



Roj: **STS 1864/2008 - ECLI:ES:TS:2008:1864**

Id Cendoj: **28079140012008100172**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2008**

Nº de Recurso: **800/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 1864/2008,**  
**STSJ M 1021/2007**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 en autos seguidos por D. Inocencio frente a Servicio Regional de Empleo Estatal de la CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía Salarial sobre **desempleo**.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2006 el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de reclamación previa opuestas por la parte demandada y desestimando la demanda interpuesta por D. Inocencio contra el Servicio Regional de Empleo Estatal de la CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía Salarial, debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas en la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " PRIMERO.- El actor D. Inocencio , con el número de pasaporte NUM000 , vino prestando servicios para la empresa codemandada Lápiz y Papel Servicios del Espectáculo, SL, desde el 4 de enero de 2003, con la categoría profesional de oficial, percibiendo un salario mensual de 737,10 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Con fecha 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en autos 964/2004 se dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando improcedente el despido del actor efectuado el 7 de septiembre del 2004 y condenando a la empresa hoy codemandada a abonar al actor la cantidad de 1.842,75 euros de indemnización y salarios de tramitación, quedando extinguida la relación laboral con efectos de la Sentencia. Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 28 de diciembre del 2004 , y por otro auto de 4 de enero de 2005. TERCERO.- El actor con fecha 17 de mayo de 2005 presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal, escrito solicitando resolución expresa sobre el derecho de prestaciones por **desempleo**, alegando tener dicha solicitud el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. Asimismo el actor con fecha 20 de enero de 2005 y con fecha 3 de marzo de 2005 presentó sendos escritos ante el Servicio Regional de Empleo solicitando resolución expresa sobre el reconocimiento del derecho de inscripción como demandante de empleo, manifestando que dicha solicitud tiene el valor de reclamación



previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. No consta resolución expresa por parte de ninguna de las dos entidades. CUARTO.- El actor carece del correspondiente permiso de trabajo para trabajar en España. QUINTO.- Para el caso de estimarse la demanda la base reguladora mensual de la prestación por **desempleo** que correspondería al actor ascendería a la cantidad de 737,10 euros, y la fecha de efectos el día siguiente a la relación laboral, aspectos sobre los que las partes comparecientes muestran su conformidad".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Inocencio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cual dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2007 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por D. Inocencio contra la sentencia de fecha trece de febrero del dos mil seis dictada por el Juzgado de lo Social número CATORCE de Madrid, en virtud de demanda formulada por la parte recurrente contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID y LÁPIZ Y PAPEL SERVICIOS DEL ESPECTÁCULO, SL, sobre **DESEMPLEO**, y, en consecuencia, que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Inocencio se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 21 de noviembre de 2005.

QUINTO.- Por providencia de fecha 3 de julio de 2007 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día trece de marzo de 2008, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de **desempleo** de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un **extranjero** que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, **extranjero** no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2.003 hasta el 7 de septiembre de 2.004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.

Siendo esa la situación del ahora recurrente en casación unificadora, la sentencia del Juzgado de lo Social 14 de Madrid negó la existencia de tal derecho. Y la ahora recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06) confirmó el pronunciamiento de instancia razonando, en síntesis, que en este caso el derecho al **desempleo** que se reclama, no puede considerarse incluido en las previsiones del art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000 "sobre derechos y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social" (en adelante LOEx) tras su reforma por la Ley Orgánica 14/2003, ni en el art. 42 del Real Decreto 84/96, redacción del R.D. 1041/05, puesto que el actor, dada la situación irregular en que se encuentra al carecer de la autorización administrativa de residencia, no puede cumplir con el requisito que exige el artículo 207 .c) (acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada) ni suscribir el compromiso de actividad que requiere el art. 209.1 en relación con el art. 231.h), ni buscar activamente empleo, obligación que le impone el apartado i) del propio art. 231, todos ellos de la LGSS.

Por el contrario, la sentencia de 21 de noviembre de 2.005 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, elegida como referencial, ante situación prácticamente idéntica (difieren solo la nacionalidad del **trabajador** – cubano en este caso y rumano en la de contraste – y el tiempo en que se prestaron los servicios, desde el 12-1-02 al 16-2-04 en la referencial) reconoció al actor dicho derecho, y condenó a la empresa empleadora al abono de la prestación de **desempleo** como responsable directa, y al Servicio Público de Empleo Estatal a adelantarla, sin perjuicio de su derecho de reintegro frente a la empresa.

