

**SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER A LA
PROTECCIÓN POR DESEMPLEO POR LOS
TRABAJADORES INMIGRANES EN
SITUACIÓN IRREGULAR**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 18 de marzo de 2008*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor, nacional extracomunitario sin permiso de trabajo, vino prestando servicios para la empresa codemandada, entre el 4 de enero de 2003 y el 7 de septiembre de 2004, fecha en la cual fue despedido. El trabajador, por un lado demandó judicialmente a la empresa frente al despido, mientras que por otra parte solicitó su inscripción como demandante de empleo ante el Servicio Regional de Empleo, al propio tiempo que solicitó a la entidad gestora la concesión del derecho de prestaciones por desempleo. Para sendas solicitudes no consta resolución administrativa expresa, interponiendo el interesado las correspondientes reclamaciones en vía judicial.

RESUMEN: La cuestión que se plantea 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 trabajador extranjero sin contar con la autorización para residir y sin permiso de trabajo, que ha prestado servicios para una empresa sin ser dado de alta en Seguridad Social y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Licenciado en Ciencias del Trabajo y doctorando del Programa Investigación y Marketing de la Universidad de Málaga, respectivamente.

El Tribunal Supremo declaró que los extranjeros que, como el actor, se encuentran en situación irregular no tienen derecho a inscribirse como demandantes de empleo ni a percibir prestaciones por desempleo, ya que un requisito inexcusable para ello, según la Ley General de Seguridad Social, es que se acredite la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar la colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad a que se refiere la propia norma. A juicio del Tribunal Supremo, el recurrente, dada su situación de irregularidad, no podía suscribir dicho compromiso, pues no podía realizar ninguna actividad laboral. Además, el Tribunal Supremo argumentó que de reconocerlo supondría la plena equiparación entre los extranjeros con permiso de residencia y de trabajo, de un lado, y la emigración irregular, de otra parte, con la lógica desincentivación que podría suponer para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir permiso de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada clandestina en el país.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BREVE REPASO AL CONCEPTO DE TRABAJADOR EXTRANJERO
3. RECORDATORIO DEL MARCO LEGAL ACTUAL DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA
4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS
5. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el marco normativo sobre extranjeros en España ha estado continuamente en el discurso político, lo cual ha sido motivado de manera especial por el gran número de inmigrantes que han llegado hasta nuestras fronteras. España ha pasado en apenas cinco o diez años a ser uno de los principales países del mundo receptores de inmigración. Ello ha requerido, y aún hoy requiere en gran medida, acomodar tanto las estructuras del Estado como el marco legislativo de referencia a las nuevas exigencias. Ahora bien, de todos es conocido, que tanto una como otra se ha realizado con evidentes limitaciones y sin un debate social serio, y exento de oportunismo político, sobre el fenómeno de la inmigración¹.

¹ Para más detalle ver MARTÍNEZ FONS, D.; *Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ Castilla y León de 17 de noviembre de 2005*. IUS Labor 2/2006.

De tal modo que, en este panorama, se han sucedido diversas formulaciones legales del derecho de extranjería. Conviene recordar que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, supuso un cambio fundamental en la gestión del fenómeno de la inmigración. Así, esta Ley introdujo importantes novedades en materia de derechos, como el de reagrupación familiar, la regulación de la tutela judicial efectiva y la aplicación de derechos fundamentales ligados a la ciudadanía como los de reunión y manifestación, libertad de asociación y de participación pública.

Sin embargo, pocos meses tras su aprobación tienen lugar nuevas elecciones generales y el partido en el Gobierno, que se había opuesto inicialmente a esta Ley, obtuvo mayoría absoluta, por lo que promulgó la reforma de la misma, operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Ello dio origen a un nueva configuración del derecho de extranjería, puesto que supuso la alteración de la orientación general de la normativa frente al fenómeno de inmigración, volviendo a consolidarse un sistema legal basado más en el control de flujos migratorios que en la integración social de los inmigrantes². Con esta reforma, se introdujeron cambios significativos que debilitaron a todas luces la equiparación entre los ciudadanos españoles y los extranjeros, al tiempo que limitaba el derecho de reagrupación familiar y endurecía el régimen sancionador³.

