

## EL TIEMPO DE PRESTACIÓN LABORAL EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR ES INOPERANTE A EFECTOS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Comentario a las SSTs núms. 76/2017 y 78/2017, de 31 de enero de 2017

**Pilar Charro Baena**

*Profesora Titular. Universidad Rey Juan Carlos*

### 1. MARCO LEGAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN HASTA EL MOMENTO

Como se sabe, el párrafo 5 del artículo 36 de la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEx), reconoce determinados derechos de contenido laboral y de Seguridad Social en el supuesto de que el trabajador extranjero haya prestado efectivamente servicios, aun cuando no cuente con autorización de residencia y trabajo. El párrafo reseñado ha sido objeto de sucesivas modificaciones y de numerosas controversias en nuestros tribunales.

Vaya de antemano que hasta la aprobación de la [LOEx](#), doctrina y jurisprudencia declaraban la invalidez del contrato de trabajo celebrado sin permiso de trabajo derivada de la realización de un acto contrario a una norma imperativa (la exigencia de autorización de trabajo), según dispone el artículo 6.3 del [CC](#). La nueva norma suponía, en opinión de la doctrina más autorizada, un «giro radical», al afirmar que «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 a los derechos del trabajador extranjero» (art. 33.3 [LOEx](#), en su primigenia redacción). Esta previsión permitía vincular los derechos laborales al trabajo efectivamente realizado y no al contrato de trabajo, y desterrar, *ex lege*, la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual los extranjeros en situación irregular solo tenían derecho, en caso de ser cesados, a la contraprestación por el tiempo trabajado en virtud de lo dispuesto en el [artículo 9.2 del ET](#), sin que pudieran percibir otros derechos derivados del contrato ni de su terminación. Esta redacción se mantuvo, a los efectos que ahora interesan, con la reforma operada por la [Ley Orgánica 8/2000](#), si bien reenumerado como artículo 36.3. Importantes y sugerentes pronunciamientos judiciales no se hicieron esperar.

Respecto de los derechos laborales del trabajador extranjero en situación irregular, es la [STSJ de Cataluña de 14 mayo de 2002](#) la que representa de manera paradigmática la nueva interpretación, cuando afirma que hay que «conceder plena eficacia jurídica a la relación laboral existente entre la empresa y los trabajadores extranjeros», pues la situación precedente está «radicalmente modificada» a fin de «asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales». Basa su posición no solo en el tenor del citado artículo 36.3 sino también en su interpretación gramatical, sistemática, histórica y contextual. Desde entonces, la doctrina judicial (por todas, SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 25 de noviembre de 2003 y Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2004), confirmada en unificación de doctrina ([STS de 29 de septiembre de 2003](#)), reconoce que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular es titular de los derechos laborales contractuales. Por ello, le corresponde no solo el derecho a la retribución devengada, como ocurría bajo la regla del [artículo 9.2 del ET](#), sino también una protección frente a la eventual reclamación por despido improcedente, aunque en este caso habría de limitarse la condena al empresario al pago de la indemnización (en ese momento, además de los salarios de tramitación), «sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto a unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo» (SSTSJ de Cataluña de 5 de julio de 2006, País Vasco de 11 de octubre de 2005, Cataluña de 7 de octubre de 2005, [Madrid de 13 de septiembre de 2005](#), Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2005 y 11 de mayo de 2004, entre otras). Al hilo de esta cuestión, conviene recordar que el tribunal unificó doctrina, y en [Sentencia de 21 de junio de 2011](#), reconoce el derecho del trabajador extranjero en situación irregular, en el caso de despido declarado improcedente o nulo, al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido.