Concorre pues el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL para poder examinar la cuestión de fondo planteada, puesto que las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos pese a la identidad subjetiva y objetiva de los casos que resuelven.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en el motivo dedicado al examen de la infracción legal, denuncia la del artículo 36.3 de la LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, en relación con los artículos 9.3 y 13.1 de la Constitución y 126.1 y 2, 217 a 211, 220 y 231 LGSS. A su amparo, y reiterando todos los argumentos que contiene la sentencia referencial, postula que declare su derecho a "la correspondiente



prestación de **desempleo** con una base reguladora mensual de 737,10 euros", y se condene a la empresa empleadora y a la Entidad Gestora codemandadas a estar y pasar por tal declaración. La Comunidad Autónoma de Madrid (Servicio Regional de Empleo) única codemandada que ha comparecido se opone y el Ministerio Fiscal ha emitido el correspondiente informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Para resolver la cuestión planteada parece oportuno descartar previamente las restantes normas y las sentencias de esta Sala que se citan en el desarrollo del recurso, además de las expresamente denunciadas. Y así:

I. Ni los Convenios nº 19 y 97 de la O.I.T. ni su Recomendación 151 ofrecen solución al tema.

El Convenio nº 19 , "sobre la igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidentes del trabajo" de 5-6-1.925, (ratificado por España el 22-2-1.929 y por Cuba 6-8-1.928) porque regula exclusivamente dicha materia y no contiene previsión alguna sobre **desempleo**.

El Convenio nº 97, "relativo a los **trabajadores** migrantes" de 1-7-1.949 (ratificado por España el 23 de febrero de 1967) porque reserva el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad social solo a "los emigrantes que se encuentren legalmente" en el país (art. 6.1), es decir a las personas "normalmente admitidas como **trabajadores** migrantes" (art. 11.1). Y en el caso, el recurrente no es **extranjero** "residente" (conforme a los arts. 30 bis 1 de la LOEx y art. 33 del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, reglamento de la ley 4/2000, "son residentes los **extranjeros** que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir") puesto que, como él mismo reconoce en varias ocasiones a lo largo de su recurso, carece de la oportuna autorización para residir.

Por su parte, la Recomendación 151 ninguna obligación impone al Estado español. Las Recomendaciones de la OIT, al contrario de lo que ocurre con sus Convenios que son vinculantes para los Estados miembros que los ratifican, contienen simples propuestas sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art. 19. 6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982); aparte de que su art. 8.3 ha sido indebidamente transcrito en el recurso, donde se atribuye a la Recomendación la expresión "deberán disfrutar de la igualdad de trato" cuando el texto exacto es "deberían disfrutar de la igualdad de trato", como corresponde a una simple Recomendación.

II. El Real Decreto 84/1996 , "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de **trabajadores** en la Seguridad Social" en la versión vigente en la fecha del hecho causante, no contenía mas previsión en relación con los **extranjeros** que la de su artículo 42 , y éste no arroja ninguna luz sobre el tema puesto que se limitaba a exigir que "a las solicitudes para su afiliación y alta (...) deberá acompañarse la copia del correspondiente permiso de trabajo", y el actor carece de él. Y la versión dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, en la que nos detendremos mas adelante, no permite la conclusión que pretende el recurrente.

III. En cuanto a las sentencias de esta Sala que se citan en el recurso, ninguna de ellas resuelve asunto similar al presente. Así: a) La de 9-6-03 (rcud. 4217/02) se pronuncia sobre prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y no sobre un **desempleo**; y lo hace, además, respecto de un nacional de Ecuador, país que si bien no ha ratificado el Convenio 19 OIT, si mantiene con España el Convenio de Seguridad Social de 1 de abril de 1.960 que impone el principio de igualdad de trato entre ambos países. b) La de 7-10-03 (rcud.2153/02) resuelve una invalidez permanente absoluta derivada igualmente de accidente de trabajo, y no un **desempleo**, respecto de un nacional de Colombia, país que si había ratificado en 1.933 el Convenio 19 OIT. Y es en ese contexto donde se hace la siguiente afirmación: "a tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/ 2000 y 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los **Extranjeros** en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo por tratarse de **extranjero** hispanoamericano, cuya país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT"; afirmación que, obviamente, no puede ser utilizada fuera del marco en que se pronunció, totalmente ajeno a la cuestión ahora debatida. c) Y la de 29-9-03 (rcud. 3003/02) declara nulo el despido de un argentino sin permiso de residencia ni de trabajo aplicando el art. 36.2 en versión LO 4/2000 , pero no hace pronunciamiento alguno respecto de prestaciones de S.Social.

IV. Cabe señalar, por último, que el Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001 de 11 de enero , que sería el aplicable al caso por razones temporales, no contenía disposición alguna relativa a la



situación que contemplamos. Y que las previsiones del posterior Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, que derogó el anterior, tampoco conducen al éxito del recurso, como luego veremos.

