



Roj: **STSJ CAT 10971/2012 - ECLI:ES:TJSCAT:2012:10971**

Id Cendoj: **08019340012012106996**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2012**

Nº de Recurso: **5280/2011**

Nº de Resolución: **6933/2012**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08187 - 44 - 4 - 2010 - 8019923

CR

ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA

En Barcelona a 17 de octubre de 2012

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 6933/2012

En el recurso de suplicación interpuesto por Abilio frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Sabadell de fecha 24 de febrero de 2011 dictada en el procedimiento Demandas nº 852/2010 y siendo recurrido/a Servicio Público de Empleo Estatal y Jordi Reformes i Construccions, S.L.. Ha actuado como Ponente el , Ilmo. Sr. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de noviembre de 2010 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Desempleo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2011 que contenía el siguiente Fallo:

"Estimando en parte la demanda formulada por Abilio frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y la empresa JORDI REFORMES I CONSTRUCCIONS, S.L.L, declaro el derecho del actor a percibir prestaciones de desempleo por un periodo de 240 días, sobre la indiscutida base reguladora diaria de 51,79 euros, condenando a la empresa demandada JORDI REFORMES I CONSTRUCCIONS, S.L.L, a abonar al trabajador las diferencias en la cuantía de la prestación derivadas del superior periodo de ocupación cotizada correspondientes al incremento de 60 días que se reconocen y al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL al anticipo de las mismas, sin perjuicio de su derecho a repetir contra la empresa "



SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º.- El actor Abilio , provisto de N.I.E. nº NUM000 , venía prestando servicios para la empresa demandada JORDI REFORMES I CONSTRUCCIONS, S.L.L, con la categoría profesional de Peón, antigüedad reconocida en nómina de 21-07-2008 y un salario bruto mensual de 1.553'75 euros, incluida la prorrata de pagas extras.

2º.- Que el demandante prestó servicios para la empresa demandada desde el mes de abril de 2006.

3º.- Por resolución de 05-06-08 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona (Oficina de extranjeros) se concedió autorización de residencia temporal y autorización de trabajo por cuenta ajena por un año de vigencia.

4º.- El demandante y la empresa JORDI REFORMES I CONSTRUCCIONS, S.L.L, suscribieron el 21 de julio de 2008 un contrato de trabajo, en modalidad fijo de obra.

5º.- Mediante carta de fecha 2 de noviembre de 2009 la empresa notificó al actor ese mismo día la rescisión de la relación laboral por fin de obra, con efectos de 17 de noviembre de 2009, fecha en que la empresa le dio de baja en Seguridad Social. La empresa demandada remitió carta mediante burofax el 17-12-2009 al actor en la que reconocía la improcedencia del despido, decisión que el trabajador impugnó en vía judicial, dando lugar a los autos de despido 1119/09 del JS núm. 1 de Sabadell en los que se dictó sentencia declarando improcedente dicho despido y probada la existencia de relación laboral desde la fecha expresada en el hecho probado segundo de esta resolución.

Por providencia de 22-06-2010 se tuvo por ejercitada la opción de la empresa en favor de la indemnización de formulada el 9-6-2010, declarándose la firmeza de la sentencia.

6º.- El trabajador se encontraba de alta en la empresa demandada durante el periodo 21-07-2008 al 07-06-2010.

7º.- El 29/06/2010 el trabajador presenta solicitud de prestación por desempleo ante el SPEE que le es reconocida con fecha de inicio 08/06/2010, base reguladora de 51,79 euros/día y 180 días de duración, atendiendo a un periodo de ocupación cotizada de 687 días.

8º.- En fecha 02-07-2010 el actor presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo contra la empresa JORDI REFORMES I CONSTRUCCIONS, S.L.L, en la que solicitaba que se levantase Acta de Infracción-Liquidación por falta de cotización desde abril de 2006 al 20-07-2008.

La Inspección Provincial de Trabajo levantó acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por falta de afiliación y alta por el periodo 5/6/2008 al 20/7/2008.

9º.- Consta agotada la vía administrativa previa. "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el trabajador demandante, contra la sentencia de instancia que estima en parte la demanda en reclamación de un mayor periodo de prestaciones de desempleo, superior al que le ha sido reconocido en vía administrativa por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Al amparo del párrafo c) del art. 191 de la LPL se formula el único motivo del recurso que denuncia infracción de los arts. 100.1 º, 104 , 203.1 º, 205 , 207 , 208 , 210 , 213 y 231 de la LGSS ; en relación con los arts. 14 , 30 bis y 36.3º de las Leyes Orgánicas 4 y 8 del año 2000 ; arts. 42.2º del RD 84/1996, de 26 de enero ; arts. 3 , 11 , 1101 y 1258 del Código Civil ; así como de la abundante doctrina jurisprudencial que se cita.

