



Roj: **STSJ M 18702/2010 - ECLI: ES:TSJM:2010:18702**

Id Cendoj: **28079340012010101071**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/12/2010**

Nº de Recurso: **4506/2010**

Nº de Resolución: **1084/2010**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JUAN MIGUEL TORRES ANDRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0004506/2010

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.1

MADRID

SENTENCIA: 01084/2010

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 001

Recurso de Suplicación nº 4506/10

Sentencia nº 1084/10

L

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER

JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA

En MADRID, a veintitrés de Diciembre de dos mil diez, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 001 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado el siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPLICACION **4506/2010**, interpuesto por la empresa MARKOIL, S.A., contra la sentencia dictada en 5 de marzo de 2.010 por el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de MADRID , en los autos núm. 93/10, seguidos a instancia de DON Florian , contra la empresa recurrente, sobre despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de



juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

1.- El demandante ha prestado servicios para la demandada desde el 1/03/2005 como expendedor vendedor con salario bruto de 1.349 euros mes incluida prorratea de pagas extras.

2.- El demandante, de nacionalidad peruana, obtuvo una autorización de residencia y trabajo como marinero enrolado en buque de cabotaje desde el 9/01/2004 al 29/09/2004 a petición de la mercantil NAVIERA LERMA SOREL S.L. para quien trabajó desde el 2/02/04 al 27/03/04.

3.- En fecha 1/03/05 el trabajador es contratado por la demandada mediante contrato de duración determinada por circunstancias de la producción como expendedor vendedor, que es prorrogado en fecha 1/06/2005 y convertido en indefinido en fecha 1/09/2005.

4.- La demandada dio de alta al trabajador en el régimen general de la Seguridad social y ha venido cotizando desde su contratación por el trabajador.

5.- El trabajador no aportó a la demandada ni la empresa concedora de su nacionalidad peruana, exigió al trabajador en el momento de su contratación el permiso de residencia y de trabajo. En su lugar, el trabajador proporcionó a la empresa el informe de vida laboral y la resolución sobre asignación de número de afiliación a la S.S. en que constaba había estado prestando servicios para la mercantil SESA START ETT, S.A.

6.- En fecha 23 /03/2006 el trabajador formula denuncia por haber extraviado su tarjeta de residencia. Situación que no comunica a la empresa.

7.- En fecha 3/09/09 el trabajador solicita autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social siendo denegada con fecha 3/11/09 como consecuencia del informe gubernativo desfavorable emitido por la delegación de Gobierno de Madrid. Esta circunstancia no es comunicada por el trabajador a la empresa.

8.- En fecha 3/11/09 el área funcional de trabajo e inmigración de la delegación del Gobierno de Madrid remite a la dirección general de inspección de trabajo y seguridad social, informe por el cual se da cuenta de la situación irregular del actor al estar dado de alta en la S.S sin contar con permiso de residencia. El servicio de Inspección gira visita a la demandada y comprueba que al momento de contratación y durante toda su relación laboral el trabajador carecía de autorización de residencia y trabajo. 9.- Como consecuencia de dicha actuación la empresa es sancionada con una multa de 6.001 Euros por la comisión de una infracción muy grave en grado mínimo tipificada en el art. 51.1 y 54.1.d) y 55.3 y . 4 de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de extranjeros en España y sus reformas posteriores al haber dado de alta a un trabajador no autorizado a trabajar en España.

10.- La empresa comunica en fecha 14 /12/2009 al trabajador la extinción del contrato mediante carta con el siguiente contenido:"

" Por medio de la presente le comunicamos que, con fecha de hoy, se ha cursado su baja en la Compañía como consecuencia de unos hechos de los que hemos tenido conocimiento hace unos días. Si bien Vd. entró en España con el correspondiente permiso de trabajo. y sobre tal premisa fue contratado en su día por esta Compañía, según hemos conocido esta misma semana, directamente de la propia Administración responsable de los asuntos de extranjería y de la Inspección de Trabajo, Vd. nunca renovó dicho permiso de trabajo, por que actualmente se encuentra en situación ilegal en nuestro país. Además, es de reseñar que el pasado verano le solicitamos una copia del permiso de trabajo en vigor, a lo que Vd. respondió que lo habla perdido y presentó una denuncia cursada ante la Policía. mintiendo por tanto abiertamente a la empresa pues conocía perfectamente que no cumplía 1 os requisitos para que el contrato se mantuviese en vigor. Por ello, tal y como indicábamosal inicio de esta comunicación, y siguiendo además indicaciones de la propia inspección de Trabajo. con fecha de hoy queda extinguido su contrato de trabajo a todos los efectos".

11.- La empresa procedió a dar de baja al trabajador en la SS con igual fecha de 14/12/2009.

12-E1 trabajador no ostenta ni ha ostentado cargo sindical, o cargo representativo alguno.

13.- Se ha intentado sin avenencia la vía previa como se acredita con la demanda.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que, estimando la demanda interpuesta por D. Florian contra la mercantil " MARKOIL S.A." debo DECLARAR Y DECLARO IMPROCEDENTE EL DESPIDO del actor y siendo imposible la readmisión DECLARO EXTINGUIDA la



relación laboral entre las partes en la fecha de la presente resolución y CONDENO a la empresa demandada a que le indemnice en la suma de 10.116 Euros así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (14/12/2009) hasta la presente resolución a razón de 44,96 Euros/día".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 24/09/2010, dictándose las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 22/12/2010 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso no se ha producido incidencia alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada en la modalidad procesal de despidos, tras acoger la demanda que rige estas actuaciones, dirigida contra la empresa Markoil, S.A., cuya actividad estriba en la explotación de estaciones de servicio, declaró la improcedencia del despido del actor ocurrido en 14 de diciembre de 2.009, por lo que, en sus propias palabras, "siendo imposible la readmisión DECLARO EXTINGUIDA la relación laboral entre las partes en la fecha de la presente resolución y CONDENO a la empresa demandada a que le indemnice en la suma de 10.116 Euros así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (14/12/2009) hasta la presente resolución a razón de 44,96 Euros/día" (las mayúsculas son suyas). Recurre en suplicación la mercantil traída al proceso instrumentando cinco motivos, todos ellos con adecuado encaje procesal, de los que los cuatro primeros se ordenan a revisar la versión judicial de los hechos, mientras que el último lo hace al examen del derecho aplicado en la resolución combatida, siendo de resaltar, por último, que la parte actora no es sino el trabajador Don Florian , de nacionalidad peruana, que no, como por simple error material consta en el encabezamiento del escrito de recurso, la firma Autogrill, S.A.

SEGUNDO.- El motivo inicial, encaminado, como antes dijimos, a censurar errores in facto, postula la modificación del hecho probado segundo de la sentencia recurrida, que dice así: "El demandante, de nacionalidad peruana, obtuvo una autorización de residencia y trabajo como marinero enrolado en buque de cabotaje desde el 9/01/2004 al 29/09/2004 a petición de la mercantil NAVIERA LERMA SOREL S.L. para quien trabajó desde el 2/02/04 al 23/07/04", redacción que, a su entender debe completarse con la introducción de otros dos párrafos, a cuyo tenor: "(...) Entre el 4 de mayo de 2004 y el 28 de febrero de 2005, el demandante estuvo prestando sus servicios para la Empresa de Trabajo Temporal 'SESA START ESPAÑA ETT, S.A.' que giraba bajo el nombre comercial de 'PEOPLE', estando dado de alta durante ese período en el Régimen General de la Seguridad Social. En el marco de esa relación con la empresa de trabajo temporal, el demandante tuvo ocasión de prestar servicios para la empresa demandada MARKOIL. Durante el mes de septiembre de 2004, el demandante trabajó 184 horas en el centro de trabajo Estación de Servicio Somosaguas de la empresa demandada", para lo que se apoya en los documentos registrados con los números 5 y 9 del ramo de prueba del trabajador, que, por cierto, no está debidamente foliado, al igual que tampoco el de la empresa, en relación con el resto de las actuaciones.