Tratándose de contingencias profesionales, en particular las derivadas de accidente de trabajo, la doctrina judicial venía otorgando la protección a todo extranjero, aun sin residencia legal en España, frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (SSTSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999, [Balears de 18 de julio de 2002](#), [Castilla y León/Burgos de 30 de julio de 2004](#)). Esta doctrina judicial se fundamentaba no solo en la normativa internacional (Convenios núms. [19](#), [97](#) y [143 de la OIT](#)) sino también en disposiciones legales internas, pues respecto de la reciprocidad expresa o tácita que delimita el campo subjetivo de aplicación del sistema de Seguridad Social (art. 7.5 [LGSS](#)) y el artículo 1.4 b) de la [Orden de 28 de diciembre de 1966](#), por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en periodo voluntario de la Ley General de Seguridad Social, se dispone que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional». Aprobada la Ley Orgánica 4/2000, nuestros tribunales encuentran la fundamentación jurídica para el reconocimiento de prestaciones derivadas de contingencias profesionales en el repetido artículo 36.3.

Así las cosas, la [LOEx](#) conoce otra reforma mediante la [Ley Orgánica 14/2003](#), dando la siguiente redacción al artículo 36.3: «La carencia de la correspondiente autorización por parte de 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». El

nuevo texto permitiría reconocer al trabajador extranjero que careciese de la correspondiente autorización de residencia y trabajo también prestaciones de Seguridad Social, y no solo las derivadas de contingencias profesionales, sino también por contingencias comunes. Impresión efímera, porque tan solo un mes después es aprobada la [Ley 62/2003](#), de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en cuyo artículo 48 se regulaba el incremento de la multa a imponer a quien emplease a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, y de la que parecía deducirse que, aun acreditada la existencia de relación laboral y sin que se desconociesen los derechos laborales derivados de la misma, el incumplimiento empresarial de solicitar la autorización previa para trabajar no conllevaba obligaciones empresariales en orden a la afiliación, alta y cotización, lo que incidiría negativamente en la posibilidad de lucrar prestaciones de Seguridad Social, a salvo de las derivadas de las contingencias profesionales, para las que, como ya se dijo, la fundamentación de su reconocimiento se encontraría en convenios internacionales ratificados por el Estado español. Abundando en esta cuestión, el [Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre](#), reformó el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el [Real Decreto 84/1996, de 26 de enero](#). Respecto a los nacionales de Estados que hubieran ratificado el [Convenio núm. 19 OIT](#), quienes presten sus servicios careciendo de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, «se consideraran incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». Se recogía legalmente, de esta forma, la doctrina jurisprudencial antes referida. Para el resto de extranjeros, que no fuesen nacionales de Estados que hubieran ratificado el citado convenio, el nuevo precepto disponía que «los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley».

En cuanto a las prestaciones derivadas de contingencias comunes, la respuesta en sede judicial no resultaba tan pacífica. Por un lado, algunos tribunales apoyaban el otorgamiento de la cobertura por desempleo contributivo (entre otras, SSTSJ de [Cantabria de 26 de octubre de 2004](#), Castilla y León de 17 y 21 de noviembre de 2005); otros, lo denegaban (SSTSJ de Murcia de 13 de febrero de 2006 y Madrid de 16 de enero de 2007). La cuestión fue finalmente resuelta por el Tribunal Supremo, que unifica doctrina en su [Sentencia de 18 de marzo de 2008](#), que es reiterada en [Sentencia de 12 de noviembre de 2008](#). En ambos pronunciamientos, tras advertir de la posible antinomia entre los artículos 14 (únicamente los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social) y el 36.3 de la [LOEx](#), pues lo que en apariencia deniega aquel lo concede este, al removerse, como obstáculo impeditivo del acceso a las prestaciones la inexistencia de la pertinente autorización administrativa, se proporciona una reinterpretación al artículo 36.3 de la [LOEx](#) atendiendo a la situación del trabajador extranjero. Así, tratándose de un trabajador extranjero titular de una autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, al no invalidar el contrato de trabajo, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social a las que el extranjero residente tiene derecho *ex* artículo 14.1 de la [LOEx](#), en igualdad de condiciones que los españoles. Por el contrario,

y respecto al trabajador extranjero que carece de la autorización de trabajo y residencia, el hecho de trabajar sin autorización no sería obstáculo para que pueda obtener «las prestaciones que pudieran corresponderle» (último inciso del reiterado art. 36.3 LOEx). Pero tales prestaciones, de acuerdo con el artículo 14.3 de la LOEx, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 (que solo se refieren a los extranjeros residentes) sino los «servicios y prestaciones sociales básicas». Haciendo un esfuerzo interpretativo, el Tribunal Supremo incluye en el marco de estas últimas expresiones las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere necesario (art. 53 en relación con el art. 38.1 e) LGSS); la asistencia sanitaria urgente al extranjero (art. 12 LOEx); e, incluso, la asistencia social de las comunidades autónomas (ex art. 148 CE) externa a la Seguridad Social. Asimismo, y en aplicación del **Convenio 19 de la OIT** –u otra norma internacional que estableciese la reciprocidad o la igualdad de trato a estos efectos protectores–, el extranjero en situación irregular tendría derecho a la obtención de prestaciones derivadas de contingencias profesionales (asistencia sanitaria, incapacidad temporal, pensiones de incapacidad permanente y todas las prestaciones a favor de sus supervivientes asociadas al fallecimiento del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional), según dispone el artículo 42.2 del **Real Decreto 84/1996**, reformado en 2005.

Ello no es óbice, entendía el Tribunal Supremo en 2008, para que el incumplimiento empresarial de las obligaciones empresariales –solicitud de autorización de residencia y trabajo inicial para el trabajador extranjero, alta en Seguridad Social y cotización durante la prestación laboral, fundamentalmente– generase «el resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase [...] que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto a cargo de la Seguridad Social».

La doctrina contenida en tan relevante sentencia fue incorporada a la redacción del artículo 36.5 de la LOEx por la **Ley Orgánica 2/2009**, cuyo tenor se mantiene hasta hoy, aquilatando, respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de contingencias comunes al trabajador en situación irregular, que la eventual obtención de prestaciones de Seguridad Social derivada de convenios internacionales debe resultar siempre compatible «con su situación» y que, en todo caso, «el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».

Como refuerzo de la nueva interpretación que el Alto Tribunal proporcionaba al artículo 36.5 de la LOEx, desde la atalaya de la normativa sobre Seguridad Social, y para negar el derecho a la prestación por desempleo de aquellos extranjeros que careciesen de autorizaciones administrativas de residencia y trabajo, señalaba que la ley otorgaba el derecho a la prestación por desempleo a quienes «pudiendo y queriendo trabajar pierden su empleo» (art. 203.1, hoy 262.1 LGSS), y los extranjeros no residentes, aunque quisieran, no podrían trabajar si no estaban autorizados a ello. Por otra parte, la solicitud de desempleo requiere la inscripción como demandante de empleo (art. 209.1, hoy 268.1 LGSS) y el extranjero irregular no puede formalizar dicha inscripción. En fin, el reconocimiento de la prestación por desempleo exige como requisito inexcusable acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación

adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad (art. 207 c), hoy 266 c) LGSS), compromisos que no pueden cumplir los extranjeros en situación administrativa irregular al no poder realizar ninguna actividad laboral.

## 2. BREVE SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS DE HECHO

Son dos las Sentencias del Tribunal Supremo, núms. 76/2017 y 78/2017, que ahora se comentan, de idéntica fecha, 31 de enero de 2017. Ambas resuelven la cuestión de si el periodo en que un extranjero ha prestado servicios en situación administrativa irregular debe computar a efectos de la prestación contributiva por desempleo. Obviamente, las circunstancias fácticas de cada una de ellas son distintas.