La cuestión litigiosa reside en determinar el alcance del derecho a las prestaciones de desempleo del trabajador extranjero, que ha residido y trabajado de forma irregular en España sin disponer del preceptivo permiso de trabajo, al menos, durante una parte de la duración de la relación laboral.

Ha tenido ya ocasión de pronunciarse reiteradamente el Tribunal Supremo sobre esta materia, como se recuerda en las sentencias de 18 de marzo y 12 de noviembre de 2008 , a las que acertadamente se refiere la resolución de instancia; y que han sido aplicadas de manera igualmente reiterada por esta sala de lo social en nuestras sentencias de 8 y 4 de marzo de 2010 ; 29 de mayo y 6 de abril de 2009 y 20 de octubre de 2008 , entre otras muchas.

Tal y como decimos en nuestra sentencia de 4 de marzo de 2010 , a la que se refiere insistentemente el recurrente, la STS de 12 de noviembre de 2008 reitera lo ya manifestado en la de 18 de mayo de ese mismo año, cuando concluye 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... se encuentra en España en situación irregular ...". Tras razonar la inaplicabilidad al caso tanto de los convenios números 14 y 97 de la Organización Internacional de Trabajo como de "la Recomendación 151, que por su propia naturaleza ninguna obligación impone al Estado español, en cuanto no la ha ratificado"; sostiene que "tampoco la solución contraria puede encontrar amparo en el art. 14 LO Ext ., en cuanto al establecer que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles distingue entre extranjeros residentes (acceso a los servicios y prestaciones generales y básicas en las mismas condiciones que los españoles) y extranjeros , cualquiera que sea su situación administrativa (derecho únicamente a los servicios y prestaciones básicas), pues este precepto que la doctrina de esta Sala ha aplicado a las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y que, inicialmente se recogió en el artículo 42.2 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996 , (el precepto considera incluido en el sistema español de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio 19 de la OIT, sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar "a los solos efectos de la protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no es aplicable al supuesto litigioso, que versa sobre el reconocimiento de la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes "

El art. 203.1 LGSS -recuerda el Alto Tribunal- 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 LO Ex 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. De otra parte el art. 207.c) LGSS (invocado de contrario) "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 . Y es claro que (la) 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, y concretamente, 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...".

Lo anteriormente expuesto y "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..." (sentencia cit.) impide considerar la legitimidad del crédito prestacional al tiempo de su solicitud (fj quinto) pues, reiteramos (como así lo viene a poner de manifiesto el ATS de 16 de abril de 2009 al rechazar -por falta de contenido casacional- el recurso de casación unificadora interpuesto) "el extranjero que se encuentra en España en situación irregular , sin autorización de residencia en España, que ha trabajado por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, carece de derecho a la prestación de desempleo ...".

SEGUNDO.- De lo razonado anteriormente se desprende, sin ninguna duda, que el extranjero que trabaja en situación irregular en España por carecer de permiso de trabajo no tendrá derecho a las prestaciones de desempleo.

Pero no es esto exactamente lo que sucede en el caso de autos, en el que concurre una circunstancia diferencial de especial relevancia que debe ser tenida en consideración, cual es el hecho de que el actor había regularizado su situación personal y laboral mucho antes de solicitar la prestación de desempleo y disponía de permiso de residencia y trabajo en España a la fecha del hecho causante.

Y esta esencial diferencia hace que no pueda aplicarse en este caso la precitada 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.

Según el incontrovertido relato de hechos probados, el trabajador ha prestado servicios como trabajador por cuenta ajena para la empresa codemandada desde el mes de abril de 2006, y por resolución de la Subdelegación del Gobierno de Barcelona de 5 de junio de 2008 se le concede autorización de residencial y autorización de trabajo por cuenta ajena.

En fecha 21 de julio de 2008 la empresa formalizó por escrito el contrato de trabajo y da de alta al trabajador en seguridad social hasta la extinción de la relación laboral el 17 de noviembre de 2009, que genera un procedimiento judicial por despido que es declarado improcedente dando lugar a que el alta en seguridad social se extienda por parte de la empresa hasta 7 de junio de 2010 tras optar por la no readmisión del trabajador.



En tales circunstancias solicitó las prestaciones de desempleo en fecha 29 de junio de 2010, que le son reconocidas por el SPEE por un periodo de 180 días de duración, con base a una ocupación cotizada de 687 días.

