



Roj: **STSJ CAT 6046/2015 - ECLI:ES:Tsjcat:2015:6046**

Id Cendoj: **08019340012015103855**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2015**

Nº de Recurso: **2514/2015**

Nº de Resolución: **3862/2015**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ASCENSION SOLE PUIG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6046/2015,**  
**STS 650/2017**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

F.S.

**Recurs de Suplicació: 2514/2015**

IL·LM. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO

IL·LMA. SRA. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG

IL·LM. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

Barcelona, 12 de juny de 2015

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

**EN NOM DEL REI**

ha dictat la següent

**SENTÈNCIA NÚM. 3862/2015**

En el recurs de suplicació interposat per Servicio Público de Empleo Estatal a la sentència del Jutjat Social 14 Barcelona de data 17 d'octubre de 2014 dictada en el procediment núm. 209/2013, en el qual s'ha recorregut contra la part Plasterland de Rosanes, S.L. i Sixto , ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. ASCENSIÓ SOLÉ PUIG.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**Primer.** En data 28-2-13 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre atur, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 17 d'octubre de 2014 , que contenia la decisió següent:

Que estimando en la forma expuesta la demanda formulada por Don Sixto contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L.", debo declarar el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo que tenía reconocida ampliándola hasta un periodo de 720 días, a tenor de una base reguladora diaria de 45,87 €, con efectos iniciales desde el día 2-diciembre-2008, de cuyo pago es responsable la empresa demandada "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L.", con obligación de anticipo del SPEE sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa codemandada infractora y de la responsabilidad que



corresponda a éstas por las prestaciones abonadas, condenándoles a estar y pasar por la referida declaración y condena.

En data 7 de novembre de 2014 es va dictar interlocutòria que a la part dispositiva diu: " Procede aclarar y aclaro la sentencia dictada en los presentes autos el día 17 de octubre de 2014, en concreto en el Fallo de la misma en el sentido de que donde dice. " ... debo declarar el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo que tenía reconocida ampliándola hasta un periodo de 720 días, a tenor de una base reguladora diaria de 45,87 €, con efectos iniciales desde el día 2 -diciembre- 2008,...", debe decir: " ... debo declarar el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo que tenía reconocida ampliándola hasta un periodo de 240 días, a tenor de una base reguladora diaria de 38,36 €, con efectos iniciales desde el día 16-noviembre-2012,..."

**Segon.** En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

PRIMERO.- El actor Don Sixto prestó servicios para la sociedad demandada "PLASTERLAND DE ROSANES, S.L.", dedicada a transformación de materias plásticas, desde el día 22-02-2010 al 25-10-2011, si bien durante dicho período no tenía autorización administrativa para trabajar por cuenta ajena y sin ser dado de alta en la seguridad social. Durante este período el salario del actor fue de 1.285,55 € (informe Inspección de **Trabajo** folios 78 y 79; sentencia de despido de fecha 13-07-2011 obrante a folios 81 a 84 que se dan por reproducidos; auto de extinción de la relación laboral de fecha 25-10-2011 obrante a folios 85 a 88 que se dan por reproducidos).

"PLASTERLAND DE ROSANES, S.L." figura de baja en el Régimen de la Seguridad Social desde fecha 30-11-2012 (documental folio 19 que se da por reproducido).

SEGUNDO.- Con posterioridad, el actor prestó servicios a tiempo parcial (70%) para la empresa "Pastificio Restaurantes, S.L.U." en el período 16-07-2012 a 15- 11-2012 y con vacaciones retribuidas no disfrutadas del 16-11-2012 al 21-11-2012 (123 días + 6 días vacaciones = 129 días), figurando dado de alta en la seguridad social y cotizando por desempleo a razón de 1.023,63 € mensuales (documento informe de vida laboral obrante a folio 93 y folio 135 que se dan por reproducidos; resolución baja RGSS folio 110; documentos de cotización obrantes a folios 111 a 120 que se dan por reproducidos; hojas de salario obrantes a folios 121 a 125 que se dan por reproducidos).

TERCERO.- Solicitadas por el actor las prestaciones por desempleo en fecha 27 de noviembre de 2.012 (folios 133 y 124), le fueron denegadas por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL por resolución de fecha 27 de noviembre de 2.012, indicando que la denegación era porque en el momento de la situación legal de desempleo no tenía cotizados a un régimen que proteja las contingencias por desempleo al menos 360 días en los últimos 6 años (folio 136 que se da por reproducido).