Tres años después, se aprobó la Ley Orgánica 14/2003, pero esta Ley, así como otras reformas menores, no han sido capaces de encontrar un modelo de extranjería eficaz y coherente. En este sentido, la última intervención reguladora, articulada a través del nuevo Reglamento de aplicación de la legislación de extranjería, ha puesto de manifiesto las lagunas que presenta el modelo de extranjería propuesto, en la medida en que viene a confirmar que los procesos de regularización ordinarios contemplados son, además de insuficientes e ineficaces⁴.

La Sentencia del Tribunal Supremo que tiene como objeto este trabajo, pone de manifiesto las dificultades técnicas e incoherencias lógicas que presenta el régimen jurídico de la autorización previa para trabajar en España, en particular en lo relativo a los efectos que derivan del despido del trabajador

² FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 14/2003 de reforma, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2004.

³ Como señala GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., en *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, pág. 30), y apuntando además en nota al pie de página que dicha reforma propiciada por la mayoría absoluta, “llevó a la renuncia del Ministro promotor de la Ley 4/2000, Manuel Pimentel Siles; y de la retirada de la vida política tras casi 20 años de diputado del ponente de la misma, Diego Jordano Salinas.”

⁴ MARÍN MARÍN, J.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*. Bomarzo, Albacete, 2005, p. 29.

en situación irregular, y que dejan el acceso a determinados derechos, como el derecho a prestaciones por desempleo, en manos de la interpretación de los tribunales. Y es que ha de recordarse que, de conformidad con el artículo 36 LO 14/2003, el contrato de trabajo celebrado entre un trabajador en situación irregular y un empresario en España es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre ambos.

La doctrina judicial⁵ ha venido manteniendo hasta este momento que con las distintas modificaciones legales se han querido garantizar plenamente los derechos laborales de los inmigrantes, reconociendo que no es suficiente para ello únicamente la exigencia al empresario o empleador de responsabilidades administrativas o incluso penales, con las que se le sanciona. Por ello, las distintas resoluciones judiciales han operado en el sentido de aplicar la norma de forma que se extendieran también los beneficios o ventajas sociales para los trabajadores inmigrantes en situación irregular.

Sin embargo, con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, se rompe en parte con esta línea doctrinal seguida, por cuanto que el Alto Tribunal Supremo considera que no es posible aplicar el derecho a desempleo a los trabajadores irregulares que, además, no son residentes; y, además, señala que, de conceder este derecho sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la Ley Orgánica de Extranjería que “*es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España*”. Argumento que apunta directamente a las tesis subversivas actuales de criminalización de la inmigración irregular. Tesis reaccionarias que a nuestro parecer debieran ser impropias de un Estado social y democrático de Derecho moderno, que en su propia definición de Estado promulga “*como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”⁶, y que con pronunciamientos como el que nos ocupa trata de forma sumamente parcial valores como la igualdad o la justicia, al no reconocer a un trabajador sus derechos, que debieran serles inherentes por su condición de trabajador, o reconocerlos solo de forma parcial y dependiente de voluntades políticas y administrativas que en muchos casos son inestables y coyunturales. Postura, por otro lado, que es consonante con los nuevos proyectos reguladores de la inmigración en el marco de la Unión Europea y es que, como se conoce por experiencias vividas con anterioridad, en épocas de crisis económicas como la que se vive soplan vientos fríos sobre el fenómeno migratorio, por tratarse de competidores en la ocupación de empleos con los nacionales del país.

⁵ Entre otras, SSTSJ Canarias, de 30 de marzo de 2005; Madrid 20 de mayo de 2003; o la propia sentencia contrapuesta en el recurso que nos ocupa, STSJ Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005.

⁶ Ex artículo 1.1 de la Constitución Española.

2. BREVE REPASO AL CONCEPTO DE TRABAJADOR EXTRANJERO

Parece lógico y necesario delimitar convenientemente lo que entiende la norma sobre el concepto de extranjero antes de profundizar más en la materia.

