

Roj: **STS 650/2017 - ECLI:ES:TS:2017:650**Id Cendoj: **28079149912017100003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **31/01/2017**Nº de Recurso: **3345/2015**Nº de Resolución: **78/2017**Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ CAT 6046/2015,**  
**STS 650/2017**

## **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 SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, representado y asistido por Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2015 dictada por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 2514/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 17 de octubre de 2014, dictada en autos 209/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, seguidos a instancia de DON Gonzalo, contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y PLASTERLAND DE ROSANES, S.L., sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida D. Gonzalo, representado y asistido por el letrado D. Julio Alberto García Gutiérrez.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de octubre de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando en la forma expuesta la demanda formulada por Don Gonzalo 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».

Por el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona se dictó Auto en fecha 7 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "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,...".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- El actor Don Gonzalo 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).».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 12 de junio de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Desestimar el recurso de suplicación planteado por el SPEE contra la Sentencia de fecha 17 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Barcelona en el procedimiento nº 209/2014, que confirmamos».

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del SPEE, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2008, así como la infracción de lo dispuesto en los arts. 207.c), 209.1 y 231.h) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art 36.5 de la LOE y correlativos del RE, y con la jurisprudencia.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 15 de marzo de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de que el recurso formalizado debe ser estimado.

**SEXTO.-** Con fecha 12 de diciembre de 2016, se dictó Providencia en la que se hacía constar lo siguiente: "Estima la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto, para su celebración, se señala el día **dieciocho de enero de dos mil diecisiete**, convocándose a todos los Magistrados de la Sala".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de casación unificadora formulado por el SPEE tiene su origen en la denegación administrativa de la prestación contributiva de desempleo solicitada en su momento por el trabajador, por no computarse a tal efecto su anterior actividad laboral, al carecer entonces éste, y durante la misma, en el período 22/02/2010 a 25/10/2011, de autorización para trabajar y no hallarse en alta en la SS, habiendo transcurrido en la actividad posterior en otra empresa que da origen, a su extinción, a su situación de desempleo, un total de 129 días cotizados por el período 16/07/2012 al 21/11/2012. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda, reconociendo al actor la prestación por 240 días y la Sala de suplicación la confirma. Recurre en



casación unificadora el SPEE por medio de un motivo señalando de contradicción la STS de 18 de marzo de 2008. El Mº Fiscal propone la estimación del recurso.

**SEGUNDO.-** La comparación entre ambas resoluciones permite entender que existe contradicción, pues teniendo en cuenta los datos antedichos de la recurrida, los de la referencial son los de un trabajador carente del correspondiente permiso de trabajo que, tras haber realizado una actividad laboral por cuenta ajena desde el 04/01/2003 hasta el 07/09/2004 en que fue despedido, obtuvo sentencia declarativa de la improcedencia de dicha medida, con la subsiguiente condena empresarial, que fue confirmada en suplicación, desestimándose finalmente el recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa demandada por medio de esa sentencia alegada de contraste. En ella se argumenta que no es posible el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los inmigrantes irregulares conforme se desprende del art 42.2 (2º párrafo) del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y de los arts 203.1, 209.1 y 207 c) de la LGSS, concluyendo con que "la prestación por desempleo sólo 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".

A primera vista, podría entenderse que no son iguales las situaciones descritas en ambas resoluciones y que, en consecuencia, no se da la contradicción requerida por el art 219.1 de la LRJS, que es, en definitiva, la solución que en esta fase casacional se desprende de la sentencia recurrida, al sostener, para apartarse de la jurisprudencia que comenta y entre cuyas sentencias se cuenta la propia de contradicción, que los casos son diferentes. Pero si se examina más detenidamente la cuestión, se ha de concluir declarando que se da tal exigencia normativa, al ser los casos sustancialmente coincidentes y los respectivos fallos, opuestos.

