



Roj: **STSJ CAT 3317/2018 - ECLI:ES:TJSCAT:2018:3317**

Id Cendoj: **08019340012018102248**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2018**

Nº de Recurso: **190/2018**

Nº de Resolución: **1957/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA NATIVIDAD BRACERAS PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 3317/2018,**  
**AATSJ CAT 254/2018,**  
**STS 2457/2021**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8036905**

EBO

**Recurso de Suplicación: 190/2018**

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

ILMA. SRA. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

En Barcelona a 4 de abril de 2018

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A núm. 1957/2018**

En el recurso de suplicación interpuesto por Pedro Enrique frente a la Sentencia del Juzgado Social 11 Barcelona de fecha 31 de octubre de 2017 dictada en el procedimiento Demandas nº 796/2016 y siendo recurrido Alfonso , Ministerio Fiscal y Fondo de Garantía Salarial, ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. NATIVIDAD BRACERAS PEÑA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de octubre de 2016 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2017 que contenía el siguiente Fallo:



"**Desestimo** la demanda interposada per Pedro Enrique contra Alfonso , el MINISTERI FISCAL i el FOGASA, per la qual cosa absolc les demandades de totes les peticions deduïdes en contra seva."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

**Primer.** Lactor va començar a prestar els seus serveis a favor del demandat Alfonso el dia 1-7-2010, amb la categoria professional de planxista i un salari de 1.848,61 euros bruts mensuals, inclosa la part proporcional de les pagues extres,

És d'aplicació el conveni siderometal lúrgic de la província de Barcelona (no controvertit ni negat de contrari, doc. 20 a 54 de lactor i foli 60).

**Segon.** Lactor, de nacionalitat dominicana, tenia concedida una autorització de residència de llarga durada que es va extingir amb efectes de l1-10-2015, raó per la qual la TGSS va encetar el 3-2-2016 la instrucció d'un procediment, que va ser notificat tant a lactor com a l'empresari demandat, donant-se tràmit d'audiència el 10-2-2016 i el 15-6-2016, a tots dos, respectivament.

En data del 16-8-2016, notificat al treballador el 19-8-2016, es va resoldre per la TGSS tramitar la seva baixa en el RGSS en data de l1-10-2015 en l'empresa Alfonso .

Formulat per la lletrada del demandant, Mercedes , un recurs d'alçada, va ser desestimat el 19-9-2016. Posteriorment, en va presentar una demanda contenciós administrativa en que sollicitava una mesura cautelar, que va ser desestimada, si bé la demanda va ser estimada conforme la Sentència núm. 321/2016, dictada el 12-12-2016 per l'Judicat Contenciós Administratiu núm. 11 de Barcelona, deixant-se sense efecte l'expulsió de lactor d'Espanya, amb prohibició d'entrada per cinc anys decisió judicial que ha estat recorreguda en apel·lació (folis 60 a 64 i 68 a 68 girat, doc. 55, 57, 60 a 62 i 76 a 87 de lactor i 17 a 18 del demandat i testifical de Mercedes ).

**Tercer.** El gestor laboral de l'empresa, Sr. Miguel , va posar-se en contacte amb el demandat per a indicar-li que, posat en contacte amb l'Administració de la Seguretat Social, se li va indicar que shavia d'excloure a lactor en la tramitació dels documents de cotització de l'agost de 2016 i següents, el que es faria immediatament (testifical de Miguel i doc. 2 a 16 i 19 del demandat).

**Quart.** El demandat va intentar notificar a lactor un escrit de data 29-8-2016 on li posa de manifest la resolució de 19-8-2016, on indica que no podia continuar treballant en no tenir l'autorització de treball i residència, indicant-li que, en tot cas, en tenia pagades totes les nòmines fins el 31-8-2016 i les vacances, així com l'entrega de part de Nadal i la paga de juny en la quantitat de 1.144,35 euros. En no voler firmar el citat document ho varen fer el demandat i dos testimonis.

A partir del 31-8-2016 lactor no va treballar més a l'empresa demandada (doc. 20, l'interrogatori del demandat i testifical Adelina ).

