BASE DE DATOS NORMACEF

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
Sentencia 7467/2015, de 14 de diciembre de 2015
Sala de lo Social
Rec. n.º 3972/2015

SUMARIO:

La protección por desempleo. Trabajadora extranjera que comienza a prestar servicios sin permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena, habiéndolo obtenido antes de la extinción de la relación laboral. Solicitud de la prestación con una duración correspondiente a todo el periodo trabajado. Improcedencia. Aun cuando en el momento de extinguir su relación laboral y pasar a la situación legal de desempleo el interesado presente disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada, estos y los demás requisitos legales previstos al respecto le permitirán causar la prestación, pero no justifican que se contemple unos efectos sanadores al periodo de irregularidad en que el extranjero permaneció en el tiempo precedente, puesto que carecería de lógica sostener que durante dicho periodo no se hallaba en condiciones de acreditar la disponibilidad que le exige el artículo 207 c) de la LGSS para buscar activamente empleo y, sin embargo, se tenga en cuenta a efectos de computarlo como carencia en cuanto a la duración de la prestación. Todo ello sin olvidar que durante ese periodo de irregularidad tanto trabajador como empresario estaban cometiendo infracciones -grave, el primero; y muy grave, el segundo-. **Inexistencia de responsabilidad indemnizatoria del empresario.** 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. Sala general. Voto particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 203, 207 c) y 209.
Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social), arts. 36.5, 53.1 b) y 54.1 d).

PONENTE:

Doña María Natividad Braceras Peña.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08187 - 44 - 4 - 2014 - 8026547

EBO

Recurso de Suplicación: 3972/2015

ILMO. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

ILMO. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL
ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
ILMO. SR. IGNACIO Mª PALOS PEÑARROYA
ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS
ILMO. SR. SEBASTIÁN MORALO GALLEGO
ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER
ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY
ILMA. SRA. Mª DEL MAR GAN BUSTO
ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA
ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMO. SR. MIGUEL ANGEL SÁNCHEZ BURRIEL
ILMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT
ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ
ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO SR. DANIEL BARTOMEUS PLANA
ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS
ILMO. SR. FELIX V. AZÓN VILAS
ILMA. SRA. LIDIA CASTELL VALLDOSERA
ILMA. SRA. Mª MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA
ILMA. SRA. JUANA VERA MARTÍNEZ
ILMA SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA

En Barcelona a 14 de diciembre de 2015

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Eva María frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Sabadell de fecha 27 de abril de 2015 dictada en el procedimiento Demandas nº 429/2014 y siendo recurrido Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y Casimiro López Bueno, S.L.. Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 2 de julio de 2014 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Desempleo, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 27 de abril de 2015 que contenía el siguiente Fallo:

"DESESTIMO la demanda rectora de las presentes actuaciones, promovida por DOÑA Eva María contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y CASIMIRO LÓPEZ BUENO, S L., ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra por la parte actora y CONFIRMO la resolución impugnada."

Segundo.

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

Primero.

DOÑA Eva María ha prestado servicios retribuidos por cuenta de CASIMIRO LÓPEZ BUENO, S.L., dedicada a la actividad de hostelería, con antigüedad de 31/08/2007, categoría profesional de ayudante de camarera y salario bruto mensual de 1.439'48 €, incluida la parte proporcional de pagas extras, es decir, 47'33 € diarios (documento 1 de la parte actora, Sentencia firme del JS 3 de Sabadell).

Segundo.

En fecha 28/11/2008 se dictó resolución por delegación de Gobierno en Cataluña concediendo permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena a DOÑA Eva María , siendo empleador solicitante CASIMIRO LÓPEZ BUENO, S L. (documento 1 de la parte actora, Sentencia firme del JS 3 de Sabadell)

Tercero.

Por sentencia de fecha 11/02/2014, dictada por el Juzgado Social 3 de Sabadell , autos 567/2013, se declaró extinguido, a esa fecha, el contrato de trabajo que unía a la actora con la empresa demandada (documento 1 de la parte actora, Sentencia firme del JS 3 de Sabadell)

Cuarto.

Solicitada por la demandante prestación de desempleo, le fueron reconocidos mediante resolución del SPEE, de fecha 7/04/2014, 600 días de derecho (del 6/04/2014 al 5/12/2015), base reguladora diaria de 45'95 euros y 70% sobre la base reguladora (documento acompañado con la demandada).

Quinto.

En fecha 29/04/2014, la parte formuló de reclamación previa contra la decisión administrativa, alegando el derecho a 720 días de prestación, ya que prestó servicios por cuenta ajena, sin solución de continuidad, desde el día 31/08/2007 hasta el 17/03/2014 (folios 2-3 del expediente); la reclamación fue desestimada por nueva resolución de fecha 19/05/2014 (folio 4 del expediente).

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandado, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El SPEE demandado había reconocido a la actora una prestación por desempleo de una duración de 600 días. Con su demanda aquella parte interesó que se fijara en 720 días. Se trataba de una trabajadora extranjera que había empezado a prestar servicios sin permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena, habiéndolo obtenido antes de la extinción de su contrato de trabajo. Solicitada la prestación por desempleo, el SPEE se la reconoce por una duración que contempla exclusivamente a las cotizaciones correspondientes al tiempo en que gozó del permiso de residencia y trabajo, desatendiendo el periodo anterior de prestación de servicios. Ante ello, la trabajadora demanda que se le conceda por la duración que le correspondería por todo el periodo trabajado, con o sin permisos.

La sentencia de instancia desestimó su pretensión y recurre en suplicación la actora para reiterarla. Su recurso se ampara procesalmente en el apartado c) del art. 193 de la LRJS . Denuncia la infracción de los arts. 100.1 , 104 , 203.1 , 205 , 207 , 208 , 210 , 213 y 231 de la LGSS ; en relación con los arts. 14 , 30 bis , 36.3 de las Leyes de extranjería; con el art. 42.2 del RD 84/1996, de 26 de enero ; art. 3.1 , 1101 , 1258 del CC ; con el Convenio 19 de la OIT y este, a su vez, en relación con el art. 33.2, nº 3 de la Ley 4/2000 . Invoca, además, varias sentencias del TS, especialmente, las de 18 de mayo y 12 de noviembre de 2008 ; y, también, algunas de esta Sala, si bien estas no constituyen jurisprudencia (art. 1.6 del CC).

Segundo.

Esta Sala tuvo ocasión de resolver un asunto en el que se planteaba jurídicamente la misma cuestión. En tal ocasión estimó la pretensión del interesado. Fue en la sentencia de 17 de octubre de 2012 (recurso de suplicación nº 5280/2011). Para el caso que ahora enjuiciamos, se convocó al Pleno de la Sala para someter el asunto a una nueva consideración, concluyendo en sentido desfavorable a los intereses de la demandante por las razones que seguidamente detallamos y que, esencialmente, hallan su fundamento en los principios inspiradores de la Ley Orgánica 4/2000 y los criterios que animan las sentencias del TS de 18 de mayo y 12 de noviembre de 2008 , en las que se contemplan los casos de trabajadores extranjeros en situación irregular al tiempo de interesar el reconocimiento de la prestación por desempleo, es decir, careciendo en todo momento de los permisos de residencia y trabajo.

En cuanto a esa normativa sobre los extranjeros, tanto la ley orgánica actual como las anteriores desde la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, han insistido en distinguir y dar diferente tratamiento jurídico a las situaciones de legalidad de las de ilegalidad, incentivando "a los extranjeros a

entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular" (exposición de motivos de la Ley 14/2003), reconociendo la plenitud de derechos a los extranjeros que se encuentran legalmente en España, y orientándose a favorecer la inmigración legal y su integración. Además, se trata de los criterios que inspiraron las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, que buscaba equiparar a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio de sus Estados miembros, distinguiéndolos frente a los extranjeros que se encontraran en situación irregular.

Atendiendo en concreto a las previsiones de la vigente Ley Orgánica 4/2000, en el capítulo relativo a los "derechos y libertades de los extranjeros" dispone en su artículo 14.3 que "los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas". Pero dentro de estas solo se encuentran la asistencia sanitaria de urgencia, -que el art. 12 de la misma ley orgánica reconoce a todos los extranjeros sin distinción- y las prestaciones que el TS denomina "asistencia social externa a la Seguridad Social que compete a las Comunidades Autónomas" (así en su sentencia de 26.5.2004).

Si acudimos a las previsiones más específicas de la misma ley sobre el régimen jurídico de los extranjeros (título II), en su capítulo III, "de la autorización para la realización de actividades lucrativas", se prevé que "la carencia de la autorización de residencia y trabajo,sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las 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 derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo"(art. 36.5 LO 4/2000) (esta última frase, fue añadida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, por lo que no pudo ser objeto de valoración por las citadas sentencias del TS de 2008).

Las prestaciones a que este último precepto se refiere, "las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle", son las prestaciones de la Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y, además, a condición de que los extranjeros sean oriundos de países que hubieran suscrito el Convenio 19 de la OIT o de países con los que España hubiera suscrito convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad al respecto; y así está reflejado en el art. 42.2 del RD 1041/2005, de 5 de septiembre (sentencia del TS de 18.3.2008, RCUD 800/2007).

Por tanto, en ninguna de tales previsiones -ni como protección básica ni como contingencia profesional- puede entrar la prestación por desempleo para ser proporcionada al trabajador extranjero en situación irregular.

Tercero.

Si acudimos a la regulación específica de la prestación por desempleo, aun cuando al tiempo de extinguir su relación laboral y pasar a la situación legal de desempleo (art. 203 LGSS) el interesado presente disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada (art. 207.c LGSS), estos y los demás requisitos legales previstos al respecto, le permitirán causar la prestación pero no justifican el contemplar el periodo no cotizado a los efectos de la aplicación del art. 209 LGSS , para la duración de la prestación; esto es, no justifica atribuir unos efectos sanadores al periodo de irregularidad en que el extranjero permaneció en el periodo precedente puesto que carecería de lógica negar eficacia al periodo trabajado hallándose en tales condiciones de irregularidad cuando sigue constante la misma y no valorarlo igual una vez que el interesado pretende que se considere ese periodo a los efectos de acceder a la prestación aunque ya tuviera regularizada su situación en España. Y también carecería de lógica sostener que durante el periodo de irregularidad no se halla en condiciones de acreditar la disponibilidad que le exige el art. 207.c) LGSS para buscar activamente empleo y, sin embargo, contemplar dicho periodo a los efectos de computarlo como carencia a los efectos de la duración de la prestación. Además, teniendo presente para todo ello que durante ese periodo de irregularidad tanto trabajador como empresario estaban cometiendo infracciones -grave, el primero; y muy grave, el segundo- conforme a la LO 4/2000, de modo que, en el caso del trabajador no solo saldría impune por tal infracción sino favorecido al ver computado el periodo irregular a los efectos prestacionales.

Cuarto.

Efectivamente, la LO 4/2000, art. 53.1, prevé como infracciones graves: "a) encontrarse irregularmente en territorio español, por (...) carecer de autorización de residencia (...)" y en el apartado b) "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida." Estas infracciones tienen prevista una sanción que puede llegar a una multa de 10.000 euros. Y tratándose del empresario, la infracción alcanza la calificación de muy grave y la sanción puede ser de una multa de hasta 100.000 euros si incurre en "la contratación de trabajadores extranjeros

sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito."

Quinto.

Por último, tampoco podemos aceptar la posibilidad de hacer responsable directo de la parte de la prestación correspondiente al empresario, puesto que el principio de automaticidad de prestaciones nos llevaría a condenar al SPEE a su adelanto, con derecho a repercutir frente al empresario (quien no solo podría quedar liberado del pago de las cotizaciones correspondientes por prescripción sino de toda responsabilidad por desaparición o insolvencia).

Pero las razones para rechazar tal planteamiento no son solo las expuestas, que ciertamente no habrían de producirse en todos los casos, sino que hay razones de tipo legal.

Es cierto que el ya transcrito art. 36.5 de la LO 4/2000 ("la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las 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 derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo") atribuye unas responsabilidades al empresario que contrata a un trabajador en situación irregular, respecto a las que la citada sentencia del TS de 18.3.2008 señala lo siguiente: "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." (F.J. 5º).

Es decir que tan solo cabría apreciar una responsabilidad indemnizatoria del empresario, y no relativa a las prestaciones que hubiere causado; mientas que en ningún caso alcanzaría tal responsabilidad a las entidades gestoras o colaboradoras.

Pero es que para el caso del desempleo, el TS considera que ni siquiera puede atribuírsele al empresario esa responsabilidad indemnizatoria, ya que podemos leer en el quinto párrafo del noveno fundamento jurídico que "debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos (los permisos de residencia y trabajo del trabajador) no puede ser imputable al empresario, salvo que este 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" (...)"

En conclusión, debemos desestimar el recurso de la actora y confirmar la sentencia que desestimó su pretensión.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Eva María contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Sabadell en los autos seguidos con el nº 429/2014 a instancia de Eva María contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL y CASIMIRO LOPEZ BUENO S.L.,debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, Oficina núm. 6763, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER (oficina indicada en el párrafo anterior), cuenta Nº 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR que formula el MAGISTRADO SEBASTIÁN MORALO GALLEGO, a la sentencia dictada en el recurso de suplicación 3972/15 y al que se adhieren los magistrados: LIDIA CASTELL VALLDOSERA, FELIX V. AZÓN VILAS, DANIEL BARTOMEUS PLANA, MATILDE ARAGÓ GASSIOT, FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS, Mª MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA, Mª DEL MAR GAN BUSTO, LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO.

De conformidad con lo establecido en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo Voto Particular a la sentencia dictada por el pleno de la sala en el recurso de suplicación 3972/15, por discrepar respetuosamente del criterio sostenido en la misma.

Como bien se explica en la sentencia del pleno, la cuestión litigiosa reside en determinar si a efectos de calcular el periodo de la prestación de desempleo contributivo, debe o no computarse el tiempo en el que un extranjero ha prestado servicios laborales para una empresa en España sin disponer del preceptivo permiso de trabajo, habiendo regularizado posteriormente su situación en nuestro país y disponiendo por lo tanto de tal permiso en el momento de extinción de la relación de trabajo que genera la prestación de desempleo en litigio.

Contra lo que en la misma se sostiene, entendemos que debe tenerse en cuenta a efectos de la prestación de desempleo contributivo ese periodo de tiempo trabajado cuando no se disponía del preceptivo permiso de trabajo, cuanto tal permiso ha sido ya finalmente obtenido con anterioridad a la extinción de la relación laboral de forma que el trabajador puede ya trabajar legalmente en España, cumpliendo con ello la condición y finalidad esencial de dicha prestación y que no es otra que la de proteger y otorgar el derecho al desempleo a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden el empleo.

A diferencia de lo que sucede con los extranjeros no residentes, que, 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.

Entendemos que este es el hilo conductor esencial de las precitadas sentencias del Tribunal Supremo, que aplica nuestra resolución del pleno de la que discrepamos.

Como en las mismas se dice "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 ...".

De lo razonado anteriormente se desprende, sin ninguna duda, que el extranjero que trabaja en situación irregular en España por carecer de permiso de trabajo no tendrá derecho a las prestaciones de desempleo.

Pero no es esto exactamente lo que sucede en el caso de autos, en el que concurre una circunstancia diferencial de especial relevancia que debe ser tenida en consideración, cual es el hecho de que el actor había regularizado su situación personal y laboral mucho antes de solicitar la prestación de desempleo y disponía de permiso de residencia y trabajo en España a la fecha del hecho causante.

Y esta esencial diferencia hace que no pueda aplicarse en este caso la precitada doctrina jurisprudencial, que se refiere exclusivamente a situaciones legales de irregularidad sostenida de la prestación laboral del extranjero, que sigue y se mantiene en la fecha del hecho causante de la prestación de desempleo.

Según el incontrovertido relato de hechos probados, la trabajadora ha prestado servicios para la empresa codemandada desde el 31 de agosto de 2007, y por resolución de la Subdelegación del Gobierno de Barcelona de 28 de noviembre de 2008 se le concede el permiso de residencia y autorización de trabajo por cuenta ajena. Por sentencia de fecha 11 de febrero de 2014 , se declaró extinguido a esa fecha el contrato de trabajo.

En tales circunstancias solicitó las prestaciones de desempleo que le son reconocidas por el SPEE por un periodo de 600 días de duración, sin tener en cuenta el periodo trabajado para la empresa codemandada con anterioridad a la obtención del permiso de trabajo y residencia.

De estas circunstancias se desprende que en el momento del hecho causante de la prestación de desempleo, es decir, a la fecha del despido, la trabajadora se encontraba en situación regular en España, hasta el punto que no se le discute el derecho a percibir la prestación, sino tan solo el alcance y efectos de la misma.

Esta es la gran diferencia entre el supuesto de autos y los casos resueltos por el Tribunal Supremo.

En aquellos otros casos se trataba de ciudadanos extranjeros que se encontraban en situación irregular en España en el momento de solicitar la prestación de desempleo, de tal forma que no estaban en condiciones de poder trabajar en nuestro país, y no reunían por lo tanto uno de los requisitos esenciales para el acceso a dicha prestación, que, en palabras del Tribunal Supremo, solo se otorga: " 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".

A lo que el propio Tribunal añade que, "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 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...".

Siendo este el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación de desempleo a los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, no puede por lo tanto aplicarse a quien ya ha regularizado esa situación y dispone de permiso de residencia y trabajo 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.

Es cierto que la actora no disponía del permiso de trabajo cuando comenzó a trabajar para la empresa codemandada en agosto de 2007, así como que se mantuvo en situación irregular hasta noviembre de 2008; pero a partir de esa fecha ya dispone del preceptivo permiso de trabajo, es alta en seguridad social, se cotiza regularmente y se regulariza finalmente su situación desde ese momento como consecuencia de la sentencia recurrida, con lo que a la fecha del despido y al momento de solicitar la prestación de desempleo había pasado a regularizar su situación jurídica y se encontraba en condiciones legales para trabajar y buscan empleo en España.

Esto hace que deba tenerse en cuenta la totalidad del periodo anteriormente trabajado para la misma empresa, que deberá asumir a su costa la responsabilidad en el pago de la diferencia de prestación resultante con anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal.

No desmerece esta conclusión el hecho de que los extranjeros en situación irregular en España solo tengan derecho a las prestaciones sociales básicas, como se desprende de la Ley Orgánica 4/2000, en el capítulo relativo a los "derechos y libertades de los extranjeros", cuando dispone en su art. 14.3 º que "los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas", entre las que se encuentran la asistencia sanitaria de urgencia y las prestaciones que el TS denomina "asistencia social externa a la Seguridad Social que compete a las Comunidades Autónomas (así en su sentencia de 26.5.2004), como se dice en la sentencia del pleno de esta sala.

Y entendemos que no esa consideración no desvirtúa nuestro razonamiento, porque está referida a los extranjeros que se encuentran y mantienen en situación irregular en España, en condiciones de residencia irregular llega a decir el Tribunal Supremo, pero no es extensible a quienes finalmente hayan podido regularizar esa situación constante la relación laboral y antes de su extinción.

Compartimos el criterio que expresa la sentencia del pleno cuando razona que las prestaciones de desempleo no pueden considerarse ni como protección básica de seguridad social, ni como contingencia profesional, a efectos de su reconocimiento en favor de los trabajadores extranjeros en situación irregular.

Pero insistimos, que ese no es el caso de los trabajadores que como la actora disponen ya de permiso de trabajo y residencia en España, y no se encuentran por lo tanto en situación irregular a la fecha del hecho causante de la prestación.

Y en orden a la responsabilidad empresarial, tampoco podemos compartir el criterio de la sentencia del pleno de limitarla a los aspectos puramente indemnizatorios derivados del art. 36.5º de la LO 4/2000 , que solo resultan de aplicación a los extranjeros que se encuentran en situación irregular, pero no puede hacerse extensible a quienes han regularizado posteriormente su situación legal en España.

Lo esencial, a nuestro entender, es que el trabajador extranjero que ha regularizado su situación legal antes de la extinción de la relación laboral que genera las prestaciones de desempleo, cumple ya todos los requisitos para acceder a la misma, se encuentra en condiciones de querer y poder trabajar en nuestro país, y debe por lo tanto computarse el periodo anteriormente trabajador en situación irregular.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leida y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.