En efecto: aun cuando en la sentencia recurrida el trabajador estuvo en situación irregular durante su primera actividad laboral en España pero no cuando desempeñó la segunda, tras cuyo cese solicitó la prestación en litigio, lo que no sucede en el caso de la referencial en que sólo se alude a un período de trabajo, lo cierto es que en aquél la cuestión se reduce a decidir si es posible, o no, computar dicho primer trabajo a los efectos en discusión, resultando ello decisivo en tal sentido, de manera que, sin tenerlo en cuenta, no cabe ya más debate, es decir, que es el período irregular el que predetermina el resultado de la contienda judicial, siendo el segundo un mero complemento del caso, que si bien ha permitido el examen de la cuestión, está condicionado al reconocimiento del primero, sin el cual no se alcanzaría el mínimo temporal de ocupación para el devengo de la prestación conforme al art 210.1 de la LGSS (actual 269.1 del TRLGSS) y, por lo tanto, aquél sólo supone un elemento del que se puede prescindir en la comparación.

**TERCERO.-** Entrando, pues, a examinar el único motivo del recurso, se dice en él infringidos los arts 207.c), 209.1 y 231.h) de la LGSS en relación con el art 36.5 de la LOE y correlativos, así como la jurisprudencia aplicable, debiendo convenirse en que así sucede por cuanto que no cabe considerar sanado de irregularidad y computable el primer período trabajado por seguirle (casi nueve meses después) un segundo período legalmente regular de actividad laboral haciendo posible con ello, y mediante la suma de ambos, el devengo prestacional tras la extinción de este último, porque se trata de magnitudes cualitativamente diferentes en su naturaleza que no pueden conformar un todo armónico del cual partir para el reconocimiento del derecho reclamado.

Así acontece realmente, dado que se trata, en definitiva, de una primera etapa profesional en España que, en función de sus condiciones y circunstancias, constituye un compartimento estanco que no puede tenerse en cuenta en este ámbito y materia y que podría traer, en su caso, como única consecuencia, la responsabilidad civil -o incluso penal- de la empresa empleadora, pero que no muda por ello su primitivo carácter irregular, aun en el supuesto y hecho de que le suceda (ni siquiera inmediatamente) otro período diferente en que se hayan subsanado los defectos referidos, porque sigue tratándose de dos períodos distintos y heterónomos, admitiéndose únicamente la suma en cuanto constituyan etapas laborales regulares ambas, lo que no acontece, pues la falta de autorización para trabajar en el primero supone que no sólo no se puede *de iure* trabajar, sino tampoco, como consecuencia, cotizar por ese trabajo, lo que no se subsana declarando, como hace la sentencia recurrida, la responsabilidad empresarial en tal sentido sin perjuicio de que la entidad se haga cargo de la prestación por el principio de automaticidad de las prestaciones, porque se trata, en el primer período, de una prohibición legal, como es la de que un trabajador extranjero trabaje en España sin la correspondiente autorización.

Si al término de su anterior actividad profesional (independientemente de que pudiese ser suficiente el plazo de duración de la misma) el actor no se hallaba en condiciones de causar la prestación por desempleo, tal situación negativa, como se ha dicho, no se sana con el nuevo período de trabajo, y, por tanto, no se pueden sumar ambos, de modo que sólo con la nueva actividad, y a su término, nace un espacio prestacional *ex novo* que puede dar origen al derecho si se han cumplido los requisitos legalmente exigibles, uno de los cuales,



además de la cotización pertinente, es el de la ocupación cotizada en los seis años anteriores, conforme al mencionado art 210.1 de la LGSS (269.1 actual), lo que el actor no reúne, al ser únicamente, según se ha dicho, 129 días los computables al efecto cuando el mínimo requerido es considerablemente superior (360).