A modo de recordatorio, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, define dicho concepto de forma indubitada: *“se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.”* Y abundando en la cuestión hace una precisión respecto a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea⁷.

Con carácter internacional, y de forma específica al mundo del trabajo, los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo⁸ han definido al trabajador extranjero como *“toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta”*, descartando así toda forma de autoempleo, la cual afecta a importantes colectivos de inmigrantes en nuestro país, porque debemos recordar hablamos de trabajadores asalariados, y no de trabajadores por cuenta propia.

Por otro lado, nos encontramos también a aquellos extranjeros que carecen de nacionalidad alguna. Respecto a ellos, cabe señalar que el art. 9.10 del Código Civil, establece *“que los apátridas que residan legalmente en España gozan de igualdad de trato o equiparación absoluta respecto de los trabajadores nacionales”*⁹.

Por lo tanto, podemos decir que un trabajador extranjero es aquel que trabajador por cuenta ajena que realiza su actividad profesional en nuestro país, dentro del ordenamiento jurídico español, y que bien ostenta una nacionalidad distinta a la española, o bien carece de nacionalidad alguna.

⁷ Por ello indica que: *“los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”*

⁸ El Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949, ratificado por España el 21 de marzo 1967; y el Convenio núm. 143, de 24 de junio de 1975 relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Pueden verse ambos en www.ilo.org/ilolex/spanish.

⁹ En ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “La protección social del extranjero”, AAVV, Coordinadoras Serrano García y Mendoza Navas, *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 131 y sigs.

3. RECORDATORIO DEL MARCO LEGAL ACTUAL DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

El artículo 13 de la Constitución establece en su primer apartado que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, haciendo alusión al Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, tal como ha reconocido la Jurisprudencia¹⁰. Lo cual implica que se trata de derechos de configuración legal, puesto que, aun reconociendo estos derechos a los extranjeros, es la ley la que tiene que establecer sus contenidos y limitaciones¹¹. Sin duda España se encuentra entre los países que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros, lo cual no es de extrañar ya que nuestro ordenamiento se ha caracterizado tradicionalmente por el reconocimiento de los derechos de los extranjeros en nuestro país.¹²

Como se conoce, la ley encargada de regular los derechos de los extranjeros residentes en España es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Ley que no ha tenido una vida pacífica debido a sus constantes modificaciones. Modificaciones de carácter restrictivo por normas discutidas en los Tribunales. Tanto la Ley 8/2000 como el RD 864/2001, de 20 de julio, han sufrido serios reveses: la primera recientemente por el Tribunal Constitucional en lo relativo a la restricción de los derechos fundamentales sindicales o colectivos de los trabajadores inmigrantes en la STC 236/2007. La segunda por el Tribunal Supremo que anuló 13 preceptos, con lo que se denota claramente una sangrante vulneración de la legalidad¹³ en el desarrollo reglamentario.

¹⁰ Véase, STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 1992.

¹¹ Para ampliar la información puede consultarse, MARTÍNEZ PARDO, V. J.; “Las libertades públicas y los derechos fundamentales de los extranjeros”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 19, enero–junio 2007, pág. 1.

¹² En este sentido, ALZAGA VILLAMIL, O. (*Derecho Político Español según la Constitución de 1978, segunda edición, Madrid, 1998, pág. 53*), señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España.

¹³ STS, Sala de lo Contencioso–Administrativo de 20–03–2003, ponente Sieira Míguez, dictada en el recurso núm. 488/2001, por la Sección Sexta, que ha anulado los siguientes apartados del Reglamento de Extranjería RD 864/2001 por vulneración de los principios de reserva material de ley y de jerarquía normativa: art. 38 sobre la libre circulación de extranjeros, en el art. 56.8 relativo a la expedición de la cédula de inscripción para los indocumentados, el art. 127.2.c.) sobre la medida de internamiento en caso de devolución, el art. 130.2 y 6 por ello que se refiere a la situación de los extranjeros en los centros de internamiento, el art. 138.1.b) sobre supuestos

Después de las sucesivas reformas de nuestro derecho en materia de extranjería¹⁴, hay quienes opinan que estamos asistiendo a un proceso de laboralización de la inmigración¹⁵, puesto que “*los derechos son reconocidos y adquiridos en la medida en que se es titular de un permiso o autorización para trabajar*”¹⁶.

