



Roj: **STSJ CAT 12958/2014 - ECLI:ES:Tsjcat:2014:12958**

Id Cendoj: **08019340012014108474**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2014**

Nº de Recurso: **4565/2014**

Nº de Resolución: **8496/2014**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL MAR GAN BUSTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 12958/2014,**
STS 656/2017

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2013 - 8028769

CR

Recurso de Suplicación: 4565/2014

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMA. SRA. M. MAR GAN BUSTO

ILMA. SRA. M. MACARENA MARTINEZ MIRANDA

En Barcelona a 22 de diciembre de 2014

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. 8496/2014

En el recurso de suplicación interpuesto por Roberto frente a la Sentencia del Juzgado Social 6 Barcelona de fecha 28 de marzo de 2014 dictada en el procedimiento Demandas nº 631/2013 y siendo recurrido/a Garbatour, S.L. y Servicio Publico de Empleo Estatal. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. M. MAR GAN BUSTO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de junio de 2013 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 28 de marzo de 2014 que contenía el siguiente Fallo:

" **DESESTIMO** LA DEMANDA interpuesta por a instancia de de Roberto contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) Y GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo."

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



"1.- Por resolución de 28/11/2011 del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) se reconoció a Roberto 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 Roberto 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 NUM002 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 NUM003 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.- 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.- Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda, se alza en suplicación la parte (el trabajador) articulando el recurso por la vía del apartado c del art 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social que no impugnan las partes demandadas.

Centrando los términos del recurso en la revocación de la sentencia de instancia y se condene a las demandadas al petitum de la demanda sin perjuicio del principio de automaticidad por el que la Entidad Gestora anticipara el pago de la prestación.

Como motivo de censura jurídica alega la infracción del art 100.1 , art 104 , art 203,1 , art 205 , art 207 a 210 , art 213 , art 231 , art 126.2 . art 220 de la Ley General de la Seguridad Social , RD 1/1994 de 20 de junio, art 14 , art 30 bis , art 36.3 de las Leyes Orgánicas 4 y 8 del 2000, relativo a la regulación de extranjería y el art 42.1 del RD 84/96 de 26 de enero , art 3.1 , art 1101 , art 1258 del Código Civil , art 19 de la OIT, y el art 33.2 de la Ley Orgánica 4 /2000, y la sentencia de esta Sala dictada en el recurso de suplicación nº 5280/2011 .

La justificación del mismo lo basa en que el actor en el momento de la solicitud de prestación por desempleo tiene permiso de trabajo y permiso de residencia, y que el actor ha realizado prestación laboral desde el 6.10.2007 hasta el 25 de septiembre de 2012, es decir 1817 días y por ello tiene derecho a la prestación por desempleo de 600 días.

Es necesario precisar que la mención de sentencias de Tribunal Superiores de Justicia de diferentes Comunidades Autónomas, no constituyen jurisprudencia de conformidad con el art 1.6 del Código Civil ,que establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca en Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Partiendo del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que se da por reproducido a todos los efectos en este fundamento.

SEGUNDO.- Hay que precisar en primer lugar que la cuestión que plantea la parte recurrente ha sido ya resuelta por la jurisprudencia que se menciona en lo que es de aplicación en relación a los trabajadores extranjeros sin permiso de residencia ni permiso de trabajo en la sentencia, Roj: STS 6602/2008. Sala de lo Social. Nº de Recurso: 3177/2007. Fecha de Resolución: 12/11/2008.....La cuestión debatida se concreta en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo, y percibir las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social, correspondientes al período trabajado para una empresa española, que le despidió improcedentemente, un extranjero, cuando dicho trabajador carecía de la autorización para residir, prevista en el artículo 30 bis de la L.O. 4/2000 , de 11 de enero, y de la autorización previa para trabajar, y no había sido dado de alta en la Seguridad Social por la empresa para la que trabajaba.....El problema debatido ha sido ya unificado por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia 18 mayo de 2008, (Rec. 800/2007), cuyo pronunciamiento coincide con el de la sentencia recurrida. Esta resolución judicial alcanza la conclusión (Fundamento de derecho décimo) siguiente: "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 (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94, rcud. 1466/94 ; 21-9-95, rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina."

Es atinente, pues, remitirse, a efectos de evitar repeticiones inútiles, a los argumentos "in extenso" que se han manifestado en la mencionada sentencia unificadora, que, en síntesis son los siguientes:



1) Los convenios números 14 y 97 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), no son aplicables al caso presente litigioso. El primero versa "sobre la igualdad de trato en materia de indemnización por accidente de trabajo", sin previsión alguna sobre desempleo . el segundo "relativo a los trabajadores migrantes" resuelve el principio de trato en materia de seguridad social a los emigrantes que se encuentran legalmente" y no comprende, por tanto, a los extranjeros sin la autorización para residir exigida por el artículo 30.bis 1 LO 4/2000 de 11 de Enero , sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social (en adelante LO Ext.). Tampoco lo es la Recomendación 151, que por su propia naturaleza ninguna obligación impone al Estado español, en cuanto no la ha ratificado.

2) 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 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 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 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, 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, 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 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.



TERCERO.- No se produce la infracción de los arts citados y la jurisprudencia en los términos que lo formula la parte recurrente, ya que en este caso que estamos analizando, como se deduce de los hechos probados de la sentencia es decir del hecho probado segundo cuando se le contrata al trabajador el 6.10.2007 no tiene permiso de trabajo ni permiso de residencia, cuando tiene permiso de trabajo y permiso de residencia el 31.03.2010, es cuando se le realiza un contrato de trabajo de duración determinada,

Teniendo en cuenta que con la redacción que se le da por la L.O 2/2009 de 11/12, al art. 39.5 de la ley de Extranjería que establece lo siguiente; que "en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo.

CUARTO.- Pero hay que precisar que la parte actora de conformidad con la jurisprudencia anteriormente citada, que es un trabajador extranjero sin papeles en el período anteriormente citado y no tiene derecho a la protección de desempleo por los días que reclama en el recurso de suplicación, pero que no excluye una hipotética responsabilidad de la empresa 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 .

Por lo que cabe concluir que si puede 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 el cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo que ocasione al trabajador.

Siendo por ello ajustado a derecho la resolución del Spee de 28 de noviembre de 2011, en la que reconoce 108 días (días cotizados 605) con el periodo de 26.11.2011 a 25.05.2012 y base reguladora que se incluye en el mismo, es decir teniendo en cuenta el período de trabajo en el que tenía permiso de residencia y permiso de trabajo y es contratado a tiempo completo como se deduce del hecho probado segundo.

En consecuencia de conformidad con las precedentes consideraciones procede la desestimación del recurso de suplicación y la confirmación de la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación que formula Roberto , 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 PÚBLICO ESTATAL DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), y la empresa GARBATOUR, S.L, en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos.

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 BANCO SANTANDER , Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 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 BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 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.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