En la STS núm. 76/2017, un trabajador extranjero estuvo prestando servicios a favor de una empresa sin autorización de residencia y trabajo durante dos años y medio; cuando obtuvo la referida autorización celebró un contrato de trabajo con la misma empresa de duración determinada a tiempo completo, convirtiéndose al año siguiente en un contrato indefinido a tiempo parcial. Extinguido el contrato de trabajo por auto de ejecución de sentencia, el trabajador solicita la prestación contributiva por desempleo, que es reconocida por el SPEE por un periodo coincidente con el de percepción de salarios de tramitación. Con posterioridad, el SPEE revoca la resolución y le reconoce un nuevo derecho con fecha de inicio una vez transcurrido el abono de los referidos salarios de trámite. El trabajador interpuso reclamación previa contra la resolución administrativa ya que el SPEE no había tomado en consideración como días trabajados, a efectos del pago de la prestación por desempleo, el periodo en que había prestado servicios sin las preceptivas autorizaciones. Desestimada la reclamación previa, corrió igual suerte la demanda planteada, cuyo fallo es confirmado en suplicación.

En la Sentencia núm. 78/2017, el trabajador extranjero había prestado servicios durante algo más de año y medio a favor de una empresa sin contar con autorización administrativa para trabajo por cuenta ajena y sin ser dado de alta en la Seguridad Social, relación laboral que se extinguió. Una vez obtenida la preceptiva autorización, concierta un contrato a tiempo parcial con otra empresa, figurando dado de alta en la Seguridad Social y habiéndose efectuado la cotización. Cuando se resuelve el contrato, el trabajador solicita la prestación por desempleo, que es denegada por el SPEE pues solo acredita 129 cotizados. La reclamación previa es desestimada, la sentencia de instancia estima en parte la demanda y le reconoce la prestación por 240 días y la sala de suplicación la confirma.

Como se comprueba, existe un dato diferencial importante, pues si bien en el primer supuesto el trabajador, una vez obtenida la correspondiente autorización administrativa, había cotizado el tiempo mínimo para el reconocimiento de la prestación por desempleo y el tiempo irregularmente trabajado incrementaría la duración de la prestación, en el segundo, el no tomar en consideración el periodo trabajado en situación administrativa irregular impide al trabajador acceder a la prestación referida.

### 3. ASPECTOS CLAVE DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MANTENIDA EN LAS SENTENCIAS

La cuestión debatida en las anteriores sentencias no es otra que determinar si el periodo trabajado en situación irregular debe computarse a efectos de lucrar la prestación por desempleo cuando procede, con o sin solución de continuidad, a otro periodo de trabajo en situación administrativa regular.

Ambas sentencias parten de la doctrina contenida en las precedentes de [18 de marzo](#) y [12 de noviembre de 2008](#) –a las que se hace remisión dando expresamente por reproducidos sus argumentos– que sientan que la prestación contributiva por desempleo no la puede obtener el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación administrativa irregular. Y dan a entender que con los dos pronunciamientos que ahora nos ocupan se da un paso más, profundizando en la anterior doctrina, ocupándose de qué ocurre si, con posterioridad, el trabajador extranjero obtiene las preceptivas autorizaciones administrativas.

El Tribunal Supremo es contundente en sus afirmaciones, sentando que el incumplimiento empresarial de las obligaciones legales de contratar al trabajador extranjero sin contar con las preceptivas autorizaciones no tiene repercusión en el sistema público prestacional de la Seguridad Social. Reitera lo afirmado en 2008 en el sentido de que ello no es óbice de una eventual responsabilidad empresarial que se extiende a las prestaciones de Seguridad Social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantías, por tanto, a cargo de la Seguridad Social.

La doctrina fundamental es que el nuevo periodo de trabajo no sana la anterior situación de irregularidad a efectos prestacionales. Por tanto, el tiempo trabajado en situación irregular no es computable a efectos de lucrar la prestación contributiva por desempleo ni tampoco, en consecuencia, puede adicionarse al otro periodo de prestación laboral contando con las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo.

En conclusión, solo con la nueva actividad del extranjero que reúna las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo nace un espacio prestacional *ex novo* que puede dar origen, si se han cumplido los requisitos legalmente exigidos en la normativa de Seguridad Social, al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo.

Ambas sentencias contaban con un voto particular. En un caso ([Sentencia núm. 78/2017](#)), niega la existencia de contradicción por lo que no entra a dilucidar la cuestión de fondo. En el otro ([Sentencia núm. 76/2017](#)), entiende que se debería haber estimado el recurso formulado y habiendo incumplido la empresa sus obligaciones en materia de alta y cotización del trabajador, procedería su responsabilidad directa, procediendo el anticipo de dichas prestaciones por el SPEE, subrogándose en los derechos y acciones del trabajador frente a dicha empresa.

#### 4. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO Y PREVISIBILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

A la luz de la normativa aplicable y del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia, la decisión del Tribunal Supremo en ambas sentencias no sorprende, porque las sucesivas reformas que han operado en el controvertido –y deliberadamente confuso– artículo 36 de la LOEx han ido limitando el acceso a las prestaciones derivadas de contingencias comunes, en ocasiones, asumiendo la doctrina del Alto Tribunal en esta materia. Ambos pronunciamientos siguen –y reproducen– la doctrina unificada vertida en el año 2008, sobre el reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo de trabajadores en situación irregular.

Dicho lo anterior, en mi opinión, los supuestos fácticos que subyacen en las dos sentencias que ahora se comentan hubiesen permitido, sin contravenir la literalidad de la norma ni la doctrina hasta ahora vertida por el Tribunal Supremo en materia de reconocimiento de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros en situación irregular, alcanzar otra solución. Precisamente el dato de que cuando los trabajadores solicitan la controvertida prestación contaban con autorización de residencia y trabajo inicial y que, a juicio del Tribunal Supremo en la [Sentencia núm. 78/2017](#) era «un elemento del que se puede prescindir en la comparación» es de suma trascendencia.

Como se ha dicho, la [Sentencia núm. 78/2017](#) incluye un voto particular que mantiene que debería haberse inadmitido el recurso, puesto que es inexistente la identidad de las resoluciones. No le falta razón a la magistrada discordante con el voto mayoritario cuando afirma que «el enfoque que se da a la cuestión de la contradicción en la sentencia de la mayoría perturba el análisis del fondo», pues la cuestión que trataba la resolución del Tribunal Supremo en 2008, y que se aporta como referencial, era si el trabajador que había prestado servicios en España en situación administrativa irregular tenía derecho a la prestación contributiva por desempleo en el supuesto de pérdida involuntaria del trabajo. Esto es, la doctrina jurisprudencial sostenida en 2008 se refiere 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 por desempleo», como acertadamente señala la [STS de Cataluña de 17 de octubre de 2012 \(rec. núm. 5280/2011\)](#), sentencia de contratate en la [STS núm. 76/2017](#).

Sin embargo, en los supuestos que ahora nos ocupan, al menos claramente en el resuelto por la [Sentencia núm. 78/2017](#), la cuestión controvertida es si, reconocido el derecho a la prestación –y acreditado que cumple con los requisitos para declarar que se encuentra en situación legal por desempleo–, el tiempo reconocido debe tomar en consideración o no todo el periodo de prestación efectivamente realizado sin autorización de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 36.5 de la LOEx. Esto es, si la obtención de la preceptiva autorización administrativa para trabajo de extranjeros tiene efectos «sanadores». Y el Tribunal Supremo rotundamente lo niega. Afirma que la «primera etapa profesional en España [...] constituye un compartimento estanco que no puede ser tenido en cuenta en este ámbito y materia» y que, aunque le suceda otro tiempo de actividad regular, «ni siquiera inmediatamente», muda su primitivo carácter irregular, pues se trata de «dos periodos distintos y heterónomos».

