y de trabajo en España a la fecha del hecho causante y ello conduce a que no pueda aplicarse la doctrina jurisprudencial que se refiere exclusivamente a situaciones legales de irregularidad sostenida de la prestación laboral del extranjero, que sigue y se mantiene en la fecha del hecho causante de la prestación de desempleo. Continúa razonando que, siendo el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación, que el trabajador extranjero en situación irregular en España no puede acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, ya que carece de permiso de trabajo y de residencia, no es la situación del demandante que, al encontrarse en el momento del hecho causante en situación regular, puede buscar empleo y aceptar una colocación adecuada, es decir, se encuentra en condiciones legales para trabajar en España, por lo que deberá tenerse en cuenta la totalidad del periodo anteriormente trabajado para la misma empresa, que deberá asumir a su costa la responsabilidad en el pago de la diferencia de la prestación, con anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal.

TERCERO.- Entre la recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores extranjeros que han prestado servicios en una empresa sin permiso de residencia ni de trabajo, posteriormente se les conceden dichos permisos y la empresa suscribe contrato de trabajo. Los trabajadores son despedidos y los despidos declarados improcedentes. El SPEE les reconoce prestación por desempleo tomando en consideración, como periodo de ocupación cotizada, únicamente el correspondiente al tiempo en el que los trabajadores tenían permiso de residencia y de trabajo, sin considerar el periodo en el que trabajaron sin dichos permisos, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto: en tanto la recurrida entiende que no cabe computar como periodo de ocupación cotizada, a efectos de determinar la duración de la prestación por desempleo, el tiempo trabajado sin permiso de residencia ni de trabajo, la de contraste entiende que se ha de tener en cuenta dicho periodo. Consecuentemente con todo ello y como se decía, cabe concluir que concurren las identidades exigidas por el precepto y norma referidos, por lo que procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CUARTO.- El recurrente alega inaplicación o, en su caso, aplicación indebida, de los artículos 100.1, 104, 203.1, 205, 207, 208, 210, 213 y 231 de la L.G.S.S. R.D.L. 1/1994 de 20 de junio, en relación con los artículos 14 30 bis de las Leyes Orgánicas 4 y 8 del año 2000, relativo a la regulación de la Extranjería Art. 42.2 del R.D. 84/1996, de 26 de enero, arts. 3.11 1101, 1258 del Código Civil, en relación con el Convenio Colectivo 19 de la O.I.T., en relación con el art. 33-párrafo 2º nº 3 de la L.O. 4/2000, en relación con el art 3.11 del C.C. y en relación también con los arts 126.2 y 220 de la citada L.G.S.S. y art. 41 de la Constitución, en la interpretación dada por las sentencias que cita.

La doctrina establecida por esta Sala a partir de las sentencias de 18 de marzo y 12 de noviembre de 2008 (rrcud 800 y 3177/2007), a las que se hace remisión dando expresamente por reproducidos sus argumentos, especialmente en todo cuanto no se reproduzca a continuación y sea aplicable al caso, se resume en la conclusión de que la prestación de desempleo no la puede obtener el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación irregular, trayendo a colación al respecto la primera de las citadas en su noveno fundamento de derecho y tras el examen y razonamientos que es de ver en los anteriores, el artículo 203.1 de la LGSS (262.1 del vigente TRLGSS), el 209.1 de la misma norma (actual 268.1), la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 y el artículo 207c) LGSS (actual 266 c) en los siguientes términos textuales: "**El art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.**

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico



Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo". Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado. **Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006** "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su artículo 2, al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS".

Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral....."

A todo ello añade la de 12 de noviembre de 2008 -que previamente reproduce los términos de la precedente- y en relación con los preceptos del CC que menciona el actor en su recurso, que "lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext. establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social".

QUINTO.- De la filosofía explícita que se desprende de tal jurisprudencia y de la normativa anteriormente mencionada se infiere en definitiva que no es posible tener en cuenta el período de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, lo que se refuerza ahora, en fin, con la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003- al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros "residentes" (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros "residentes" tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando "todos" los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales "básicas" (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, "en todo caso, el trabajador que carezca de autorización



de residencia y trabajo **no podrá obtener prestaciones por desempleo**" (36.5), de lo que ineludiblemente se sigue, mientras otra cosa no se excepcione, que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco podrá adicionarse a otro distinto.

Es cierto que el hoy recurrente se encuentra actualmente en España en situación regular, tiene permiso de trabajo y de residencia y ha venido prestando servicios para la empresa empleadora desde el 31 de marzo de 2010 en virtud de un contrato de duración determinada, a tiempo completo, transformado posteriormente en un contrato indefinido a tiempo parcial, habiéndosele reconocido prestación por desempleo atendiendo a dicho período de ocupación cotizada. Ocurre, sin embargo, que, como ya se ha indicado, con anterioridad a ese período legal, en concreto desde el 6 de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2010, había estado prestando servicios para la misma empresa sin permiso de residencia ni de trabajo. Por ello, dicho período no ha sido tenido en cuenta por el SPEE para establecer el período de ocupación cotizada y fijar las duración de la prestación por desempleo, lo cual ha de considerarse adecuado si se tiene en cuenta que la ineficacia de tal período a efectos prestacionales que de dicha legislación se deriva, dada la ilicitud del mismo y la propia previsión normativa de las correspondientes consecuencias, no se sana por el hecho de que haya regularizado posteriormente su situación, lo que únicamente le da derecho a las prestaciones que, en su caso, haya podido generar por ese período trabajado legalmente y cotizado.

Ambas etapas laborales constituyen compartimentos estancos a estos efectos, al no poder ser tenidas en cuenta sin solución de continuidad y como si de una sola se tratase, magnitudes cronológicas que son evidentemente distintas y que por sus respectivas condiciones, constituyen un antes y un después, con resultados diversos y encontrados en función de la respectiva ilicitud o legitimidad. En el primer período, el trabajador se hallaba en una situación *de facto* que le impedía cotizar y acceder a la prestación debatida y, en cambio, en el segundo, se trata de una situación *de iure* por la regularización operada, pero solo respecto de ese tiempo, no extrapolable al anterior, porque tal regularización produce sus efectos, en lo que a esta materia se refiere, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no lo disponga así la normativa de aplicación que, por lo que se ha visto, se orienta precisamente en sentido contrario.

En función de cuanto antecede y como propone el Ministerio Fiscal, el recurso no es atendible.

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

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON Luis Enrique, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 4565/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Barcelona, dictada el 28 de marzo de 2014, en los autos de juicio núm. 631/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Luis Enrique, contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y la empresa GARBATOUR, S.L., sobre PRESTACION POR DESEMPLEO. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. **Miguel Angel Luélmo Millan** D. Antonio V. Sempere Navarro D. **Angel** Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 1153/2015, al que se adhieren los Magistrados Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun, Don Sebastian Moralo Gallego y D. Jordi Agusti Julia.

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 1153/2015.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- 1.- 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.



2.- Una recta comprensión de la cuestión debatida exige examinar las vicisitudes de la regulación normativa de la materia, así como de la doctrina jurisprudencial que ha interpretado la misma.

Respecto a los pronunciamientos de esta Sala en materia de protección por desempleo de trabajadores extranjeros, que no reúnen los requisitos legalmente exigidos para poder trabajar en España, podemos citar los siguientes, dictados al hilo de las reformas que ha sufrido la legislación sobre extranjería.

Así, durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, esta Sala dictó la sentencia de 21 de diciembre de 1994, recurso 1466/94, seguida de la de 25 de septiembre de 1995, recurso 3854/94, en dichas sentencias reconoció el derecho a percibir prestación de desempleo a un trabajador extranjero cuyo permiso de trabajo había expirado, pero continuaba vigente el permiso de residencia.

La sentencia primeramente citada contiene el siguiente razonamiento:

"El trabajo en España de los extranjeros -con independencia del régimen especial aplicable a los ciudadanos de los países de la Unión Europea y de determinadas actividades excluidas- está sometido a un régimen de autorización administrativa (artículo 15 de la Ley Orgánica 7/1985). Esta autorización, cuya concesión se somete a una serie de criterios legales que la Administración debe ponderar, presenta tres características que hay que tener en cuenta para la decisión que aquí interesa: 1) la concesión del permiso de trabajo se condiciona en el caso de trabajadores por cuenta ajena a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo (artículo 17.1 de la Ley y artículo 49.5 del Reglamento, aprobado por Real Decreto 1119/1986), 2) se trata de autorizaciones de vigencia limitada, pero susceptibles de renovación y de nuevas concesiones (artículos 15 y 19.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y preceptos concordantes del Reglamento) y 3) terminada la vigencia de un permiso de trabajo, el trabajador extranjero puede permanecer en España con permiso de residencia (artículo 19.2 de la Ley Orgánica 7/1985), buscar otro empleo y solicitar un nuevo permiso de trabajo. No puede afirmarse, por tanto, que el extranjero pueda trabajar libremente en España hasta que no se le deniegue el permiso de trabajo (tesis que parece acoger la sentencia de contraste), pero tampoco puede sostenerse que el extranjero que no ha obtenido permiso de trabajo esté afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar (tesis de la sentencia recurrida). La autorización administrativa es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. Esta se define por la doctrina científica como la que, de acuerdo con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, y presenta distintos grados. La técnica autorizatoria, que debe distinguirse frente a la prohibición absoluta, suele manifestarse de dos formas: como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía (prohibición con reserva de autorización) o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad de preexistente. Aunque se admita que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad de intervención, la misma no puede confundirse con una prohibición absoluta, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque, como se ha visto, el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si cuenta con permiso de residencia; puede también buscar otro empleo y, por último, cuando lo encuentre puede, a su vez, solicitar el permiso de trabajo.

La concesión de éste podrá presentar dificultades a la vista de los criterios aplicables de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Orgánica 7/1985, pero estas dificultades no eliminan de forma absoluta la posibilidad de trabajo y, en consecuencia, resulta apreciable la existencia de una situación de desempleo. En el presente caso el trabajador tiene permiso de residencia con validez hasta el 20 de mayo de 1994 y el período de desempleo reclamado, por la duración máxima de veinticuatro meses, terminaría precisamente en esa fecha, por lo que durante todo ese período el trabajador puede permanecer en el territorio nacional y buscar empleo, solicitado en su caso el correspondiente permiso de trabajo. Procede, por tanto, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de suplicación y confirmar la sentencia de instancia que estimó la demanda del trabajador frente al Instituto Nacional de Empleo."

En aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, esta Sala, entre otras, ha dictado las sentencias de 18 de marzo de 2008, recurso 800/2007 y de 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2007, en las que se ha denegado la prestación de desempleo al trabajador extranjero en situación irregular (sin autorización de residencia ni de trabajo) que ha trabajado por cuenta ajena sin autorización para trabajar.

La sentencia citada en primer lugar contiene el siguiente razonamiento:

,SEPTIMO.- No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.



Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es más, la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de S.Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia (art. 50.g) del RD 2393/2004), no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5.d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO.- Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del nº 2 del art. 42 del RD. 84/1996 en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre: "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" (regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo.

El art. 42.2 alude solo a "determinadas prestaciones", aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un alcance omnicompreensivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas "determinadas prestaciones". Y aún entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener "de acuerdo con lo establecido en la Ley". Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular, como vamos a ver.

NOVENO.- El art. 203.1 LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo". Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado.

Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como



demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su artículo 2, al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ". Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las "redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra" de las que habla el art. 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero "no residente", que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto "in fine" y que en este caso no se ha solicitado.

3.- Seguidamente se procede el examen de la compleja normativa reguladora de la protección dispensada a un trabajador extranjero en situación irregular, es decir, que carece de la correspondiente autorización de trabajo y de residencia.

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 incluidos dentro de su campo de aplicación a los extranjeros que tengan la condición de residentes en España. En el mismo sentido el artículo 14. I 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.

El precepto, en la redacción dada por la LO 14/2003, disponía: "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 citada Ley Orgánica 14/2003, 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".

La modificación de la LOEX, operada por la LO 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, modificando el apartado 1, añadiendo el apartado 2 y modificando el apartado 3, que ahora pasa a ser el 5.

Apartado 1: „Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización para trabajar se concederá conjuntamente con la de residencia...,

Apartado 2: "La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad".

Apartado 4: „Para la contratación de un extranjero, el empresario deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización,

Apartado 5 -anterior apartado 3: "La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que de lugar, incluidas las 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 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 la 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 renglón 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".

El Real Decreto 1041/2005, 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. 84/1996, 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.

SEGUNDO.- 1.- Para determinar si, en el supuesto ahora sometido a la consideración de la Sala, procede tomar en consideración, a efectos de determinar el periodo de ocupación cotizada para fijar la duración de la prestación por desempleo -el derecho a la prestación ya lo tiene reconocido- el tiempo durante el que el trabajador extranjero estuvo prestando servicios sin autorización para residir ni trabajar o, únicamente, procede tener en cuenta el periodo a partir del cual continuó prestando servicios disfrutando de las pertinentes autorizaciones, se hace preciso reflexionar acerca del alcance del artículo 36.5 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual, para determinar a qué prestaciones se refiere.

Para determinar a que prestaciones de seguridad social se refiere el precepto hay que señalar que las mismas pueden derivar de contingencias profesionales y de contingencias comunes, encontrándose entre estas últimas la prestación por desempleo. Se plantea si el precitado artículo 36.5 se refiere a las prestaciones derivadas de ambos tipos de contingencias o únicamente comprende las primeras.

2.- Entiendo que el precepto abarca ambos tipos de contingencias Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primero: Si el precepto únicamente hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, como derecho que se reconoce al trabajador extranjero en situación irregular, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir.

Segundo: En ningún caso cabe la interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todo trabajador, cual es la protección ante la falta de trabajo, sustituyendo el salario que se deja de ingresar -que es el medio de vida del trabajador y su familia- por la prestación de desempleo.