TERCERO.- El precepto en que, básicamente, fundamenta el recurrente su derecho al **desempleo**, es el actual artículo 36 de la LOEx. Dicho precepto, bajo el rótulo "autorización para la realización de actividades lucrativas" establece en su número primero que "Los **extranjeros** mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Esta autorización habilitará al **extranjero** para residir durante el tiempo de su vigencia (se refiere al supuesto de los **extranjeros** que obtienen la autorización para trabajar desde el país de origen por estar incluidos en el contingente anual (arts.39 y sig. LOEx) y que según dispone el art. 51.12 del Reglamento 2393/2004 solo podrán comenzar su actividad laboral "a partir de la entrada legal en España") extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma, no se solicitase en su caso, el correspondiente visado". Y su número 3 que "Para la contratación de un **extranjero** el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del **trabajador extranjero**, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Es cierto que las sucesivas modificaciones de la LOEx ponen de manifiesto una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los **extranjeros**, de los que se veían privados hasta entonces si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que aparece recogida en las sentencias de 22-2-83, 30-10-85, 8-3-86 y 1-7-87 , entre otras. Dichas sentencias, con apoyo en el RD 1031/1980 de 3 mayo , y en el art. 7 del Decreto de 27 julio 1968 que condicionaban la validez del contrato de trabajo suscrito por un **extranjero** para trabajar por cuenta ajena en España a la obtención del visado y a la expedición del permiso de trabajo, declararon que la ausencia de este último acarrearía la nulidad radical del contrato de trabajo.

Fue a partir de la reforma de la LOEx por la LO 8/2000, cuando el art. 36 estableció que la contratación de un **extranjero** sin contar con la necesaria "autorización administrativa para trabajar" (lo que antes se denominaba permiso de trabajo) "no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del **trabajador extranjero**". Y la LO 14/2003 supuso un nuevo avance al añadir al art. 36.3 un último inciso conforme al cual, la ausencia de la autorización para trabajar no "será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de **desempleo** que reclama.

CUARTO.- La LOEx asume, como señala expresamente en su exposición de motivos, la conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere que dice así: "la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión". Y, en esa línea, a la hora de reconocer determinados derechos, distingue claramente a lo largo de todo su articulado entre el **extranjero** residente y aquel que se encuentra en situación irregular y regula los derechos de unos y otros de manera distinta. Concretamente en relación con la materia que nos ocupa, su art. 14 , bajo la rúbrica "derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales" establece lo siguiente:

"1. Los **extranjeros** residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. (Previsión por tanto en perfecta sintonía con el art. 7 LGSS , que dispone que: "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los **extranjeros** que residan o se encuentren legalmente en España).

2. Los **extranjeros** residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los **extranjeros**, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas."

Pues bien, si partimos de que según el art. 30 . bis LO, "son residentes los **extranjeros** que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir", parece evidente que los **extranjeros** en situación irregular que están necesariamente, "a sensu contrario", incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los **extranjeros** residentes.





De otro lado, no cabe olvidar que trabajar sin la oportuna autorización administrativa previa constituye para el **extranjero** en situación irregular, una falta grave. Así califica el art. 53.b) de la propia LO 4/2000 el hecho de "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida"; y que por dicha falta puede ser sancionado incluso con su expulsión del territorio español (art. 57.1 de la misma LO).

QUINTO.- Atendiendo a lo expuesto, la interpretación del art. 36.3 en su inciso final "ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del **trabajador extranjero**.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el **extranjero** residente tiene derecho, ex. art. 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los **trabajadores** españoles.

Si, por el contrario, 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)".

Abona tal interpretación el argumento de 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.

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".

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de **desempleo** de la Seguridad Social, que es la que aquí se reclama. Y que 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, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del art. 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de **extranjeros** en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la más grave infracción.



SEXTO.- 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 1.900" (s. de 9-6-03 (rcud. 4271/02 ) antes citada), hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los **Trabajadores** (art. 4.2 .d).

Solución que fue asumida finalmente por el RD. 84/1996, "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de **trabajadores** en la Seguridad Social" en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, cuando ya estaba vigente la versión que del art. 36.3 LOEx que introdujo la LO 14/2003 y que, por ello, debe entenderse que desarrolla sus previsiones. Y su art. 42.2 reconoce a "los **trabajadores** por cuenta ajena **extranjeros** de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925 , que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

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

Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es 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.

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

OCTAVO.- Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del nº 2 del art. 42 del RD. 84/1996 en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre : "Los **extranjeros** que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley"(regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de **desempleo**.



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

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

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

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

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

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

DECIMO.- Todo lo expuesto lleva a la conclusión de 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 (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.

Procede por ello la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don Inocencio frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06). Sin condena en costas (art. 233.1 LPL ).



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

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOU