

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 166/2006,
de 9 de marzo**

Reconocida la prestación por desempleo a un inmigrante que trabajaba sin contrato

El actor, de origen rumano, sin permiso de trabajo y sin alta en la Seguridad Social, prestó servicios para las empresas demandadas desde el 3 de septiembre de 2002 hasta el 19 de agosto de 2004. El despido fue declarado improcedente, optando las empresas por la indemnización en fecha de 3 de noviembre de 2004. El trabajador extranjero solicitó la prestación por desempleo, siéndole denegada por tratarse de un ciudadano extranjero sin residencia legal en España.

La doctrina del Tribunal Supremo ha ido avanzando en cuanto a los derechos que asisten a los trabajadores extranjeros en España, aun cuando no estén provistos del correspondiente permiso de trabajo. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 36.3.1.º alude concretamente a "extranjero no autorizado para trabajar", que es en definitiva el que carece de permiso de residencia, indicando que en tal caso los empresarios deben obtenerlo previamente y que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

Por tanto, es indiferente que el trabajador posea o no permiso de residencia o trabajo. Es responsabilidad del empresario su contratación, pero si ha realizado una actividad laboral prolongada (como en este caso), sería contrario a la Ley no reconocerle los derechos derivados de su actividad laboral, entre ellos lógicamente el derecho al desempleo si reúne los requisitos exigidos a cualquier español para su obtención, como el periodo mínimo trabajado, requisito cumplido con creces por el demandante, pues prestó servicios laborales durante 763 días.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el Juzgado de lo Social de referencia, tuvo entrada demanda suscrita por la parte actora en la que solicita se dicte sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el oportuno juicio oral, se dictó sentencia con fecha 10/10/2005 cuya parte dispositiva dice: Que desestimando como desestimo la demanda formulada por la parte actora, don Inocencio, contra la parte demandada, el INEM y las empresas CONSTRUCTORA Y URBANIZADORA EL PUNTAL, S.A., HISPANAFRICAN WAY, S.L. y REFORMAS Y OBRAS EL JARANZAL, S.L., sobre prestación de desempleo, debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Segundo.—En dicha sentencia, y como hechos probados, se declaraban los siguientes: PRIMERO.—Que la parte actora, de nacionalidad rumana, sin permiso de trabajo y sin alta en la seguridad, comenzó a prestar sus servicios para las empresas demandadas en fecha de 3-9-02, ocupando la categoría profesional de Peón de la construcción y percibiendo 900,46 euros mensuales incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias. SEGUNDO.—Que en fecha de 19-8-04 la parte actora fue despedida por las empresas demandadas, dando lugar a la Sentencia dictada por este Juzgado el 26-10-04 (Autos 226/04), por la que se declaraba el despido improcedente y se condenaba a las anteriores a que, a su opción, readmitiesen o indemnizasen al trabajador, haciéndolo por la segunda mediante escrito de 3-11-04. TERCERO.—Que en fecha de 12-11-04 la parte actora solicitó la prestación de desempleo, siéndole denegada por Resolución del INEM de 9-3-05 ("Es Vd. trabajador extranjero que no tiene residencia legal en España"). CUARTO.—Que formulada reclamación previa ante el INEM en fecha de 11-4-05, la misma ha sido desestimada por Resolución del anterior Organismo de 20-5-05, dándose ambas por reproducidas al obrar en Autos.

Tercero.—Contra dicha sentencia, interpuso recurso de Suplicación don Inocencio, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal y comunicada a las partes la designación del Ponente, le fueron, a éste, pasados los autos para su examen y resolución por la Sala.

Cuarto.—En la resolución del presente recurso se han observado, en sustancia, las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la sentencia de instancia se alza la representación letrada del trabajador en base a un único motivo de Suplicación interpuesto al amparo procesal del artículo 191.c) de la LPL, señalando que la sentencia de instancia infringe el artículo 203.1, 205, 207, 208, 209, 213 de la LGSS, en relación con el artículo 36.3 de las Leyes Orgánicas 4 y 8 del año 2000, relativo a la regulación de la Extranjería.