CUARTO.- Interpuesta reclamación previa en fecha 30 de enero de 2.013 (folios 137 y 138), fue desestimada en resolución de fecha 12 de marzo de 2.013 (folio 150 que se da por reproducido).

QUINTO.- De estimarse la demanda y computarse el tiempo trabajado desde 22-02-2010 al 25-10-2011, el actor tendría derecho a una prestación por desempleo durante un período de 240 días con una base reguladora de 38,36 € y un porcentaje del 70 por 100, desde el día 16-11-2012 en adelante (alegaciones parte actora y del SPEE para el supuesto de estimación demanda).

**Tercer.** Contra aquesta sentència la part codemandada (SPEE) va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer** .- L'objecte del recurs del Servei Públic d'Ocupació Estatal (SPOE) contra la sentència i aute d'aclariment que revoca la seva Resolució de 30 de gener de 2013 que confirma la inicial de 27 de novembre de 2012, és per examinar les infraccions de normes substantives o de la jurisprudència en empara en l'article núm. 193 c) de la Llei 36/2011 Reguladora de la Jurisdicció Social de 10 d'octubre ( BOE 11 d'octubre).

El demandant presenta escrit d'impugnació al recurs oposant-s'hi amb els arguments que hi consten.

**Segon** .- El Servei Públic denuncia la infracció de l'article núm. 210 de la LGSS. en relació amb els articles núm. 203, 1 i 207, b) de la mateixa norma i l' article 36.5 de la Llei 4/2000 de Drets i Llibertats dels Estrangers a Espanya. Resumidament argumenta que la controvèrsia consisteix en determinar la prestació contributiva d'atur que correspon a l'estranger que durant un temps ha prestat serveis per compte d'altra residint i treballant de forma irregular per no acreditar permís de residència i treball. El recurrent manté que únicament es poden comptabilitzar els dies realment cotitzats pel treball efectuat amb autorització administrativa. Cita



sentència del TS. IV sobre el requisit necessari d'autorització administrativa i de treball per meritar la prestació contributiva d'atur i el de disposar de la preceptiva autorització de residència i treball per compte d'altre.

La controvèrsia es redueix a qüestió de dret, tota vegada que els fets provats no han set atacats. Consisteix en si, estant regularitzada la seva contractació laboral amb el corresponent permís de residència i contracte de treball en el moment del fet causant, en aquest cas el 27 de novembre de 2012 en que va interessar la prestació contributiva d'atur, te dret a la prestació contributiva d'atur pel total del treball per compte d'altre dut a cap amb anterioritat, part del qual no estava regularitzat.

És fet conforme que en el moment del fet causant el demandant reunia els requisits d'alta en el Règim General de la Seguretat Social que estableix l'article núm. 207 de la Llei General de la Seguretat Social, en relació a l'article núm. 208, 1,1 de la mateixa norma. És fet provat que en la darrera empresa que l'ha col·locat en situació legal de desocupació havent cotitzat per un total de 129 dies, també acredita que va prestar serveis sense ser donat d'alta en el Règim General de la Seguretat Social pel període treballat des del 22 de febrer de 2010 al 25 de novembre de 2011, sent acomiadat de forma improcedent, amb Aute d'extinció de la relació laboral de 25 d'octubre de 2011 pel Jutjat Social núm. 8 de Barcelona en el procediment núm.280 de 2011.

La Resolució del SPOE. denega la prestació perquè no te en compte el temps treballat per l'empresa Plasterland de Rosanes SL,, en un moment que no tenia autorització administrativa ni permís per treballar per compte d'altra i no estava donat d'alta en la Seguretat Social, de forma que no computa aquell període a efectes d'allò que disposa l'article núm. 210. 1 en relació a l'article núm. 207, b) de la LGSS..

Correspon confirmar la sentència de la instància que es remet al nostre criteri jurisprudencial en cas anàleg al present, contemplat en la Sentència d'aquest TSJ. de Catalunya de 17 d'octubre de 2012 ( rec. 5280/2011 ), en la qual no ignorem la doctrina del Tribunal Suprem de 12 de novembre de 2008 o la de 18 de març de 2008 (recud.800/2007 ) que cita el recurs. Dèiem en aquella nostra sentència que : " 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 ...".