TERCERO.- Pues bien, tanto del informe de vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social, cuanto de la hoja de control mensual que sirven de soporte al motivo se desprende sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis, que los extremos que la empresa quiere incorporar al ordinal discutido se compadecen con la realidad, por lo que nada impide acceder a esta petición novatoria, en el bien entendido de que ello en modo alguno equivale al éxito del recurso. El que sigue, con el mismo amparo adjetivo y designio que el anterior, se alza contra el ordinal cuarto de la versión judicial de lo sucedido, conforme al cual: "La demandada dio de alta al trabajador en el régimen general de la Seguridad social y ha venido cotizando desde su contratación por el trabajador", texto que trata igualmente de completarse con la adición de un inciso final, que diga: "(...) retribuyéndole con arreglo a Convenio, con inclusión de los conceptos de pagas extras, pluses y complementos e incentivos", para lo que se basa esta vez en el documento agrupado número 9 de su ramo de prueba, representado por los recibos oficiales de salario del demandante correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2.009, ambos inclusive. Esta pretensión tiene que decaer dada su falta de relevancia para el signo del fallo.

CUARTO.- Como nos recuerda la doctrina jurisprudencial, sólo se admitirá el error de hecho en la apreciación de la prueba cuando concurren estas circunstancias: "a) Señalamiento con precisión y claridad del hecho negado u omitido; b) Existencia de documento o documentos de donde se derive de forma clara, directa y patente



el error sufrido, sin necesidad de argumentaciones, deducciones o interpretaciones valorativas; c) Ser la modificación o supresión del hecho combatido trascendente para la fundamentación del fallo, de modo que no cabe alteración en la narración fáctica si la misma no acarrea la aplicabilidad de otra normativa que determine la alteración del fallo" (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1.993). A su vez, según esta misma doctrina, el documento en que se base la petición revisoria debe gozar de literosuficiencia, por cuanto: "(...) ha de ser contundente e indubitado per se, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgador estén en franca y abierta contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la recurrida" (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1.990), requisitos que no se dan cita en el caso de autos.

QUINTO.- En efecto, lo auténticamente relevante es que la empresa, tras suscribir en 1 de marzo de 2.005 contrato de trabajo de duración determinada con el demandante, que luego se trocó en indefinido, lo que sucedió en 1 de septiembre del mismo año, procedió desde el inicio de dicha relación laboral a formalizar su alta en el Régimen General del Sistema de la Seguridad Social, al que vino cotizando hasta su cese, sin que la Tesorería General de la Seguridad Social opusiera la menor objeción, por lo que resulta indiferente el importe de la retribución que el mismo pudiese haber lucrado durante aquel período de tiempo, por mucho que lo lógico sea pensar que no fue otra que la pactada en la norma convencional de referencia. El motivo, por tanto, se rechaza.

SEXTO.- El tercero interesa la revisión del ordinal sexto del relato fáctico de la resolución impugnada, según el cual: "En fecha 23/03/2006 el trabajador formula denuncia por haber extraviado su tarjeta de residencia. Situación que no comunica a la empresa", hecho probado que la recurrente pide, de nuevo, que se complete con la introducción de un segundo párrafo, que diga: "(...) En fecha 26/07/2006, notificada el 14/08/2006, se dictó por Resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, orden de expulsión contra el demandante, con prohibición de entrada en España durante un período de 10 años. Situación que no comunica a la empresa", fundándose en esta ocasión en el documento registrado bajo el número 7 del ramo de prueba del actor, que consiste en resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid con fecha de registro de salida de 3 de noviembre de 2.009, por la que se acuerda denegar "la autorización de residencia por circunstancias excepcionales" que el demandante había instado en 3 de septiembre anterior, resolución administrativa que, como se ve, no guarda relación directa con aquella otra de la que pretende dejar constancia el motivo, sin perjuicio de que haga referencia a ella en sus fundamentos. Esta petición novatoria tampoco puede acogerse, toda vez que nada se conoce de la orden de expulsión a que se remite, ni tampoco de a quién pudo serle notificada en su día, a lo que se añade que, si bien se mira, la misma tampoco goza de trascendencia alguna para la suerte del recurso, tal y como luego tendremos ocasión de exponer en relación con el verdadero alcance material de la comunicación extintiva de 14 de diciembre de 2.009.

SEPTIMO.- El último de los motivos destinados a censurar errores fácticos en la apreciación de la prueba, o sea, el cuarto, pide la modificación del ordinal octavo de la versión judicial de los hechos, a cuyo tenor: "En fecha 3/11/2009 el área funcional de trabajo e inmigración de la delegación del Gobierno de Madrid remite a la dirección general de inspección de trabajo y seguridad social, informe por el cual se da cuenta de la situación irregular del actor al estar dado de alta en la S.S. sin contar con permiso de residencia. El servicio de Inspección gira visita a la demandada y comprueba que al momento de contratación y durante toda su relación laboral el actor carecía de autorización de residencia y trabajo", hecho probado cuyo contenido la recurrente cree menester completar merced a la incorporación de un inciso final, con arreglo al cual: "(...) requiriendo a la empresa demandada a que proceda a la regularización de la situación cursando baja al trabajador", así como dejando constancia de que la visita de inspección tuvo lugar el día 11 de diciembre de 2.009, para lo que se ampara en el documento número 7 de su ramo de prueba. De la diligencia de actuación inspectora datada en 11 de diciembre del pasado año y que sirve de sustento al motivo, se colige que, efectivamente, fue como el mismo hace valer, por lo que ningún óbice impide acoger la actual pretensión, si bien insistiendo en que esto no significa que el recurso haya de estimarse.

OCTAVO.- El siguiente y último, dirigido ya a poner de relieve errores in iudicando, denuncia como infringidos los artículos 54 y 55, sin otras precisiones, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo. Su discurso argumentativo es claro y sencillo, pudiendo resumirse en sostener que la conducta del trabajador entraña una manifiesta transgresión de la buena fe contractual, por lo que, siempre según su opinión, constituye causa justa de despido de índole disciplinaria, que, como es natural, pide que se califique como procedente con los efectos propios de tal declaración. Lo que sucede es que de la comunicación extintiva de 14 de diciembre de 2.009 no se deduce, como el Juez a quo afirma en su sentencia, la realidad del despido disciplinario que ahora se hace valer en esta sede. Nos explicaremos.



NOVENO.- La carta de cese aparece transcrita literalmente en el hecho probado décimo de la sentencia de instancia, y lo que sobre su contenido y alcance material razona el iudex a quo es que: "(...) pues en lugar de subsumir el supuesto en algunas de las causas de despido disciplinario como habría sido lo ortodoxo (ad exemplum transgresión de la buen fe contractual, abuso de confianza u otra forma de incumplimiento contractual ex art. 54 del E.T. y convenio sectorial de aplicación) opta por extinguir el contrato sobre la base de un incumplimiento de la normativa administrativa en materia de contratación de extranjeros. No otra interpretación cabe efectuar a tenor del texto que se reproduce, pues aunque hace una alusión al engaño sufrido por la empresa en este particular, no llega a fundamentar la extinción en dicho comportamiento. Admitir la extinción, en cualquier momento de los contratos de trabajo de los trabajadores sin autorización para trabajar supone incurrir en arbitrariedad, pues corresponde a la empresa aplicar toda la diligencia en comprobar y cerciorarse de la existencia previa de este requisito sin el cual debería abstenerse de contratar. En cualquier caso, la falta de permiso de trabajo no invalida la eficacia del contrato". Es decir, para el Juez de instancia la comunicación escrita de extinción contractual de 14 de diciembre del pasado año no entraña suerte alguna de despido disciplinario, y sí sólo un supuesto extintivo fundado en la carencia, inicial o sobrevenida, de los requisitos administrativos necesarios para que los extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea puedan trabajar en España, causa ésta que, como tal, considera inexistente por falta de apoyo legal.

DECIMO.- Perfectamente sabedora de ello la recurrente, la línea argumental del motivo no es otra que hacer hincapié en que estamos en presencia de una auténtica decisión empresarial sancionadora plasmada en la comunicación escrita de despido. No es esto, desde luego, lo que se desprende de su contenido. Si bien se mira, en ninguno de sus pasajes se reprocha al actor la comisión de un ilícito de naturaleza laboral, ni, por supuesto, se emplea la expresión "despido disciplinario", ni se trae a colación precepto legal o convencional alguno relacionado con esta figura jurídica. Simplemente, la empresa se limita a poner de relieve en ella que el demandante contaba con autorización para trabajador cuando entró en nuestro país, no dudando en afirmar que "sobre tal premisa fue contratado en su día por esta Compañía", pero que, sin embargo, no la renovó debidamente, de lo que no fue informada, por lo que, sigue diciendo, "no cumplía los requisitos para que su contrato se mantuviese en vigor", vínculo contractual que se inició en 1 de marzo de 2.005, única razón por la que se acuerda la extinción del mismo en comunicación de 14 de diciembre de 2.009, esto es, casi cinco años después de iniciada la relación laboral.

UNDECIMO.- Cuanto antecede sería suficiente para el rechazo, sin más, de este motivo, desde el mismo momento que lo que en autos se enjuicia no es un despido disciplinario, sino la extinción del contrato de trabajo del Sr. Florian por la causa antes expuesta. En todo caso, no es ocioso señalar que si bien la autorización para trabajar es requisito necesario para la prestación remunerada de servicios por cuenta ajena de un extranjero en nuestro país, ello no obsta para que, aun careciendo de tal permiso, dicha situación pueda darse de hecho en la realidad, circunstancia a cuya regulación se dirigía el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en redacción dada por la Ley Orgánica 14/2.003, de 20 de noviembre, según la cual: "Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado primero del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas 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".

DUODECIMO.- Actualmente, el apartado 4 del artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2.000, en redacción dada por la Ley Orgánica 2/2.009, de 11 de diciembre, vigente ya a la sazón del despido del demandante, prescribe que: "Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización", mientras que el 5 establece que: "La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero".

DECIMOTERCERO.- En definitiva, acreditada la realidad de la prestación laboral de servicios por parte del demandante para la empresa Markoil, S.A., quien procedió a formalizar su alta en el Régimen General de la Seguridad Social y a cotizar por él durante todo el tiempo que duró la relación laboral, lo que hace presumir que, al menor, cuando ésta se inició el Sr. Florian contaba con alguna clase de autorización para trabajar, de la que ya no dispone, su cese por este único motivo en 14 de diciembre de 2.009 se erige en un verdadero despido



que debe declararse improcedente como concluyó el Magistrado de instancia, sin que, hemos de insistir, nos encontremos ante una medida disciplinaria, de la que nada dice la comunicación extintiva de constante cita. Nótese que fue el propio legislador quien, pese a lo previsto en el artículo 7 c) del Estatuto de los Trabajadores, fijó la premisa de considerar válido y, por consiguiente, eficaz jurídicamente el contrato de trabajo del extranjero que carezca de autorización administrativa para trabajar.

DECIMOCUARTO.- Téngase en cuenta que ya antes, incluso, de la promulgación de la Ley Orgánica 4/2.000, la jurisprudencia, superando anteriores posiciones, se decantó por la validez condicionada del contrato de trabajo del extranjero que contase con permiso de trabajo. En tal sentido, recordar la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de 21 de diciembre de 1.994, dictada en función unificadora, a cuyo tenor: "(...) El trabajo en España de los extranjeros, con independencia del régimen especial aplicable a los ciudadanos de los países de la Unión Europea y de determinadas actividades excluidas, está sometido a un régimen de autorización administrativa (art. 15 LO 7/85). Esta autorización, cuya concesión se somete a una serie de criterios legales que la Administración debe ponderar, presenta tres características que hay que tener en cuenta para la decisión que aquí interesa: 1) la concesión del permiso de trabajo se condiciona en el caso de trabajadores por cuenta ajena a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretende emplearlo (...), 2) se trata de autorizaciones de vigencia limitada, pero susceptibles de renovación y de nuevas concesiones (...), y 3) terminada la vigencia de un permiso de trabajo, el trabajador extranjero puede permanecer en España con permiso de residencia (art. 19.2 LO 7/85), buscar otro empleo y solicitar un nuevo permiso de trabajo. No puede afirmarse, por tanto, que el extranjero pueda trabajar libremente en España hasta que no se le deniegue el permiso de trabajo (tesis que parece acoger la sentencia de contraste), pero tampoco puede sostenerse que el extranjero que no ha obtenido permiso de trabajo esté afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar (tesis de la sentencia recurrida). La autorización administrativa es una técnica de intervención pública que pertenece al tipo de la denominada actividad administrativa de limitación. Esta se define por la doctrina científica como la que, de acuerdo con la ley, opera en el ámbito de la restricción de la libertad de los particulares, pero sin sustituir la actividad de éstos, y presenta distintos grados. La técnica autorizatoria, que debe distinguirse frente a la prohibición absoluta, suele manifestarse de dos formas: como acto administrativo que levanta una prohibición relativa prevista en una norma de policía (prohibición con reserva de autorización) o como control meramente declarativo para el ejercicio de un derecho o facultad preexistente. Aunque se admita que en el caso del permiso de trabajo estamos ante la primera modalidad de intervención, la misma no puede confundirse con una prohibición absoluta, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque, como se ha visto, el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si cuenta con permiso de residencia; puede también buscar otro empleo y, por último, cuando lo encuentre puede, a su vez, solicitar el permiso de trabajo. La concesión de éste podrá presentar dificultades a la vista de los criterios aplicables de acuerdo con el art. 18 LO 7/85, pero estas dificultades no eliminan de forma absoluta la posibilidad de trabajo y, en consecuencia, resulta apreciable la existencia de una situación de desempleo" (el énfasis es nuestro).