Por último, a finales del año 2004, se aprobó el nuevo Reglamento de Extranjería, mediante el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, tras pasar positivamente los informes preceptivos¹⁷, siendo un texto bastante innovador respecto a los anteriores, desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 con el objetivo principal de priorizar la inmigración legal en nuestro país. Cabe mencionar también que en 2006 se aprobó el R D1019/2006, de 8 septiembre, por el que se modifica el artículo 13 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre¹⁸.

4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS¹⁹

En primer lugar, viene bien recordar que en desarrollo del art. 13.1 de la Constitución, y, parece que también en necesaria aplicación del Convenio nº 97 de la OIT sobre migrantes, la Ley Orgánica 4/2000, reconoce que los extran-

en los que cabe la devolución por vulnerar el principio de jerarquía normativa. Y de otro lado, por vulnerar la reserva de ley, los arts. 41.5 sobre reagrupación, el art. 49.2.d) relativo a la exención del visado del cónyuge de español o extranjero residente en España, y el art. 57 sobre los requisitos para la expedición del título de viaje y el art. 84. 2 y 6 sobre los requisitos para admitir a trámite una solicitud de permiso de trabajo y el art. 117.2 relativo al órgano competente para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión.

¹⁴ Las operadas por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre y la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, con una profunda revisión normativa, o la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, de 31 de diciembre de 2003, la cual menguó en parte el alcance del importante artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

¹⁵ RUIZ CASTILLO, M. M.: “Marco legal de la Inmigración en España. Aspectos Laborales”, en Rev. Derecho Social núm. 22, junio-2002, Bomarzo, pág. 18.

¹⁶ Ver, nuevamente, GARCÍA-CALABRÉS COBO, F. *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, op. cit., pág. 31.

¹⁷ Emitidos el 1 de diciembre de 2004 por el Consejo General del Poder Judicial, el 24 de noviembre de 2004 por el Consejo Económico y Social y el 16 de diciembre de 2004 por el Consejo de Estado.

¹⁸ Se trata de un Real Decreto con un artículo único que modifica el mencionado artículo del reglamento de extranjería. Concretamente añade un segundo apartado al artículo 13 del mismo.

¹⁹ Para ampliar, nuevamente, puede verse: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “La protección social del extranjero”, op. cit., págs. 131 y sigs.

jeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la Ley Orgánica de Extranjería y en las leyes que regulen el ejercicio de cada uno de ellos²⁰. Esa misma norma, tras reconocer el derecho al acceso al sistema de Seguridad Social de los extranjeros²¹, indica que los extranjeros residentes, aunque no sean trabajadores, tendrán derecho a los servicios y prestaciones de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, tanto a los generales y básicos como a los específicos. Además, se garantiza a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, los servicios y prestaciones básicas de la Seguridad Social²².

No podemos olvidar, tampoco, que los Tratados internacionales reconocen el derecho a la Seguridad Social como derecho de toda persona, vinculado a la dignidad de la misma²³. De tal modo es también reseñable que en virtud del Convenio 19 de la Organización Internacional del Trabajo, en el caso del Derecho a la protección social derivada de riesgos profesionales, no establece diferencias entre extranjeros en situación regular o irregular, cuando se trata de los riesgos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ahondando un poco más en el análisis, encontramos que el art. 14 de la Ley Orgánica de Extranjería cuando establece la igualdad de trato en materia de Seguridad Social lo hace no respecto de los trabajadores sino respecto de “extranjeros residentes”²⁴. Ello viene a implicar la aplicación no solo de las

²⁰ Artículo 3.1 Ley Orgánica 4/2000, de extranjería: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

²¹ Artículo 10.1 Ley Orgánica 4/2000, de extranjería: “extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.”

²² Artículo 14 Ley Orgánica 4/2004, de extranjería:

“1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

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.”

²³ Así lo contemplan la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 22, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, en su artículo 9, o la Carta Social Europea, en sus artículos 12 y 13.

²⁴ El artículo 30 bis de la Ley Orgánica de Extranjería establece a estos efectos que son residentes los extranjeros que se encuentren en España y que sean titulares de una autorización para

prestaciones contributivas, sino también de las no contributivas dirigida a ciudadanos residentes que se encuentren en situación de necesidad²⁵. Supone, al mismo tiempo, la necesidad de reinterpretar el art. 7.5 de la LGSS en la medida en que beneficiarios de tales prestaciones lo serán todos los extranjeros que residan legalmente en España y no únicamente los mencionados en dicho apartado.

Ahora bien, y además, con la Ley Orgánica de Extranjería se establece la posibilidad de ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social a los migrantes en situación irregular, ya no sólo respecto de la protección de asistencia sanitaria, sino también respecto de otras prestaciones contributivas.²⁶

Si atendemos a la LGSS, el art. 7 de la misma (también el art. 10 de la Ley Orgánica de Extranjería) establece la inclusión en nuestro sistema de Seguridad Social de los trabajadores, con independencia de su nacionalidad, que se encuentren trabajando y residiendo legalmente en España. Del dictado de esa norma se desprende la igualdad absoluta y a todos los efectos ya que una vez incluidos los trabajadores extranjeros en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social sus obligaciones y derechos deben de ser los comúnmente establecidos para todos los sujetos protegidos y por supuesto con la misma intensidad que los nacionales (en sentido parecido al art. 14.1 de la Ley Orgánica de Extranjería).

De este modo, el art. 7.1 de la LGSS establece la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social a los españoles y extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España cuando ejerzan su actividad en territorio nacional. Se trata de un precepto incluido por la Ley de acompañamiento de 1996, con el que se pretendía evitar la desprotección de los trabajadores por cuenta propia y al que se dió una “mejora técnica de redacción” con la Ley 66/97.

Respecto a las prestaciones no contributivas, hemos de insistir en una idea que con anterioridad se ha planteado: cuando el artículo 14 Ley Orgánica de Extranjería establece la igualdad de trato en materia de Seguridad Social lo hace no respecto de los trabajadores, sino respecto de “extranjeros residentes”;

residir, pudiendo ser tal residencia temporal (entre 90 días y 5 años) o permanente (residencia indefinida y que permite trabajar, tras, normalmente, haber pasado el período de residencia temporal).

²⁵ Aunque teóricamente los residentes temporales no podrían tener derecho a prestaciones no contributivas, primero porque en algunas de ellas se exige una residencia previa de entre 5 y 10 años y segundo porque, de conformidad con el art. 31.2 LOE, el extranjero habrá de acreditar “disponer de medios de vida suficientes para atender a sus gastos de manutención y estancia, incluidos los de su familia, sin necesidad de realizar actividad lucrativa”.

²⁶ Recordamos que sobre este tema entra a tratar la Sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa.

lo cual viene a implicar la aplicación no solo de las prestaciones contributivas sino también de las no contributivas dirigidas a ciudadanos residentes que se encuentren en situación de necesidad. Supone, al mismo tiempo, la necesidad de reinterpretar el art. 7.5 de la LGSS en la medida en que beneficiarios de tales prestaciones lo serán todos los extranjeros que residan legalmente en España y no únicamente los mencionados en dicho apartado²⁷.

5. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Como se ha dejado ver en los apartados predecesores, el marco legal sobre los derechos de los extranjeros ha cambiado mucho en los últimos años, aunque estas reformas no han supuesto una solución contundente a los problemas que plantea el día a día a este importante colectivo. Lo cual ha posibilitado un sinnúmero de diversas interpretaciones distintas por parte de los tribunales. Como se ha visto, las distintas modificaciones legislativas se han ido y venido sucediendo en un relativamente corto espacio temporal, lo que viene a demostrar un pelagroso titubeo en la política de inmigración que hace pensar que el legislador no tiene claro el modelo regulador a seguir.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, pone de manifiesto las dificultades técnicas e incoherencias lógicas que presenta el régimen jurídico de la autorización previa para trabajar en España, de forma especial en lo concerniente a los efectos que derivan del despido del trabajador en situación irregular, y concretamente en lo relativo al derecho a la prestación por desempleo.²⁸

Sobre el tema puede verse, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., en “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social”, en *Actualidad Laboral* n° 39, 1998, pág. 727 y sigs.

Como indica PANIZO ROBLES, J.A., en “Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y de orden social de 1998”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* n° 180, marzo de 1998, CEF, Madrid, pág. 16.

²⁷ Y es que, como indica, ALONSO GARCÍA, B., el art. 14. 1 de la Ley Orgánica de Extranjería, modifica al artículo 7.5 LGSS, en “El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero”, en *REDT* n° 120, 2002, pág. 197. FERNÁNDEZ ORRICO entiende que “urge la reforma del artículo 7.5 de la LGSS”, en “La protección social de los extranjeros en España”, *Aranzadi Social*, t. V., 2001, pág. 1287. O de “derogación tácita” habla MORENO PUEYO, M., en “Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española”, en *Revista Trabajo y Seguridad Social del CEF*, n° 257-258, 2004, pág. 135.

²⁸ A este respecto, cita textual de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008: “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

En primer lugar, el Tribunal Supremo se ocupa de descartar una serie de normas y Tratados Internacionales, así como algunas sentencias anteriores que se pronunciaban sobre dichas normas, ya que a pesar de ser citadas en el recurso del recurrente, todas ellas se refieren al derecho otorgado al trabajador en virtud de su condición de asalariado, y con independencia de su estatus jurídico en el país, pero en lo relativo, únicamente, a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por lo que, en este caso, y vistos los hechos, carecen de aplicación²⁹, según el propio Tribunal Constitucional.

Por tal motivo, el recurso pasa a centrarse principalmente en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería. Como se ha visto de conformidad con este artículo, el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Concretamente, en su apartado tercero dice: *“para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo”*, haciendo referencia a la autorización administrativa previa necesaria para que un extranjero pueda trabajar en España; y continúa, *“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.”*

La aparición de esta normativa ha tenido gran incidencia en la consideración de los derechos que asisten al ciudadano extranjero que presta servicios laborales en situación irregular en España. Hemos de recordar que con anterioridad a la Ley Orgánica 4/2000, el contrato de trabajo se entendía como nulo cuando, aun existiendo y demostrándose la relación laboral, el trabajador extranjero careciera de las autorizaciones administrativas necesarias para realizar su actividad profesional en España. Coincidían en esta opinión la jurisprudencia³⁰ y la mayoría de la doctrina, que consideraban que la falta 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 2003 hasta el 7 de septiembre de 2004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.”

²⁹ Ver Fundamentos de Derecho, segundo, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008.

³⁰ Véase la jurisprudencia al respecto en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1983; STS de 30 de octubre de 1985; STS de 8 de marzo de 1986; o STS de 1 de Julio de 1987.

permiso suponía la nulidad del contrato como requisito “sine qua non” para su validez, ya que se trataba de una norma de derecho necesario, extendiéndose la consecuencia de tal construcción a toda la normativa laboral y de seguridad social, entendiéndose que el inmigrante en situación irregular únicamente tenía derecho a reclamar salarios por el tiempo trabajado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por tanto, y como ya hemos dicho, la aparición de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 diciembre, supone que la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, lo que conlleva que al trabajador en situación irregular no sólo se le reconoce el derecho al percibo de salarios por el tiempo trabajado, sino también el derecho a que, en el supuesto de que su despido sea declarado improcedente, se le reconozca, en todo caso, el derecho a la pertinente indemnización o, en el supuesto de que el despido se produzca con vulneración de derechos fundamentales, se declare la nulidad del mismo y se imponga la readmisión forzosa.³¹

Si bien la sentencia que venimos analizando dice, de forma literal, que *“dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de desempleo que reclama”*. Pasa la sentencia a argumentar en razón al artículo 14 de la Ley Orgánica de Extranjería, el cual establece en su apartado 1 que *“los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*³² Ahora bien, en el caso de trabajadores bajo situación administrativa irregular, hemos de estar a tenor de lo expuesto por el apartado tercero de este mismo artículo: *“los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”*. Si bien de forma no específica, parece clara la diferenciación que hace el legislador respecto a la cobertura de los extranjeros con permiso de residencia y de aquellos que carecen del mismo. A este respecto dice el Tribunal que *“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.”*

³¹ Como establece la propia Sala IV, mediante Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2003.