Queda clar de la doctrina jurisprudencial a que remet el recurs i aquest Tribunal ha aplicat, que l'estranger que treballa de forma irregular a Espanya sense permís de treball, no té dret a la prestació d'atur.

Aquest però, no és el supòsit present, en el qual la qüestió litijosa, com igualment en la nostra Sentència referida, igualment "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."

En aquest cas el demandant havia regularitzat la seva situació personal i laboral abans de trobar-se en una de les causes de situació legal de desocupació, com és l'acomiadament verbal, i de interessar la corresponent prestació contributiva d'atur. Entenem que aquest fet és essencial per considerar que no és d'aplicació la doctrina jurisprudencial a que es refereix el recurs, doncs aquella doctrina es refereix a situacions legals d'irregularitat de prestació de treball del estranger, que es segueix mantenint en el moment del fet causant de la prestació contributiva d'atur.

Ens remetem a la relació fàctica no atacada, i al Segon Fonament de dret de la Sentència, en què arriba a la conclusió del dret del demandant a percebre la prestació per un període de 240 dies en aplicació de l'article núm. 210 de la LGSS., perquè en la data de l'acomiadament i durant la prestació de serveis en l'empresa Plastificio Restaurantes SLU. es trobava en situació regular a Espanya, de forma que no es discuteix el seu dret a percebre la prestació, sinó l'abast i efectes de la prestació, que els SPOE considera no arriba al primer tram de l'escala de l'article núm. 210 de la LGSS, perquè únicament computa els 129 dies treballats en aquesta darrera empresa. És aquí on radica la diferència entre el cas present i els supòsits resolts pel Tribunal Suprem referits a ciutadans estrangers en situació irregular en el moment d'interessar la prestació d'atur i no reuneixen les condicions per poder treballar o estar en demanda de treball d'acord amb l'article núm. 207, c) en relació a l'article núm. 231, 1 h) i 2 de la LGSS.

La doctrina jurisprudencial referida i invocada pel SPOE. no es pot aplicar a l'estranger que ja ha regularitzat la situació i disposa de permís de treball i de residència "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."

Si bé és cert que en el període anterior treballat i provat per sentència ferma no disposava de permís de treball, posteriorment va obtenir l'autorització de residència i permís de treball, va poder treballar i va ser alta en el Règim General de la Seguretat Social, cotitzant degudament i regularment, de forma que queda normalitzada i regularitzada la situació anterior a conseqüència de la prestació de serveis en empresa posterior en la qual va cessar per finalització de contracte amb efectes de 15 de novembre de 2011, segons fet conforme, de manera que en el moment de l'extinció de la relació laboral i en el moment de demandar la prestació contributiva d'atur corresponent ja havia regularitzat la seva situació personal i jurídica i el demandant es trobava en condicions legals per treballar i per buscar ocupació al país.

La conclusió a que arribem ha de ser la mateixa que la decidia en cas idèntic en la nostra STSJ de Catalunya de 17 d'octubre de 2012 que comentem, de què aquest concret fet de treballadors estranger regularitzat en el moment del fet causant, fa que s'ha de tenir en compte la totalitat del període treballat anteriorment per a l'empresa demandada, la qual ha d'assumir al seu càrrec la responsabilitat que concreta en aquest cas la sentència de la instància per al reconeixement de la prestació contributiva d'atur de l'article núm. 207 de la LGSS., perquè el demandant ja havia regularitzat la seva situació a la data del fet causant, de forma que es troba en condicions de treballar i buscar treball a Espanya, sense perjudici de la responsabilitat d'aquella primera empresa pel període de la diferència del total dret a la prestació, anticipant-la el SPOE., i sense perjudici de les accions que aquest adopti contra l'empresa Plasterland de Rosanes, SL., amb confirmació de la sentència de la instància.

Atesos els fonaments jurídics precedents,

**DECIDIM**

Desestimar el recurs interposat pel Servei Públic d'Ocupació Estatal contra la Sentència de 17 d'octubre de 2014 dictada pel Jutjat Social núm. 14 de Barcelona , en el procediment núm. 209/2014, que confirmem.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER , a l'Oficina núm 6763 situada a la Ronda de Sant Pere, núm. 47 de Barcelona, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar- la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte que la Sala té obert en l'oficina bancària esmentada al paràgraf anterior, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

**PUBLICACIÓ.** Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.