

Id Cendoj: 48020340012007100001
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 2734/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: FLORENTINO EGUARAS MENDIRI
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO Nº: 2734/06 N.I.G. 48.04.4-06/002593

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD

AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 13 de febrero de 2007.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, Presidente en funciones, GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR y ANA ISABEL MOLINA CASTIELLA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por U T M contra la sentencia del Jdo. de lo Social nº 2 (Bilbao) de fecha dieciséis de Agosto de dos mil seis, dictada en proceso sobre RDE Nº 10 (DESEMPLEO), y entablado por U T M frente a **INEM** y B O R E S.L. .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./ña. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- Que el actor D. U T M, con nº de pasaporte oooooo de la República de Bolivia, ha prestado servicios para la mercantil B E, S.L., desde el 10.03.04 al 17-11-05, con una base reguladora de 946,20 euros.

2º.- Que el **INEM** no reconoce las prestaciones por desempleo al actor, porque el trabajador carece de permiso de residencia en España.

3º.- Que con fecha 13.01.06 el actor instó ante el INEN, la correspondiente Reclamación Previa, que fue desestimada mediante Resolución Administrativa de fecha 02.03.06."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que desestimando la demanda interpuesta por U T M contra **INEM** y B E S.L. en materia de Seguridad Social, debo absolver como absuelvo a las codemandadas de los pedimentos contenidos en el

escrito de demanda."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Social nº 2 de los de Bilbao dictó sentencia el 16-8-06 en la que desestimó la demanda interpuesta por el beneficiario, relativa a la obtención de la prestación de desempleo, y ello por entender que no teniendo nacionalidad española, prestó servicio sin autorización, y sin que fuese dado de alta y cotizase la empresa por su prestación laboral, habiéndose obtenido sentencia estimatoria de la pretensión de despido nulo en el Juzgado de lo Social nº 9 de los de Bilbao el 17-11-05 , procedimiento 629/05, por razón de la prestación de servicios que se había realizado, sin que procediese la readmisión por causa de la falta de autorización pertinente.

Señala la sentencia recurrida que el trabajador no reunía los requisitos necesarios para acceder a la prestación, que son los que determina el *art. 207 LGSS* , de afiliación, carencia y situación legal de desempleo, de forma que si se obviasen ellos estaría efectuándose una discriminación grave respecto al resto de trabajadores que incumplen los mismos requisitos.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora, y lo hace en un único motivo, donde denuncia la infracción de los *arts. 203, 204, 205, 207, 208, 209* y *el que cita 213 LGSS, en relación al 36,3* de la *Ley Orgánica 4/2000* , relativo a la regulación de extranjería. Se relata el diverso acontecer de los hechos, resaltándose que el actor presentó una denuncia ante la inspección que implicó su despido inmediato, y que esta levantó acta de liquidación por falta de cotización, pero no procedió el alta de oficio por razón de la carencia de la autorización pertinente. Se invoca diversa doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, para avalar la consideración de inclusión del trabajador dentro de la protección.

Señala el *art. 13 CE* que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza la Constitución según los términos de los Tratados y las leyes. Desde otra perspectiva la capacidad de contratación dentro del *ET se previene en el art. 7* , c) cuando formula que los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia, pueden contratar la prestación de su trabajo. Partamos de estas normas para tener en cuenta que el trabajador demandante prestó servicios para la empresa demandada, careciendo de permiso de trabajo y de residencia desde el 10-3-04, con un salario de 31,54 euros/día y se extinguió el contrato el 3-8-05, por despido verbal, calificado de nulo en sentencia de 17-11-05 . Estas son las circunstancias a través de las cuales el trabajador ha accedido a la solicitud de la prestación de desempleo, denegada por la entidad gestora y confirmada dicha exclusión por el juzgado de lo social de referencia.

Es un requisito imprescindible para prestar servicios dentro del Ordenamiento Jurídico Legal, el que el extranjero obtenga la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar, la que habilita para residir durante el tiempo de su vigencia en territorio nacional, *art. 36 LO 4/2000, de 11 de enero* . Todo ello está encuadrado, aparte de lo ya enunciado en los textos generales, en el *art. 10 de la misma Ley* de derechos y libertades de extranjeros, donde se indican que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley y en las Disposiciones que la desarrollan, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legalidad vigente. Es conocida la doctrina que venía indicando la nulidad del contrato de trabajo que se celebra con extranjero que no se encuentra habilitado legalmente para prestar servicios en territorio nacional, por falta de requisitos específicos de obtención de los permisos correspondientes. Ello implicaba que por la vía del *art. 9 ET* existiese derecho a percibir los salarios, pero, por nulidad del contrato, no se producían los efectos específicos de la relación de trabajo.

Este criterio, ha sido abandonado en la actualidad exponente de ello son las sentencias del TS de 9-6-03, 7-10-03 y 29-9-03 . En efecto, a partir del cambio legislativo ofertado en la *Ley 4/2000* y la *Ley 8/2000, modificativa del art. 36* , ya citado, la autorización para la realización de actividades lucrativas por los extranjeros mayores de 16 años, requiere que el empresario solicite la autorización correspondiente para trabajar, y de acuerdo a la modificación de la *Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre* , la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, incluidas aquellas materias 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 obvio que la actual legislación, ofertada a raíz de la *Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre* , fija una extensión de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social a los trabajadores

extranjeros, con independencia de la falta de autorización, y transmite al empleador la responsabilidad pertinente por su omisión. No olvidemos que la obligación de cotizar a la Seguridad Social nace por la actividad laboral que se presta, con independencia de la posibilidad de realizar un contrato de trabajo con los permisos correspondientes (el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, lo viene así declarando, como lo manifiesta la sentencia de 2-12-98). Por tanto, en la actualidad, no existe impedimento alguno para calificar de válido el contrato de trabajo que se otorga entre el empresario y el trabajador extranjero carente de autorización. Desde esta perspectiva, expresamente el trabajador queda protegido en su riesgo aseguratorio, y el sistema de cobertura se extiende y se expande en la totalidad de los supuestos que contempla la LGSS, *dentro de los límites del art. 7* y sin perjuicio de las específicas responsabilidades que nacen del *art. 36* ya citado, y que posteriormente vamos a analizar. En conclusión, la carencia de los requisitos específicos, constando una prestación de servicios, como en este caso así figura, y la sentencia no niega, y dentro del contenido que se ha llevado a cabo mediante la calificación de despido nulo, deberemos concluir con el acceso a las prestaciones que cubren, en este caso, el desempleo. A este efecto nadie niega la situación legal de desempleo, y no olvidemos que la misma constituye la cobertura por falta de trabajo involuntario, de quien queriendo trabajar, no obtiene trabajo, y se cubre la falta de rentas que se percibe por el salario (TJCE 18-7-06). No se cuestiona la realidad de la actividad, e igualmente el período de carencia, con una obligada cotización que no se llevó a cabo, previo incumplimiento del alta del trabajador.

A la hora de delimitar las responsabilidades, y de acuerdo a lo ya indicado, el empleador es el obligado a la prestación, pero ello excluye el principio de automaticidad, en definitiva anticipo, que corresponde a la entidad gestora.

Así es, el *art. 126 LGSS* dispone que el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas, y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previo a la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectivo. Es sabido que la falta de regulación reglamentaria del procedimiento específico que se ha mantenido tanto en las leyes del 74 como del 94, ha implicado el que sean reglas reglamentarias aplicables al afecto los *arts. 94, 95 y 96 de la Ley del 66* , que regulaba idénticas situaciones, para lo que ha servido de apoyo la *Disposición Transitoria Segunda del Decreto 1645/72, de 23 de junio* , y así se establece por reiterada doctrina como son las sentencia del TS de 27-12-94 y 29-12-98 . El principio de automaticidad que con carácter general se regula en el *art. 126 LGSS* responde a la previsión del *art. 41 CE* , en orden a la atención de las prestaciones aseguratorias de las prestaciones de necesidad, especialmente el desempleo. Como nos recuerda la sentencia del TS de 13-2-06 , una interpretación de acuerdo a la responsabilidad del *art. 1902 del Código Civil* , lleva a extender la responsabilidad por las prestaciones, tanto contributivas como aquellas ajenas al sistema de cotización, a todo sujeto responsable. En este sentido hay norma específica que obliga a la entidad gestora a cubrir, con independencia del incumplimiento de afiliación, alta y cotización, a la entidad gestora del cumplimiento de la prestación, sin perjuicio de su derecho de repetición (*art. 220 LGSS*). La connotación específica de la automaticidad que ha señalado el legislador en orden a la cobertura de la falta de trabajo, implica el que, previa declaración de responsabilidad de la empresa, por su falta de afiliación y cotización del trabajador, sea la entidad gestora demandada quien anticipe la prestación, de acuerdo a los parámetros que se recogen en la sentencia recurrida, tanto de prestación de trabajo previo, como de base reguladora que no se han cuestionado.

Todo lo anterior implica la estimación del recurso, sin que se aprecie ningún elemento de discriminación respecto a otros colectivos, pues igualmente, la responsabilidad nace tanto en orden al extranjero como al nacional respecto al empresario incumplidor, y el principio de automaticidad, de igual manera, también se realiza sin ningún género de desigualdad en las situaciones que ahora contemplamos.

La estimación de recurso y la propia cualidad de beneficiario del recurrente, impiden la imposición de costas.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Bilbao de 16-8-06 , procedimiento 264/06, por don José Ramón Quintana Garmendia, letrado que actúa en representación de don U T M, y con revocación de la misma, se estima la demanda interpuesta por el recurrente, y se declara su derecho a percibir la prestación de desempleo durante el período de seis meses, con una base reguladora de 31,54 euros diarios, y declarando la responsabilidad de la prestación de la empresa B E, S.L., con condena a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, y al cumplimiento efectivo por parte de la empresa, y la obligación de anticipo del Instituto

demandado, sin perjuicio de sus derechos de repetición, por automaticidad, y todo ello sin pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número 4699-000-66-2734/06 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-2734/06 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.