Y ello no se puede corregir con el recurso al referido primer período, porque en relación con éste sigue rigiendo lo que nuestra jurisprudencia señala al respecto ( STS citada de contraste, de 18 de marzo de 2008, rcud 800/2007, citada en su apoyo por la posterior de 12 de noviembre de 2008, rcud 3177/2007, a cuyos completos fundamentos se hace remisión dándolos por reproducidos) y según la cual, "**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 1 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- 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, si, 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".*

La citada jurisprudencia se reitera y 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 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 no es computable y tampoco, en consecuencia, podrá adicionarse a otro distinto.

Se hace referencia, pues, en este último precepto y apartado, a la exigencia conjunta de ambas autorizaciones pero incluso reduciendo la necesidad a la primera (residencia legal) y aun cuando al respecto no se haga una mención específica a ella en el relato fáctico de la sentencia recurrida, lo cierto es que en el hecho octavo de demanda el actor ya manifiesta que "el Servicio Público de Empleo está considerando como no trabajados a efectos del pago de prestación de desempleo **los períodos en que el trabajador no tenía permiso de trabajo ni de residencia**, en una clara y explícita confirmación de que carecía de ambos, sin que, por otra parte -y lógicamente- diga otra cosa en su escrito de impugnación del recurso de casación unificadora, donde tan solo menciona que ya poseía las dos autorizaciones en el momento del desempleo y de la solicitud prestacional, lo que es cuestión distinta, porque con ello no se sana, según se ha apuntado, la irregularidad del primer período de trabajo, sin que, en fin, y por otra parte, conste tampoco acreditada tal circunstancia, lo que le incumbe demostrar exclusivamente a él, deduciéndose, de otro lado y por el contrario del segundo fundamento de derecho de la propia sentencia recurrida que no poseía ninguna autorización cuando desarrolló ese primer trabajo porque dicha resolución señala que "**ha residido y trabajado de forma irregular en España.....**" y que "**había regularizado su situación personal y laboral antes de encontrarse en una de las causas de situación legal de desempleo.....**", añadiendo más adelante "**extranjero que ya ha regularizado la situación.....**", de todo lo cual se infiere lo antedicho.

Corolario de cuanto antecede es que, como se viene sosteniendo, sólo existe un período a tener en cuenta, que es el de la segunda actividad por cuenta ajena, y, por tanto, y en función de lo expresado respecto de la misma, ha de estimarse el recurso, como postula el Mº Fiscal, al resultar insuficiente el período de ocupación cotizada para causar derecho a la prestación.

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 Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 2514/2015, formulado frente a la sentencia de fecha 17 de octubre de 2014, dictada en autos 209/2013 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Barcelona, seguidos a instancia de DON Gonzalo , contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y PLASTERLAND DE ROSANES, S.L., sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y absolvemos de toda responsabilidad al organismo recurrente (SPEE) en relación con el objeto de demanda. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez Dª Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa



Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Jordi Agusti Julia D. Jesus Souto Prieto

## VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL Art. 260.2 DE LA LEY ORGÁNICA, FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA N<sup>o</sup> **3345/2015**, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS MAGISTRADOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. DOÑA Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, DOÑA Rosa Maria Viroles Piñol, DON Angel Blasco Pellicer Y DON Jordi Agusti Julia

De conformidad con lo establecido en el artículo 260. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación unificadora número **3345/2015** para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto discrepo de los razonamientos y el fallo de la mayoría de la Sala a dicha solución y entiendo que, en todo caso, el recurso debió ser desestimado.

La postura que sostengo se fundamenta en la inexistencia de la necesaria contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste.

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.-** 1. Frente a una sentencia, como la recurrida, que resuelve sobre la prestación de desempleo de quien, siendo trabajador extranjero necesitado de autorización administrativa para trabajar en España y estando en posesión de la misma, ve cuestionada la inclusión del periodo de prestación de servicios que, con anterioridad a la obtención del permiso, efectuó de modo efectivo e ininterrumpido; la Entidad Gestora recurrente aporta, como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo el 18 de marzo de 2008 (rcud. 800/2007).