No parece aventurado afirmar, dada la contundencia con la que se expresa el Tribunal Supremo en ambos pronunciamientos –nótese que son dictadas en Pleno–, que en un futuro se siga la misma doctrina. Sin embargo, en mi opinión, se hace una interpretación errónea, por extensiva, de la previsión legal de que «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo». La norma trata de determinar qué derechos –laborales y de Seguridad Social– le corresponden al trabajador extranjero en situación de «irregularidad sostenida de la prestación laboral del extranjero», en expresión contenida en la [STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2012](#), que se presenta de contraste en la [STS núm. 76/2017](#), pero cabría otra interpretación de admitirse que el artículo 36.5 limita la obtención de la prestación por desempleo literalmente a quienes carezcan de la autorización de residencia y trabajo, no así a quienes sí cuentan con residencia legal (aunque no sea laboral) y a quienes mutan su situación por haber subsanado los defectos administrativos de la ausencia de autorización tomando en consideración los servicios irregularmente prestados. El artículo 36.5 dispone que la carencia de las autorizaciones correspondientes no será obstáculo de las prestaciones que pudieran corresponder «siempre que sean compatibles con su situación», y en ambos supuestos, los trabajadores habían obtenido la autorización de residencia y trabajo, por lo que los impedimentos que el Alto Tribunal apreciaba en 2008 para el reconocimiento de la prestación por desempleo (situación legal de desempleo, inscripción como demandante de empleo, búsqueda activa de empleo, suscripción del compromiso de actividad) ya no existen.

Por otra parte, el tomar en consideración el periodo de tiempo en que un extranjero se ha encontrado en situación irregular no es desconocido en la legislación de extranjería, cuyo ejemplo más emblemático sería el de la regulación del arraigo laboral en el que, como se sabe, subyace el hecho del incumplimiento de la regulación legal establecida y la ineficacia de la técnica meramente sancionadora, instrumentando el legislador un remedio «sanador» posterior que permite alcanzar la residencia legal acreditando la prestación laboral previa *de facto*; no se trata de convalidar la irregularidad administrativa sino de tener en cuenta la residencia y trabajo efectivos para consolidar el estatus del extranjero. Asimismo, el reconocimiento de la existencia material de una prestación de servicios ha permitido que los extranjeros en situación irregular hayan ido consiguiendo, normativa y jurisprudencialmente (aunque no siempre por este orden), el reconocimiento progresivo de derechos laborales en lo que se ha venido denominado «el estatuto jurídico del trabajador extranjero irregular»: derecho al salario, protección frente al despido, etc.



## NOTA DE EDICIÓN

La ausencia de autorización para trabajar y el reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social no cesan de provocar cuestiones de actualidad, desde diversas vertientes y en relación con diferentes situaciones. Cerrada ya definitivamente la edición del comentario, completo y muy sugerente, realizado por la profesora Pilar Charro, se ha conocido la polémica [STS, Sala 4.ª, 255/2017, de 24 de marzo, RCU 85/2016](#). Esta sentencia resuelve –por mayoría, con un fundado voto particular firmado por tres magistrados– la siguiente cuestión litigiosa, que se articula en dos pretensiones. Por un lado, si en aplicación tanto de la normativa general respecto a los extranjeros en España como de la específica referente a la residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, es posible que una persona como el actor, de nacionalidad peruana y tras su periodo de MIR en España, pueda, o no, disfrutar de la prestación de desempleo. Por otro, si concretamente esta persona, en atención a su específica situación residencial, podría ser acreedora a dicha prestación.

Brevemente, antes de exponer de forma muy sucinta la doctrina de unificación creada, en relación con un tema extremadamente conflictivo en las doctrinas de suplicación, es oportuno sintetizar los datos de hecho más relevantes. Este recurso de casación para la unificación de doctrina versa sobre la prestación de desempleo solicitada por un trabajador del que se declara probado que se trata de un ciudadano peruano residente comunitario en España por familiar de un ciudadano de la UE, con permiso por cinco años (2015-2020), que antes prestó servicios en el Servicio Madrileño de Salud en un hospital madrileño como residente de farmacología clínica (desde el 20 de mayo de 2010 al 19 de mayo de 2014). Al finalizar tal periodo solicitó prestación por desempleo, que le fue denegada, por no encontrarse entre las personas a que alude el artículo 205 de la [LGSS](#) ni entre las que deben cotizar por dicha contingencia. El IMSALUD expidió certificado de cotizaciones por desempleo por importe de 16.765,68 euros en el periodo de los 180 últimos días. La sentencia de instancia acogió la demanda de dicho trabajador, por lo que el SPEE recurrió en suplicación, que la sala desestimó confirmando la anterior con base en una precedente sentencia de la misma y aplicando el marco vigente (art. 14.1 [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#); arts. 38.1 c), 207 y 210.1 de la [LGSS](#); [RD 1146/2006](#), regulador de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud; arts. 42 y 43 [RD 557/2011, de 20 de abril](#), así como su disp. adic. decimosexta; y arts. 55.2 d) y 91 [RD 2393/2004](#)). Recurre en casación unificadora el mencionado ente gestor con un motivo, citando de referencia la sentencia del mismo TSJ, pero distinta sección, de 17 de noviembre de 2014, rec. núm. 594/2014. Impugna el actor alegando en primer lugar falta de contradicción. El Ministerio Fiscal considera procedente el recurso.