La cuestión que se debate es meramente de interpretación jurídica. Según los hechos probados el actor de nacionalidad rumana ordinal primero sin permiso de trabajo y sin alta en la seguridad, comenzó a prestar servicios para las empresas demandadas en 3 de septiembre de 2002, hasta 19 de agosto de 2004. Declarándose el despido improcedente optando las empresas por la indemnización en fecha de 3 de noviembre de 2004. La parte actora solicitó la prestación por desempleo siendo ésta desestimada por "tratarse de ciudadano extranjero sin residencia legal en España".

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en ocasiones anteriores sobre un tema si no idéntico, sí semejante, y así a título de ejemplo sentencia de 30 de octubre de 2001, recurso de Suplicación 686/01, cuya doctrina puede ser aplicable al caso.

Señala que la doctrina del Tribunal Supremo ha ido avanzando en cuanto a los derechos que asisten a los trabajadores extranjeros en España aun cuando no estén provistos del correspondiente permiso de trabajo, y en sentencia de 21 de diciembre de 1994, ha establecido que el trabajo en España de los extranjeros está sometido al

régimen de autorización administrativa, cuya concesión se somete a una serie de criterios legales que la Administración podrá ponderar. Indicando que los riesgos en materia de accidente laboral, cuando se trata de un trabajador extranjero sin permiso es objeto de mayor protección, por cuanto la regulación de las prestaciones de la Seguridad Social no corre paralela a los derechos derivados del contrato de trabajo, siendo mayor la protección que otorga el ordenamiento a las primeras que a las acciones que correspondan al trabajador derivadas de contratos de trabajo. Señalando además el Convenio 19 de la OIT, donde señala el principio de igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de accidentes de trabajo, y que esta igualdad de trato sería predicable a todos los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia. Este convenio fue ratificado por España el 22 de febrero de 1929. A mayor abundamiento se indica que estarán obligatoriamente incluidos en el RGSS los españoles que sean mayores de 14 años, y ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional, siempre que concurra la condición de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, en las distintas ramas de la actividad económica”.

De la misma manera sentencias más recientes como la de STSJ de Cantabria de 5 de abril de 2005, indicaba que al igual que en el caso de autos, ha existido una relación laboral entre el actor y la empresa. Indicándose que según la LO 4/2000, en su artículo 33, en su párrafo 2, del número 3, establece que los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar la autorización y obtener la misma del Ministerio de Asuntos Sociales y de Trabajo. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Matización que implica, que a partir de la citada ley, el contrato de trabajo con extranjero no autorizado, no es sin más un contrato nulo.

En el mismo sentido la STS de 9 de junio de 2003, (recurso 008/4217/02), indicó en materia de responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la LO 4/2000, entiende que "por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo”.

Esta conclusión si cabe se reafirma aún más en la LO 8/2000, de 22 de diciembre de Reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente a extranjero no autorizado para trabajar, que es en definitiva el que carece de permiso de residencia, indicando que en tal caso los empresarios deben obtener previamente conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del citado artículo autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a lo que añade en su párrafo 2 de dicho número 3, que la carencia de la correspondiente autorización, por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

Por lo que aplicando la doctrina aludida, derivada de interpretaciones de nuestros Tribunales y muy fundamentalmente la del TS, es indiferente que el trabajador

extranjero posea o no permiso de residencia o trabajo. Es responsabilidad del empresario su contratación, pero si ha realizado una actividad laboral prolongada como el caso de autos, sería contrario a la ley no reconocer al mismo, los derechos derivados de su actividad laboral, entre ellos lógicamente el derecho al desempleo si reúne los requisitos exigidos para cualquier español, para su obtención. Esto es, periodo mínimo trabajado. Requisito que el demandante ha cumplido con creces, pues ha prestado servicios laborales durante 763 días.