2. Entiende la mayoría de la Sala que la comparación entre ambas resoluciones permite entender que existe la contradicción exigida por el art. 219.1 LRJS. Mas la mera lectura del sustrato fáctico lleva a la clara conclusión opuesta, como mantuve en la deliberación en el Pleno: la sentencia de contraste analizaba el caso de un trabajador extranjero que, precisado legalmente de permiso para poder trabajar en España, prestó servicios por cuenta ajena en nuestro país sin poseer en ningún momento dicha autorización.

Tal elemental matiz resultaba de enorme transcendencia en este caso, pues lo que se debate aquí no es - como sí se planteaba en la sentencia de contraste- si un trabajador extranjero sin permiso puede acceder a las prestaciones de desempleo, sino si, habiendo accedido a ellas- como ocurre en nuestro caso- por la pérdida de un empleo para el que sí poseía permiso de trabajo, el cómputo de la prestación habría de incluir también el periodo en que dicho trabajador prestó servicios para la misma empresa sin haber obtenido aún el permiso.

Los hechos de las dos sentencias comparadas eran distintos y también lo eran las pretensiones. Así, mientras que en la sentencia de contraste estaba en juego el reconocimiento o la denegación de la prestación por faltar el requisito esencial de la situación de desempleo -de quien queriendo y pudiendo trabajar pierde el empleo-, en la sentencia recurrida no se cuestiona el derecho a la prestación, sino el periodo de duración de la misma. En el caso que nos ocupa, el trabajador se halla en situación legal de desempleo porque puede trabajar, cosa que no sucede en la de contraste en donde la falta de autorización impide que pueda ser considerado en tal situación.

3. La Sala debió inadmitir el recurso del Servicio Público de Empleo por la falta de la necesaria contradicción.

**SEGUNDO.-** 1. La admisión del recurso, por apreciar la identidad que a mi juicio es inexistente, lleva a la Sala a abordar el fondo del asunto de manera análoga a lo que se hacía en la sentencia de contraste.

2. Entiendo que el enfoque que se da a la cuestión de la contradicción en la sentencia de la mayoría perturba el análisis del fondo al acabar por entender que estamos exactamente ante la misma situación que la que fue objeto de resolución en la sentencia aportada como referencial.

No comparto esa solución porque, como ya he apuntado, si bien el trabajador que ha prestado servicios de forma ilegal en España se verá privado del acceso a la prestación de desempleo porque no cumple con el requisito esencial de hallarse en situación de desempleo involuntario, el debate puede ser completamente distinto si, como en este caso, nos hallamos ante un trabajador que sí posee permiso de trabajo y que, por tanto, ve como la propia Entidad Gestora le reconoce las oportunas prestaciones en el momento de la pérdida del empleo. Lo que nos debemos plantearnos ahora es si, estando el trabajador, como sin duda está, en tal situación legal de desempleo, con derecho a prestación, el importe o cuantía de la misma- en este



caso en términos de duración- debe tomar en consideración o no todo el periodo de prestación de servicios efectivamente realizados y si, a tal efecto, el art. 36 LOEXIS debe favorecer un trato equivalente a todos esos periodos de servicios.

Con independencia de cuál fuera a ser la opinión final de la Sala al respecto -plasmada, en todo caso, en la sentencia deliberada en el mismo Pleno en el rcud. 1153/2015, con la que asimismo mostré mi discrepancia, tal y como se plasma en el Voto Particular que allí se formula-, en este caso concreto no debió simplificarse el debate hasta el extremo de admitir la contradicción, pues a la Sala se la confrontaba con la necesidad de pronunciarse de modo explícito sobre una matización relevante, pues la solución de la sentencia de contraste puede ser admisible para el supuesto allí examinado y de dudosa aplicación al caso aquí resuelto.

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 Lourdes Arastey Sahun, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, Doña Rosa Maria Viroles Piñol, Don Angel Blasco Pellicer 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.