De la extrema conflictividad judicial de esta cuestión dio cuenta la reciente [STSJ de Andalucía/Granada, 2887/2016, de 22 de diciembre](#), en la que se hace una

perfecta síntesis de las posiciones contrapuestas de diversas doctrinas de suplicación social. Precisamente, ahora la [STS 255/2017, de 24 de marzo](#), pretende poner orden en este nuevo caos interpretativo y ha decidido, no sin crítica interna, reconocer que la falta de autorización para trabajar de este tipo especial de trabajadores tiene un fundamento legal y, en consecuencia, no le priva del derecho a la prestación por desempleo.

Para la mayoría de la sala, el demandante se encontraría en situación legal de desempleo, por disponer de permiso de residencia hasta el 11 de enero de 2020. Como la prestación por desempleo que reclama es por una duración inferior a la del periodo de residencia que puede regularmente permanecer en España, «durante el tiempo por el que tiene concedida autorización de residencia puede permanecer en España y buscar empleo, solicitando, en su caso, la pertinente autorización de trabajo, si fuera necesaria» (FJ 5.º, punto 3). No opina lo mismo el voto particular, para el que la continuidad de la autorización de residencia del actor no debe tener el sentido que le da la mayoría, de activar su situación de búsqueda de empleo, presupuesto legal para causar prestación por desempleo, sino que se «sobreeentiende que procede el retorno del trabajador a su país de origen puesto que la causa de su entrada y residencia en España es la formativa, con una duración determinada y único periodo en que se ha cotizado (aunque indebidamente), de ahí que no se exija en esa situación una autorización de trabajo e igualmente que no se prevea y esté expresamente excluida la cotización por contingencia de desempleo».

El enorme interés de esta sentencia y de la punja judicial interna, con valor tanto en el plano doctrinal como en el práctico (serán muchos los médicos residentes extracomunitarios que se beneficiarán de esta solución garantista), bien merece la pena una lectura detenida por los lectores. Ahora solo hemos querido dar cuenta de su existencia. No obstante, no queremos terminar esta Nota de Edición, sin poner de relieve cómo hay en esta confrontación razonada de posiciones dos visiones muy diferentes del fenómeno migratorio económico-laboral: para la mayoría, el proyecto migratorio tendría una cierta dimensión de estabilidad, de manera que no hay que presumir que toda persona migrante extracomunitaria esté asociada a un plan de retorno, sino que hay que darle un tratamiento de persona con situaciones de necesidad y con diversidad de proyectos personales; en cambio, para la minoría, la persona migrante es mucho más unilateral y, fallido o finado su proyecto inicial –aquí formativo–, no cabría más opción que el retorno, con la salida de la persona del Estado de acogida y sin que pueda alimentarse una opción diferente, de asentamiento, solo con los derechos de prestación social del Estado, pese a que este haya recaudado indebidamente unas cotizaciones que no hubiera debido aceptar (le hace un reproche solo moral, no jurídico, a esta suerte de enriquecimiento injusto que sería ingresar cotizaciones por desempleo pero, amparados en la exclusión legal, no ofrecer la correspondiente cobertura). Para estas tensiones permanentes entre la concepción social y la liberal de los movimientos migratorios, más allá de nuestras fronteras, remitimos al [Editorial](#).