DECIMOQUINTO.- En sentido parejo, la sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal de 29 de septiembre de 2.003, también unificadora, a cuyo tenor: "(...) Sobre la cuestión que se puede debatir al concurrir el requisito de contradicción y denuncia de infracción legal, la válida existencia de contrato de trabajo como por tratarse de ciudadano extranjero no comunitario que carecía de la correspondiente autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo, procede tener en cuenta que cuando se procede al cese de la aquí demandante se encontraba en vigor (y era de aplicación) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuyo artículo 33, si bien en su apartado número 1, dispone que: 'Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo', ello se matiza en el párrafo segundo del número 3, cuando establece que: 'Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener la autorización previa al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 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'. Matización que establece con toda claridad que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo. (...) Esta conclusión se reafirma aun de manera más patente, en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al 'extranjero no autorizado para trabajar', que es a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia y, establece en tal caso que los empresarios 'deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales'. A lo que añade, el párrafo segundo 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'" (las negritas siguen siendo nuestras).



DECIMOSEXTO.- En suma, desde la vigencia de la Ley Orgánica 4/2.000, ya calendarada, y sus posteriores modificaciones, el contrato celebrado con extranjero que carece de autorización para trabajar no es nulo, sino que, muy al contrario, resulta válido y, por tanto, eficaz desde un prisma jurídico, gozando el así contratado de hecho de todos los derechos laborales, y teniendo como obligado contrapunto que soportar los deberes inherentes a la expresada condición. Si esto es así cuando se trata de extranjero contratado por empresario conector de la falta de autorización administrativa para trabajar en España, no parece que la solución haya de ser dispar si el contrato se inició en unas condiciones que, no se sabe exactamente por qué, permitieron su afiliación y alta en el Sistema de la Seguridad Social, por mucho que posteriormente, por el motivo que fuere, dejó de contar con tan repetida autorización, lo que, también de forma ciertamente extraña, no fue debidamente comprobado, ni controlado, por la empresa. Cuanto se deja argumentado conduce al rechazo de este motivo y, con él, del recurso, debiendo imponerse las costas causadas a la parte recurrente, así como decretarse la pérdida del depósito y de la consignación del importe de la condena que hubo de efectuar como presupuestos de procedibilidad de la suplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa MARKOIL, S.A., contra la sentencia dictada en 5 de marzo de 2.010 por el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de MADRID, en los autos núm. 93/10, seguidos a instancia de DON Florian, contra la empresa recurrente, sobre despido y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución judicial recurrida. Se decreta la pérdida del depósito que la parte recurrente realizó como requisito de procedibilidad de la suplicación, al que se dará el destino legal, así como de la consignación del importe de la condena. Se imponen las costas causadas a la citada empresa, que incluirán la minuta de honorarios del Letrado impugnante, que la Sala fija en 300 euros (TRESCIENTOS EUROS).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del depósito de 300 euros conforme al art. 227.2 L.P.L y la consignación del importe de la condena cuando proceda, pudiéndose sustituir esta última consignación por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos separadamente en la C/C 28260000004506/10 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010-Madrid.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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