



Roj: **STS 6602/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6602**

Id Cendoj: **28079140012008100812**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2008**

Nº de Recurso: **3177/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIANO SAMPEDRO CORRAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8761/2007,**  
**STS 6602/2008**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Noviembre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Luis Martín Más, en nombre y representación de D. Luis Enrique , contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 1969/2007, interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2006 por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid en los autos núm. 733/2005 seguidos a instancia de D. Luis Enrique , sobre seguridad social. Han comparecido como recurridos, el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, representado por el Abogado del Estado y, el Servicio Regional de Empleo de la Comunidad de Madrid representado por la Letrada de la Comunidad de Madrid.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. MARIANO SAMPEDRO CORRAL

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid contenía como hechos probados: "PRIMERO.- El actor D. Luis Enrique con nº de pasaporte NUM000 , vino prestando servicios para la empresa codemandada Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias durante los períodos que se citan en el Hecho 1º de su demanda y que aquí se reproducen y en las condiciones que allí se recogen. SEGUNDO.- El actor con fecha 26-abril-2005 presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal, escrito solicitando resolución expresa sobre el derecho de prestaciones por desempleo. Con fecha prestación 31-5-2005 se dictó resolución denegatoria de la prestación por desempleo ya que el solicitante no tiene residencia legal en España ni permiso de trabajo. TERCERO.- El actor carece del correspondiente permiso de trabajo para trabajar en España. CUARTO.- 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 7'47 euros/día, y la fecha de efectos el día 20-4-2005 (hecho incontrovertido expresamente aceptado por las partes)". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por el actor Luis Enrique contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, ORGANISMO AUTÓNOMO DE TRABAJO Y PRESTACIONES PENITENCIARIAS Y FORMACIÓN PARA EL EMPLEO, COMUNIDAD DE MADRID (SER. REGIONAL EMPLEO) sobre SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas en la demanda".

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Fidel, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de los de



Madrid, de fecha ocho de noviembre de 2006 , en los autos seguidos ante el mismo a instancia del recurrente frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, ORGANISMO AUTÓNOMO DE TRABAJO Y PRESTACIONES PENITENCIARIAS Y SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, en reclamación por desempleo y, en consecuencia, que debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución."

TERCERO.- La parte recurrente considera como contradictoria con la sentencia impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 21 de marzo de 2006 (Rec. 1209/2005); habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo 18 de septiembre de 2007 . En él se alega como motivo de casación, la infracción de los siguientes, artículo 19 del RD 782/2002 de 6 de junio , art. 36.3 de la Ley Orgánica 8/2000 , el art. 3.11 del Código Civil en relación con la LO 8/2000 , art. 207 de la Ley General de Seguridad Social, el convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo y la Recomendación nº 151 sobre trabajadores migrantes.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 29 de enero de 2008 , se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar improcedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 29 de octubre de 2008.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión debatida se concreta en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo, y percibir las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social, correspondientes al período trabajado para una empresa española, que le despidió improcedentemente, un extranjero, cuando dicho trabajador carecía de la autorización para residir, prevista en el artículo 30 bis de la L.O. 4/2000, de 11 de enero , y de la autorización previa para trabajar, y no había sido dado de alta en la Seguridad Social por la empresa para la que trabajaba.

Esta controversia litigiosa, sustancialmente igual en la sentencia recurrida y en la alegada para justificar la contradicción, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 21 de marzo de 2006, ha sido resuelta en forma diferente por las sentencias que se comparan: a) la sentencia, hoy impugnada, desestimó la pretensión del trabajador al considerar que no concurren los requisitos exigidos en los artículos 207, 209 y 231 de la Ley General de Seguridad Social , dado que no es posible que el actor pueda acreditar su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada y poder suscribir el compromiso de actividad normativamente establecido. b) la sentencia contraria, recaída en el supuesto de un trabajador rumano, que había prestado servicios laborales a diferentes empresas españolas, sin tener permiso de trabajo y residencia, y que, tras su cese improcedente, reclama la prestación de desempleo, estima la pretensión actora en razón a lo establecido en el Convenio 19 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), 36 de la L.O. 8/2000 y a la doctrina jurisprudencial expresiva de que el hecho de carecer de permiso de trabajo y de residencia no invalida el contrato de trabajo suscrito.

SEGUNDO.- El problema debatido ha sido ya unificado por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia 18 mayo de 2008, (Rec. 800/2007 ), cuyo pronunciamiento coincide con el de la sentencia recurrida. Esta resolución judicial alcanza la conclusión (Fundamento de derecho décimo) siguiente: "la prestación de desempleo, solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94, rcud. 1466/94; 21-9-95, rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94 ), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina."

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

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



2) Tampoco la solución contraria puede encontrar amparo en el art. 14 LO Ext., en cuanto al establecer que "los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles" distingue entre "extranjeros residentes" (acceso a los servicios y prestaciones generales y básicas en las mismas condiciones que los españoles) y "extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa" (derecho únicamente a los servicios y prestaciones básicas), pues este precepto que la doctrina de esta Sala ha aplicado a las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y que, inicialmente se recogió en el artículo 42.2 del Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, (el precepto considera incluido en el sistema español de la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio 19 de la OIT, sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar "a los solos efectos de la protección frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no es aplicable al supuesto litigioso, que versa sobre el reconocimiento de la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

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

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

TERCERO.- Lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext. establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social.

CUARTO.- En virtud de lo razonado procede desestimar el presente recurso. Sin costas.-

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 UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Letrado D. Luis Martín Más, en nombre y representación de D. Luis Enrique, contra la sentencia dictada en fecha 18 de julio de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm.



1969/2007, interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2006 por el Juzgado de lo Social nº 16 de Madrid en los autos núm. 733/2005 . Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,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. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