Tercero: Si el precepto contemplara únicamente las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, sería superflua la modificación introducida por la Ley Orgánica 14/2003, posteriormente matizada por la LO 2/2009. pues dichas prestaciones ya venían reconociéndose a los trabajadores extranjeros en situación irregular, tal como resulta entre otras, de la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/02.

Cuarto: La propia normativa orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España ya preveía, de forma indirecta, la posibilidad de reconocer a un extranjero, en situación irregular, prestaciones derivadas de contingencias profesionales, al regular en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 lo siguiente: "5.- 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 o enfermedad profesional ocurridos en España."

Quinto: Los compromisos internacionales suscritos por España avalan el reconocimiento de prestaciones, tanto derivadas de contingencias profesionales como comunes a los inmigrantes irregulares. A este respecto hay que señalar que España ratificó mediante instrumento de 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio) el Convenio nº 97 de la OIT, relativo a los trabajadores inmigrantes, que en su artículo 6 dispone que "todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes; ...b) la seguridad social." Dicho precepto tal como señala la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 2003, recurso 2153/2002, ha de entenderse complementado por la Recomendación núm. 151 sobre los Trabajadores migrantes, en cuanto dispone en su apartado 8.3 que "los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social..."

Sexto: Si es al empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero (artículo 36.4 de LO. 4/2000), no cabe hacer recaer sobre el trabajador las perjudiciales consecuencias que puedan seguirse del hecho de que el empresario no solicite dicha autorización, o le sea denegada, en ocasiones por causas inherentes a la persona del empresario, como puede ser el que haya sido sancionado con anterioridad por ocupar trabajadores extranjeros sin el pertinente permiso de trabajo.

Séptimo.- El artículo 205 de la LGSS, bajo el epígrafe ,Personas protegidas,, dispone en su apartado 1: ,Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social...., El empresario está obligado a cotizar por los trabajadores extranjeros durante todo el tiempo de prestación de sus servicios, aun cuando carezcan de permiso de trabajo, tal y como ha establecido la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 2 de diciembre de 1998.

En la citada sentencia ha resuelto que existe 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".

3.- Las anteriores consideraciones han de ser matizadas, a la vista de la doctrina establecida por esta Sala a partir de las sentencias de 18 de marzo de 2008, recurso 800/2007 y 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2007, que, en esencia, concluyen señalando que la prestación de desempleo no la puede obtener el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación irregular, razonando:

- El artículo 203.1 de la LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes ,pudiendo y queriendo trabajar, pierden el empleo y los extranjeros en situación irregular, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente en España.

- El artículo 209.1 de la LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207" y el extranjero irregular, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción.

- La Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". En su artículo 2 , al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo", exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

- El artículo 207c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 LGSS,, compromiso que no puede suscribir el trabajador que se encuentre en situación irregular y que comporta, según el número 2 del mismo artículo, numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el artículo 207, de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

TERCERO.-1.- El hoy recurrente se encuentra en España en situación regular, tiene permiso de trabajo y de residencia, ha venido prestando servicios para la empresa Garbatour SL, desde el 31 de marzo de 2010, en virtud de un contrato de duración determinada, a tiempo completo, transformado posteriormente en un contrato indefinido a tiempo parcial, habiéndosele reconocido prestación por desempleo, atendiendo a dicho periodo de ocupación cotizada.

Ocurre sin embargo que, con anterioridad a dicha fecha, en concreto desde el 6 de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2010, el actor vino prestando servicios para la citada empresa Garbatour SL, sin permiso de residencia ni de trabajo y dicho periodo no ha sido tenido en cuenta por el SPEE para establecer el periodo de ocupación cotizada y fijar las duración de la prestación por desempleo.

No resulta de aplicación la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 18 de marzo de 2008, recurso 800/2007 y 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/20, ya que examinan el supuesto de un trabajador extranjero que en el momento del hecho causante -y durante toda la prestación de servicios- se encuentra en España en situación irregular, sin permiso de residencia ni trabajo, situación que no concurre el hoy recurrente que en el momento del hecho causante tiene dichos permisos, aunque carecía de ellos durante un determinado periodo de prestación de su actividad laboral.

2.- Habiendo incumplido el empresario Garbatour SL sus obligaciones en materia de alta y cotización del trabajador D. Luis Enrique , procedería declarar su responsabilidad directa, en virtud de lo establecido en el artículo 126. 2 de la LGSS, procediendo el anticipo de dichas prestaciones por el SPEE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125.3 de la LGSS, subrogándose en los derechos y acciones del trabajador frente a la citada empresa.

CUARTO.- Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por D. Luis Enrique , estimando la demanda formulada.



Madrid, 31 de enero de 2017

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. **Miguel Angel Luermo Millan** así como el voto particular formulado por la Excma. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as, Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Doña Maria Lourdes Arastey Sahun, Don Sebastian Moralo Gallego y Don Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