³² Ver, también, artículo 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”*.

En coherencia con ello, y bajo esta lógica, parece claro que al recurrente no le correspondería derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, sino únicamente derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. El Supremo entiende como prestaciones sociales básicas aquellas recogidas en el artículo 53 de la Ley General de Seguridad Social y 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, así como las prestaciones estipuladas en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 2004, calificó como “asistencia social externa a la Seguridad Social y que son competencia de las Comunidades Autónomas³³. En este punto es contraria la opinión que expresó el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en la sentencia que se contrapone para el recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que este Tribunal considera que tanto las prestaciones derivadas de contingencias profesionales como las derivadas de contingencias comunes vienen recogidas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería, y aplicables tanto a trabajadores con permiso de trabajo como a trabajadores irregulares a los que se les haya reconocido la relación laboral y con ella los derechos inherentes a todo trabajador, entre los que se encuentran la protección ante la falta de trabajo.³⁴

En el apartado séptimo de los Fundamentos de Derecho, el Tribunal se muestra contundente al afirmar, sin dejar lugar a dudas, que no es posible aplicar el derecho a desempleo a los trabajadores irregulares que, además, no son residentes. Añade a ello que, además, que conceder este derecho sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la Ley Orgánica de Extranjería que “*es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España.*”³⁵

³³ Ver STC 239/2002.

³⁴ Texto literal a este respecto de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005: “*Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes: Primero. Si el precepto únicamente hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, como derecho que se reconoce al trabajador extranjero en situación irregular, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir. Segundo: En ningún caso cabe la interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todo trabajador, cual es la protección ante la falta de trabajo, sustituyendo el salario que se deja de ingresar –que es el medio de vida del trabajador y su familia– por la prestación de desempleo. Tercero: Si el precepto contemplara únicamente las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, sería superflua la modificación introducida por la Ley Orgánica 14/03 pues dichas prestaciones ya venían reconociéndose a los trabajadores extranjeros en situación irregular, tal como resulta entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 C.U.D. 2153/02 STS Sala 4ª de 7 octubre 2003.*”

³⁵ Cita textual extraída de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008: “*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*

El Supremo razona, de acuerdo con la sentencia recurrida por el actor, que la Ley General de la Seguridad Social, que es la que regula la prestación de desempleo, ha establecido para su reconocimiento una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular. De este modo, el artículo 203.1 de la Ley General de Seguridad Social, únicamente otorga el derecho al desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo; por lo que los extranjeros no residentes aunque quisiera no podrían trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa³⁶. Pero, además, el artículo 209.1 de la Ley General de Seguridad Social establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, “las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207”³⁷. A lo que se añade también, que la solicitud de desempleo requerirá de la inscripción previa como demandante de empleo³⁸.

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).”

³⁶ Recordamos que la Ley Orgánica de Extranjería estipula que la obtención del permiso de trabajo se podrá conceder solo para a extranjeros ya residentes en España, o bien a quienes llegan ya provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

³⁷ Contenido del artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social: “Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 205 deberán reunir los requisitos siguientes: a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen. b) Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la presente Ley, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. c) Encontrarse en situación legal de 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 artículo 231 de esta Ley. d) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello, o se trate de supuestos de suspensión de relaciones laborales o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa.”

³⁸ Nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008, que “la Resolución de 11 de julio de 1996, 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 perte-

Llegados a este punto, nos parece que tiene especial relevancia citar un fundamento harto peligroso que, creemos que a la ligera, se ha utilizado por el Tribunal en la Sentencia de 18 de marzo de 2007: *“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.”*

Esta argumentación que viene a contradecir los principios de fijados en la doctrina social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2005 y que sirve como de contraste³⁹.