**Cinquè.** Lactor va presentar l1-9-2016 una denúncia davant de la Inspecció de Treball, posant de manifest la irregularitat de diversos treballadors que realitzaven la seva feina a favor de l'empresa demandada sense contracte de treball, denúncia que va ser notificada per burofax de la mateixa data a la citada demandada, que va ser firmat per la Sra. Adelina , esposa del demandat, i entregat al seu marit (folis 10 a 14 i 69 girat a 70 girat i doc. 63 a 68 de lactor).

**Sisè.** El demandat va presentar una denúncia contra lactor davant dels Mossos d'Esquadra, en data 8-9-2016, com a resultat dels incidents ocorreguts el 6-9- 2016, a les 11,45 hores, amb el treballador i amb el que deia que era el seu advocat (doc. 21 del demandat).

**Setè.** Lactor va enviar un burofax el dia 6-9-2016 posant de manifest que, personat en el seu lloc de treball, el demandat li va dir que marxés i que no tornaria a treballar amb ell perquè va interposar una denúncia davant de la Inspecció de Treball, tot demanant continuar la seva relació laboral, sense que shi contestés (folis 15 a 17).

**Vuitè.** Consta, conforme un correu electrònic enviat per Servicio Técnico Spitz, que el sistema d'enregistrament d'imatges que la empresa té instal·lat en el c/ Rocafort 78, de Barcelona, és de 30 dies com a màxim. Transcorregut aquest termini se sobreescruien les imatges enregistrades i sesborren (doc. 1 del demandat i no impugnat).

**Novè.** Amb data de 3-10-2016, es va celebrar el preceptiu i previ acte de conciliació administrativa amb el resultat de sense avinença (foli 21).

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Recurre en suplicación el actor contra la sentencia que ha desestimado su demanda de despido. Para ello formula varios motivos, que ampara procesalmente en los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS. El recurso ha sido impugnado por el empresario demandado.

Por la vía del apartado b) se interesa la reforma de los hechos probados segundo y cuarto, además de la adición de un nuevo apartado. Pero no puede accederse a ninguna de las propuestas, a excepción de uno de los datos que ahora se dirá.

Por lo que respecta al segundo hecho, se deniega porque la propuesta no es exacta ya que con el cambio de redacción, en último lugar, lo que se pretende es poner el acento en que la TGSS comunicó que desde 1.10.2015 el actor carecía de permiso de residencia cuando lo que realmente notifica es el inicio de la tramitación del expediente para darle de baja en la empresa con efectos de aquella fecha de 1.10.2015, tal y como lo expresa la sentencia.

La petición relativa al cuarto se deniega porque consiste en suprimir que se intentó notificar al actor el escrito que se cita, lo cual no resulta del documento que alega a este efecto.

Por último, con respecto al texto propuesto para su adición, puede incorporarse el dato de que el actor ha sufrido un cuadro de ansiedad, tal y como lo refleja el informe médico que se aduce a estos fines; pero no así que dicho cuadro fuera debido a problemas laborales puesto que se funda en las propias alegaciones del actor, tal y como se indica en el informe expresamente.

**SEGUNDO:** Previa invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS se formulan varios motivos para, en último lugar, sustentar su petición de que se declare la nulidad del despido o, subsidiariamente, su improcedencia y de que se le reconozca al actor el derecho a percibir una indemnización por perjuicios morales en la suma de 3.000 euros.

Así, se alega la infracción de los arts. 36.4 y 5 de la Ley Orgánica 4/2000, de los arts. 49.k, 53.1, 55, apartados 1, 4, 5 y 6, y 56 del ET, el Acuerdo Estatal del Sector del Metal, art. 5.c) del Convenio 158 de la OIT, los arts. 122 y 181 de la LRJS y el art. 24 de la Constitución. Se argumenta, en síntesis, que el empresario supo en febrero de 2016 que el actor no tenía permiso de trabajo en vigor desde el 1.10.2015 y, sin embargo, comunicó al actor la extinción de la relación ocho meses después; que el trabajador tiene derecho a que se le reconozcan todos los derechos laborales porque el contrato no era nulo; y que la decisión de la extinción de la relación vino motivada por la denuncia que planteó el actor unos días antes; por lo que considera que se ha producido un despido que debiera, a su entender, calificarse como nulo porque tal decisión fue la reacción del empleador ante dicha denuncia.