La sentencia de instancia amplía hasta 240 días el derecho a la prestación, tras reconocer al trabajador un total de 733 días cotizados, al considerar que la empresa debió de darle de alta en seguridad social con efectos de 5 de junio de 2008, que no el 21 de julio de ese año, al ser de aquella fecha la resolución administrativa que concede el permiso de trabajo y encontrarse ya prestando servicios por cuenta ajena con anterioridad para esa misma empresa, declarando la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones por estos 60 días adicionales que se le reconocen, con obligación de anticipo del SPEE.

De estas circunstancias se desprende que en el momento del hecho causante de la prestación de desempleo, es decir, a la fecha del despido, el trabajador se encontraba en situación regular en España, hasta el punto que no se le discute el derecho a percibir la prestación, sino tan solo el alcance y efectos de la misma.

Esta es la gran diferencia entre el supuesto de autos y los casos resueltos por el Tribunal Supremo y por esta misma sala en las sentencias a las que nos referimos en el anterior fundamento de derecho.

En todos aquellos otros casos se trataba de ciudadanos extranjeros que se encontraban en situación irregular en España en el momento de solicitar la prestación de desempleo, de tal forma que no estaban en condiciones de poder trabajar en nuestro país, y no reunían por lo tanto uno de los requisitos esenciales para el acceso a dicha prestación, que, en palabras del Tribunal Supremo, solo se otorga: " 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 LO Ex 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".

A lo que el propio Tribunal añade que, "De otra 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 . Y es claro que la 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, y concretamente, 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...".

Siendo este el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación de desempleo a los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, no puede por lo tanto aplicarse a quien ya ha regularizado esa situación y dispone de permiso de residencia y trabajo que le permite cumplir perfectamente con tales exigencias, por cuanto puede y quiere trabajar en España, teniendo disponibilidad para buscar empleo al estar en condiciones legales de ser nuevamente contratado como trabajador por cuenta ajena.

Es cierto que el actor no disponía del permiso de trabajo cuando comenzó a trabajar para la empresa codemandada en abril de 2006, así como que se mantuvo en situación irregular hasta junio de 2008; pero a partir de esa fecha ya dispone del preceptivo permiso de trabajo, es alta en seguridad social, se cotiza regularmente y se regulariza finalmente su situación desde ese momento como consecuencia de la sentencia recurrida, con lo que a la fecha del despido y al momento de solicitar la prestación de desempleo había pasado a regularizar su situación jurídica y se encontraba en condiciones legales para trabajar y buscar empleo en España.

Esto hace que deba 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 prestación resultante con anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal, en los mismos términos ya establecidos por la sentencia de instancia en relación con los 60 días adicionales de prestación que ha reconocido al actor.

Consecuentemente, a los 733 días de cotización fijados en la sentencia han de añadirse los días adicionales correspondientes al periodo comprendido entre el mes de abril de 2006 y 5 de junio de 2008, lo que da un resultado total superior a 1.440 días, y en aplicación de la escala del art. 210 de la LGSS procede el reconocimiento de 480 días de prestación de desempleo.

Se modifica en ese punto la sentencia de instancia, manteniendo el pronunciamiento condenatorio de la empresa en su responsabilidad por el periodo no cotizado y la obligación de anticipo del SPEE.



Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Abilio contra la Sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social 1 de los de Sabadell , en el procedimiento número 852/10, seguido en virtud de demanda formulada por el recurrente contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y JORDI REFORMES I CONSTRUCCIÓN, S.L., y en consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma y en su lugar, estimando la demanda, declaramos 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 euros, declarando 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 PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y de su derecho a repetir contra la empresa.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. FRANCISCO BOSCH SALAS:

PRIMERO.- La sentencia contra la que efectúo el presente voto particular reconoce el derecho a la prestación de desempleo computando como período de prestación de servicios a efectos de su duración tanto el período en que el trabajador extranjero prestó servicios ostentando el permiso de trabajo y residencia, como *el anterior en que trabajó en situación irregular* . De este modo computa como "período de ocupación cotizada" (art. 210 LGSS) el período en que inicialmente trabajó de forma ilegal sin ostentar permiso de trabajo y residencia. Y en consecuencia condena a la empresa al abono directo de la correspondiente prestación por los días adicionales reconocidos, así como el SPEE al anticipo de la prestación.