La lógica interpretativa difiere en cada Tribunal: el Superior de Justicia argumenta el texto en la defensa del trabajador y de sus derechos como principio fundamental del Derecho del Trabajo, puesto que es el trabajador la parte más débil de la relación laboral. El Supremo, frente a estos sólidos fundamentos de fondo, exime en parte la culpa del empleador que contrata sabiendo de la ilegalidad que comete y que además recibe pingües beneficios económicos de este fraude. Evade también, a nuestro juicio, parte de la responsabilidad del Estado, en tanto que se reconoce la existencia de relación laboral, se reconoce con ello la validez del contrato de trabajo y las consecuencias que se derivan de tal reconocimiento y, sin embargo, y contrariamente a la lógica que cabría esperar, sobre todo si tenemos en consideración que la Ley Orgánica de Extranjería no dice explícitamente nada al respecto, el Tribunal Supremo se pronuncia coartando los derechos que deberían ser inherentes al trabajador por su condición como tal. Y lo hace basándose en la imposibilidad del trabajador para cumplir ciertos requisitos administrativos a la hora de solicitar la prestación por

necientes 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”.

³⁹ Esto es, que indica que: *“finalmente hay que señalar que si es al empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero (artículo 36.1 LO 4/2000 de 11 enero 2000, tras la reforma operada por L.O. 14/03), no cabe hacer recaer sobre el trabajador las perjudiciales consecuencias que puedan seguirse del hecho de que el empresario no solicite dicha autorización, o le sea denegada por causas inherentes a la persona del empresario, como puede ser el que haya sido sancionado con anterioridad por ocupar trabajadores extranjeros sin el pertinente permiso de trabajo.”*

desempleo; requisitos que no puede cumplir no por voluntad propia o personal sino por voluntad administrativa.

Habría podido parecer incluso lógico que el Tribunal Supremo hubiera pretendido la inactividad del mecanismo de automaticidad de las prestaciones por el Servicio Público de Empleo Estatal, haciendo, ex art. 126 de la LGSS, responsable únicamente al empresario por la falta de alta y de cotización. Pero lo cierto es que esta resolución deja vacío de contenido las responsabilidades contraídas por el empresario en materia de Seguridad Social derivadas del contrato de trabajo, que son precisamente las que el art. 36 de la propia Ley 4/2000 pretende cubrir.

Pero más aún, en un mercado donde la libre competencia es la base fundamental del sistema económico, evitar las responsabilidades empresariales por el uso de la mano de obra irregular y más barata por la no aplicación de la legislación laboral (reguladora no sólo de los salarios sino también de otros derechos que pueden cuantificarse económicamente como costes del trabajo) ni de la regulación fiscal (incluyendo en este concepto tanto los impuestos como las cotizaciones sociales), lleva consigo, sin duda alguna, un detrimento o dañar de los beneficios comerciales o mercantiles del empresariado que cumple con la legalidad y que, por ello, le resulta más difícil competir en precios en el mercado con otros empresarios que se aprovechan de situaciones fraudulentas para obtener posiciones ventajosas.

Este tipo de resoluciones puede, además, llevar consigo un resultado “boomerang”, pues si al empresario se le exonera en todas sus responsabilidades sociales, seguirá buscando para ocupar mano de obra “más barata” de la “bolsa de trabajo” de extranjeros en situación administrativa irregular, lo que seguirá atrayendo a inmigrantes en el conocimiento de que, aún estando en situación irregular, pueden obtener un trabajo y unos ingresos mejores que en los de su país de origen.

Finalmente, se argumenta en esta sentencia que no se pueden reconocer todos los derechos que debieran derivarse del contrato de trabajo, puesto que de hacerse se estaría equiparando a los inmigrantes legales con los inmigrantes ilegales, contradiciendo de tal forma el espíritu de la norma. Cabe plantearse ante estos argumentos, de corte eminentemente burocrático y formalistas, a quién se beneficia realmente con este tipo de decisiones. ¿Realmente se consigue luchar, como explica el Supremo de alguna forma, contra la inmigración irregular?, o más bien, ¿se deja sin toda la protección que debe el Estado otorgar a la persona en cuanto que a su condición de ser humano?