También aduce la infracción del art. 183 de la LRJS para sustentar su petición relativa al pago de la indemnización.

Por lo que respecta a la petición de nulidad fundada en la alegación de vulneración de la garantía de indemnidad, no puede estimarse. Del inalterado relato de los hechos probados resulta que el empresario tenía conocimiento de la falta de autorización para trabajar del actor desde febrero de 2016 (hecho probado segundo), si bien pudo continuar manteniéndolo de alta en la Seguridad Social hasta agosto (hecho probado tercero) y que la comunicación relativa a la no continuación de la relación laboral se produce el 29.8.2016, cuando el gestor de la empresa comunica a esta que no podía incluir al trabajador demandante en la cotización del mes de agosto de 2016; sin que pueda aceptarse favorablemente la alegación del actor relativa a que el día 6 de septiembre fue objeto de despido y que este respondía a una reacción o represalia por la denuncia del actor del anterior día uno de septiembre porque carece de reflejo en el relato fáctico, pues en concreto no consta que el demandado dirigiera tal comunicación verbal al actor el día seis y sí por el contrario consta que se intentó la notificación de un escrito el 29.8.2016 para que cesara la prestación de servicios.

En conclusión, no puede apreciarse que exista indicio alguno de la vulneración del derecho fundamental del trabajador del art. 24 de la C, en su vertiente relativa a la indemnidad; y, en consecuencia, se ha de rechazar tanto la petición de nulidad del despido como la de la indemnización por daños y perjuicios derivados de tal vulneración.

**TERCERO:** Por lo que respecta a la petición de improcedencia, no cabe duda de que nos encontramos ante un claro conflicto de intereses: ciertamente que se han de respetar los derechos del trabajador, pero también es cierto que la continuación de la relación laboral cuando el trabajador ha perdido ya la autorización para trabajar supone pasar a una situación de ilegalidad, por lo que es comprensible la decisión del empresario de ponerle fin a la relación y bien podría entenderse justificada su decisión.



Ahora bien, el TS ha resuelto un supuesto sustancialmente igual al de estas actuaciones en su sentencia de 16.11.2016 (RCUD 1341/2015), por lo que, atendiendo a lo dispuesto en el art. 1.6 del CC, procederá seguir dicho criterio y estimar en recurso en cuanto a esta petición de improcedencia.

Los argumentos más relevantes en los que fundó dicho tribunal su fallo fueron los siguientes:

"La fijación de las consecuencias económicas del cese como si se tratara de un despido improcedente, que en ambas sentencias se hace, excluye subsumir este tipo de situaciones en una causa extintiva previamente aceptada en el contrato y, por ende, huérfana de compensación para el trabajador. La solución alcanzada en las sentencias que mencionamos pasa por entender que, efectivamente, la pérdida del permiso justificaría la extinción del contrato de trabajo, mas el extranjero sin la pertinente autorización no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley.

5. La utilización del apartado b) del art. 49.1 ET para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho. En el caso concreto, bastaría con poner de relieve la nula mención al respecto en el contrato de trabajo tanto de la trabajadora demandante (tampoco aparecía esa expresión en el supuesto de la sentencia de contraste). Pero hemos de ir más allá en nuestras consideraciones pues, en todo caso no sería admisible que las partes del contrato previeran como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negocial de la parte trabajadora, la cual puede encajar en el apartado l) del mencionado art. 49 ET y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52 ET. El precepto legal sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría cláusula abusiva aquélla que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia

la conducta del trabajador. No cabe duda de que la pérdida de la autorización para trabajar en España imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero. Tampoco puede negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Sin embargo, nuestro legislador ha querido dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y, como ya hemos expresado, los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente".

Consecuentemente, por todo lo expuesto, debe revocarse la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por Pedro Enrique contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2017 por el Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona en los autos seguidos con el nº 796/2016, a instancia de Pedro Enrique contra Alfonso, con intervención del Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución y, en consecuencia, estimando en parte la demanda, declaramos la improcedencia del despido y condenamos al empresario a indemnizar al trabajador demandante en la suma de 1.142,75 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0937 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes



al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, de lo que doy fe.