Por otro lado la normativa expuesta (LO 4/2000, de 11 de enero, LO 8/2000 de 22 de diciembre) ha de ser interpretada según los criterios hermeneúticos de las leyes que establece el artículo 3.11 del Código Civil. El elemento gramatical, sentido propio de las palabras no puede ser más claro y preciso cuando se dice que la falta de autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo. Por lo que ya no puede considerarse nulo el contrato con las consecuencias previstas en el artículo 9 del ET. A la vez que señala que su validez lo será "respetando los derechos del trabajador extranjero". El elemento sistemático lo ratifica, pues el contexto en el que se contiene este precepto no hace sino abundar en ella al establecer el párrafo primero del artículo 33 el requisito general de la necesidad del permiso de trabajo para luego dejar a salvo en su párrafo tercero, y en todo caso los derechos del trabajador extranjero, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar con esta irregular contratación, modificando de esta forma el régimen jurídico hasta entonces aplicable.

De igual forma los antecedentes históricos y legislativos, ya que de haber querido el legislador mantener la misma situación jurídica preexistente a la entrada en vigor de la LO 4/2000, resultaba de todo punto innecesaria la precisión que se hace en el párrafo 3, para dejar a salvo la validez del contrato de trabajo, cuando la anterior regulación de la materia y los antecedentes jurisprudenciales ya contenían una completa ordenación de las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de permiso.

Además ha de valorarse el elemento sociológico, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, y el elemento teleológico y finalidad, confirman la interpretación de la ley indicada, con la que se ha de proteger al trabajador extranjero como víctima y principal perjudicado de una realidad social que demuestra la frecuente contratación irregular de empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral, o reconociéndole los derechos inherentes a la actividad laboral, como es el desempleo.

Con esta modificación se ha pretendido garantizar plenamente sus derechos laborales reconocidos que no es suficiente para ello la exigencia al empresario de responsabilidades administrativas, incluso penales, en la medida que a través de éstas no se consigue la aplicación en beneficio de los trabajadores extranjeros de tales derechos. Con la nueva ley se trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exige al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta

forma dos distintos ámbitos jurídicos, con los que se quiere abarcar el conjunto de obligaciones legales que el empresario debe asumir, cuando contrata irregularmente a trabajador extranjero, añadiendo a las penales y administrativas, que ya eran preexistentes, las laborales que se incorporan con la nueva ley.

Del mismo modo, los convenios de la OIT, suscritos por España, y a los que lógicamente ha de adaptarse nuestra legislación, y que tienen el valor de fuente del Ordenamiento jurídico, ya indican la procedencia de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, en materia de seguridad en el empleo y otros beneficios.

En definitiva, habiendo realizado la prestación laboral durante el tiempo establecido y que figura en hechos probados, 763 días, el actor tiene derecho a una prestación por desempleo, por lo que procede revocar la sentencia de Instancia, estimando el recurso de Suplicación interpuesto.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Inocencio, frente a la resolución dictada por el Juzgado de lo Social de Ávila de 10 de octubre de 2005, autos 240/05, seguidos en dicho Juzgado en virtud de demanda promovida por el recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, CONSTRUCTORA Y URBANIZADORA EL PUNTAL, S.A., HISPANAFRICAN WAY, S.L. y REFORMAS Y OBRAS EL JARANZAL, S.L., en reclamación de prestación de desempleo y en su consecuencia, con revocación de la sentencia de instancia, y estimando la demanda interpuesta, debemos declarar y declaramos el derecho del actor D. Inocencio a percibir las prestaciones por desempleo, condenado a las empresas y organismos demandados a estar y pasar por dicha declaración.

Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la forma prevenida en los artículos 100 de la Ley de Procedimiento Laboral, 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sus concordantes y firme que sea la presente, contra la que cabe interponer recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina para ante el Tribunal Supremo dentro de los diez días siguientes de su notificación, devuélvanse los autos junto con testimonio de esta Sentencia, incorporándose otro al rollo que se archivará en la Sala, al Juzgado de lo Social de procedencia para su ejecución.