Discrepo de la referida sentencia en la medida en que realiza una aplicación solo *parcial* de la jurisprudencia sobre la inexistencia del derecho a la prestación de desempleo de los extranjeros en situación irregular y olvida la modificación introducida al art. 39.5 de la ley de Extranjería por la ley 2/2009. La sentencia aplica en definitiva el fundamento 9º -penúltimo- de la STS 18/3/2008 , recogido asimismo en la de 12/11 //2008, que se refiere a ella, sin atender a todo el conjunto de la fundamentación de las mismas, que razonan sobre la inexistencia del derecho a la prestación de desempleo en tales supuestos. Asimismo olvida la sentencia que desde la L.O 2/2009 de 11/12, el art. 39.5 dispone expresamente que "en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo", aplicable en el momento de la situación legal de desempleo de fecha 8/6/2010.



El argumento central de la sentencia de la que discrepo es el entender que la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo se funda en que si el trabajador extranjero no tiene permiso de residencia y trabajo, no puede buscar activamente empleo ni suscribir el compromiso de actividad, tal como exige la ley; pero que sí puede hacerlo cuando ha obtenido los permisos con posterioridad al inicio de la relación laboral, por lo que la razón de la norma y de la jurisprudencia ya no existen. Por ello entiende que en tales casos ha de reconocerse una prestación equivalente a todo el período trabajado, regular e irregularmente, con condena al Inem a anticipar la prestación en concepto de automaticidad, aunque la empresa haya desaparecido, en los términos legales.

Con ello la sentencia efectúa **una regularización o convalidación retroactiva** de todo el período trabajado de forma irregular, desde el inicio, cuando, normalmente, por el paso del tiempo trabajando en esta situación, por arraigo puede obtenerse el permiso. Viene a entender así que es legal todo el trabajo realizado desde siempre cuando en un determinado momento posterior, años después, se logra obtener los permisos. Exige de esto modo que en algún momento de la vida laboral se obtengan los permisos pertinentes, para entender que entonces, aunque con retraso, toda la vida laboral es legal y ha de computarse a efectos de la prestación de desempleo, y, es de suponer, a efectos de las demás prestaciones de la Seguridad en general, ya que la razón es la misma. Con ello la sentencia destruye todas las prevenciones legales sobre el trabajo irregular, e incentiva, con la máxima intensidad posible, su realización, en la medida en que advierte que solo con el tiempo la realización de un trabajo prohibido se transmutará en trabajo legal y con plenos efectos para la Seguridad Social. Sin perjuicio incluso de que no se puedan obtener jamás las cotizaciones pertinentes, sea por prescripción, o sea por desaparición de la empresa declarada responsable, en el período no prescrito, y sin perjuicio obviamente de la automaticidad de las prestaciones. A mi juicio el mero anuncio de las consecuencias de la interpretación realizada muestra la imposibilidad de la misma.

Efectivamente, la jurisprudencia citada interpreta la ley -anterior al 2009- de un modo mucho más completo que el recogido por la sentencia, y concluye sobre la inexistencia de la prestación discutida por causas mucho más profundas, que las recogidas en el último fundamento noveno referido. Argumenta la sentencia referida en el sentido de que:

a) cuando el extranjero no cuenta con los permisos legales, los derechos de Seguridad Social que le corresponden son los de asistencia sanitaria de urgencia y la asistencia social externa, -además de determinadas prestaciones en casos de contingencias profesionales-, ya que si "el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones que pudieran corresponderle". Pero tales prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros "residentes", sino los "*servicios y prestaciones sociales básicas*"; entendiéndose por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de *asistencia sanitaria de urgencia* que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004 (rec. 351/2003) calificó de "asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)".

b) La razón fundamental de esta interpretación es que "desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir, no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de S. Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el art. 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal". Ciertamente ningún precepto de la ley reconoce los mismos derechos que a los españoles y a los extranjeros en situación legal a quienes han violado todas las normas de entrada o permanencia en el país, pues el hacerlo implica quitar toda eficacia práctica a todo el sistema de normas sobre extranjería.

c) Para fundar más sólidamente su postura, la jurisprudencia recuerda la exposición de motivos de la ley, según la cual "baste recordar, a este respecto, que la LO 7/1985 de 1 de julio, sobre "Derechos y libertades de los extranjeros en España", ya lo señalaba en su exposición de motivos: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos



subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio".

d) Los daños y perjuicios que produzcan los empresarios que contraten a trabajadores extranjeros en situación irregular pueden ser responsables de las indemnizaciones correspondientes, siempre a su exclusivo cargo, y sin responsabilidad alguna por parte de las Entidades gestoras de la Seguridad Social. De modo que los razonamientos anteriores "deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, 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; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un 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 éste la obligación de asumir (art. 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 art. 48 de la Ley 62/2003".

e) Continúa la jurisprudencia razonando que ha reconocido además las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, por las razones de que "no obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el art. 36.3 LOEx aluda, genéricamente, a "las prestaciones que pudieran corresponderle", sin limitarlas a las que enumera el art. 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (art. 96.1 de la Constitución). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las *prestaciones de Seguridad Social derivadas **exclusivamente** de contingencias profesionales*, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia. Y lo ha hecho así por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder "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" (s. de 9-6-03 (rcud. 4271/02) antes citada).

f) Sigue argumentando la sentencia que no es posible extender este reconocimiento a las prestaciones derivadas de contingencias comunes, "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 mas, 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.*"

g) Ello conllevaría además a "la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular". Finalmente, concluye la sentencia del Tribunal Supremo su argumentación refiriéndose al único argumento que recoge la sentencia de la que discrepo, como si todos los anteriores no existieran. La sentencia de la que discrepo cita la parte del fundamento 9º de la sentencia reiterada, en la que el Tribunal Supremo indica al final de su argumentación que "de otra 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 de compromiso de actividad a que se refiere el art. 231 LGSS. Y es claro que la situación de irregularidad y mientras esta 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, y concretamente, 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".

La razón de decidir de la sentencia de que discrepo se muestra con toda claridad a continuación de la cita anterior, cuando indica que "**siendo éste el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación de desempleo a los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, no puede por lo tanto**



aplicarse a quien ya ha regularizado esta situación y dispone de permiso de residencia y trabajo que le permite cumplir perfectamente con tales exigencias, por cuanto quiere y puede trabajar en España, teniendo disponibilidad para buscar empleo al estar en condiciones legales de ser nuevamente contratado como trabajador por cuenta ajena".

Hemos de concluir, después de todo lo razonado que no es cierto que "éste (sea) el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación de desempleo a los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular", **pues como hemos mostrado los argumentos son mucho más profundos que los de la mera imposibilidad de cumplir determinados trámites administrativos**. Finalmente, hemos de recordar tras la redacción dada por la L.O 2/2009 de 11/12, el art. 39.5 de la ley de Extranjería dispone expresamente que "en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo". Al tratarse de una imposibilidad que se da "en todo caso", ha de darse también en el caso del presente recurso en que tras un período de trabajo irregular se obtuvieron los permisos correspondientes. Entonces, según la ley y la jurisprudencia que la interpreta, es imprescindible entender que el trabajador tiene derecho a la prestación de desempleo con una duración determinada por el tiempo del trabajo que realizó legalmente, sin añadirle el correspondiente el tiempo de trabajo en situación irregular, tal como sostiene la Entidad gestora y resolvió el Juzgado de Instancia.

*La sentencia de la que discrepo no ha tenido en cuenta, a mi juicio, las muy graves consecuencias distorsionadoras de todo el sistema de extranjería que produce la interpretación que realiza, sistema que deja sin efecto íntegramente al venir a realizar una regularización retroactiva íntegra de todo el tiempo trabajado en situación irregular, a cargo de la Seguridad Social por la vía de automaticidad de prestaciones, pueda ésta o no recuperar las cotizaciones o siquiera las prestaciones anticipadas. Para el trabajador irregular no hay en definitiva perjuicio, a no ser el simple retraso en la regularización que solo se producirá una vez consiga los permisos, **momento en que todo el trabajo irregular se transmutará en legal, y computará íntegramente a efectos de todas las prestaciones que correspondan**. Entonces se asegura a todos los **trabajadores** irregulares que pronto o tarde, adquirirán todos los derechos con carácter retroactivo desde el primer momento en que entraron ilegalmente en el país y empezaron a trabajar ilegalmente, a pesar de todas las prohibiciones y supuestas sanciones, que quedarán en papel mojado. También se asegurará a los **empresarios**, que a pesar de todas las prohibiciones y sanciones, el trabajo irregular del que se aprovecharon sin ser descubiertos ni cotizar computará para las correspondientes prestaciones, aunque sus empresas hayan desaparecido en el momento del hecho causante, y que sus trabajadores carecerán ya de todo interés en efectuar cualquier denuncia, ya que en definitiva cobrarán aunque sus empresarios no hayan cotizado nunca. Sin ninguna duda, a mi juicio, no es ésta la voluntad de la ley ni la interpretación de la jurisprudencia. Ello no implica que, como señala la jurisprudencia, el empresario infractor no pueda ser responsable por la vía de indemnización de daños y perjuicios de todas los daños que le puedan ser imputables, conforme a la legislación aplicable.*

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.