



Roj: **STSJ M 13984/2011 - ECLI:ES:TSJM:2011:13984**

Id Cendoj: **28079340022011100789**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **21/12/2011**

Nº de Recurso: **5019/2011**

Nº de Resolución: **841/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0005019/2011

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2

MADRID

SENTENCIA: 00841/2011

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 002 (Pº. del General Martínez Campos, 27 -Madrid 28010- (002)

N.I.G: 28079 34 4 2011 0049529, **MODELO:** 46050

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0005019 /2011

Materia: OTROS DESPIDOS

Recurrente/s: Doroteo

Recurrido/s: TELEPIZZA SAU

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: JDO. DE LO SOCIAL N. 30 de MADRID de DEMANDA 0000521 /2011

Sentencia número:

Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.

ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ

MANUEL RUIZ PONTONES

FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN

En MADRID a veintiuno de Diciembre de dos mil once, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 002 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 la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0005019 /2011, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. ANTONIO MANUEL DOCAVO DE ALCALA, en nombre y representación de Doroteo , contra la sentencia de fecha 23 DE JUNIO DE 2011 , dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº: 030 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000521 /2011, seguidos a instancia de Doroteo frente a TELEPIZZA SAU, parte demandada, representada por el/la Sr./Sra.



Letrado D/D^a. CARMEN LOPEZ PASTOR, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, 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.- La parte actora, Doroteo (en su documentación, por el orden de apellido y nombre, Doroteo), de nacionalidad nigeriana nacido 2-2-1973 en Ashaka Delta State, Nigeria, hijo de Ngaro Aburu y Mary Aburu, ha prestado servicios a la demandada TELEPIZZA SAU, como ayudante, desde 12-6-2007, con salario de 1.436,25 euros mensuales (47,87 euros día) incluida prorrata de pagas. Las dos primeras circunstancias son expresamente conformes y la tercera resulta de la estimación empresarial, según nóminas, que toma en cuenta los conceptos fijos del último mes y los variables del último año en promedio mensual y diario.

2.- El trabajador contaba con permiso de trabajo y con fundamento en dicho permiso se concertó el contrato por escrito - renovado por tiempo indefinido el 11-12-2007, doc. 1 dda.

3.- Caducado el permiso de trabajo el 21-4-2010 el demandante solicitó en junio siguiente renovación -en concepto de residencia de familiar de comunitario- que remitió a la empresa en el mismo mes, así como un oficio policial de aportación de determinados documentos, y después de una citación para un juicio penal -al parecer el problema que dificultaba la renovación- no aportó la sentencia por lo que la empresa el 4-11-2010 le requiere que aporte documentación de autorización para trabajar o entenderá que no está en posesión de la misma (doc. 6 empresa, aportando el actor igualmente las comunicaciones recibidas a las que se irá haciendo mención).

4.- Aportada finalmente la Sentencia (Juzgado Penal 1 Alcalá Henares, PA 447-08, de 18-10-2010 , aportada, aunque borrando en la fotocopia parte de los hechos probados) en ella se le absuelve por falta de prueba de lesiones ocasionadas a persona con la que convivía -doc. 7 empresa.

5.- La empresa remite el 29-3-2011 nuevo escrito, en el que tras reiterar los argumentos del anterior, añade que al haber transcurrido varios meses se le requiere que justifique su situación y al no haberlo hecho entiende que queda rescindido el contrato e1 31 marzo 2011 (doc. 8). El 31 de marzo le remite nueva carta rescindiendo el contrato según lo anunciado (doc. 9).

6.- El 31-3-2011 firma finiquito en el que consigna a mano "not confirm" y aportado por la empresa como documento 10 en el que se le liquidan las partes proporcionales y salarios.

7.- Se ha intentado 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, desestimando la demanda interpuesta por Doroteo como parte actora, asistida de Letrado, contra como demandado, TELEPIZZA SAU, declaro extinguida la relación laboral por causa imputable al trabajador sin que haya lugar a indemnización, ni a salarios de tramitación".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE 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 el día 13 DE OCTUBRE DE 2011, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones 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 21 DE DICIEMBRE DE 2011 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: La sentencia de instancia ha desestimado la demanda. Disconforme con este pronunciamiento, recurre la parte actora en suplicación formulando un primer motivo que ampara en el apartado b) del art. 191 de la LPL con el objeto de solicitar la adición de un hecho probado nuevo, que ocuparía el lugar octavo, con el siguiente contenido:

En fecha 6-8-2010 el actor interpuso recurso de reposición contra la resolución de 2 de julio de 2010, por la que se acordó tener por desistida la petición de renovación de la autorización de residencia de familiar comunitario, sin que conste que se haya resuelto dicho recurso de reposición.

La pretensión se trata de sustentar en el documento nº 9 del ramo de prueba del actor y si bien del mismo se desprende efectivamente la interposición del referido recurso debe tenerse en cuenta lo que se afirma en el escrito de impugnación cuando señala que, en todo caso, operaría la figura del silencio administrativo positivo de tal forma que a la fecha de la rescisión del contrato, 31 de marzo de 2011, el trabajador debería haber estado en condiciones de aportar la documentación. De ello se deduce que la redacción ofrecida aun siendo cierta en cuanto a la interposición del recurso es parcial e interesada en su redacción final, por lo que no puede aceptarse como se propone por el recurrente ni gozaría de capacidad para influir en el fallo.

SEGUNDO: Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se alega la infracción de lo establecido en el art. 56 del ET citando al efecto la STSJ Valencia de 24 de junio de 2009 , si bien la misma no constituye la jurisprudencia a que se refiere el art. 1.6 CC , así como, en el último motivo de recurso, del art. 56 del ET en relación con diversas sentencias del TSJ de Cataluña que, al igual que la anterior, tampoco constituyen la jurisprudencia del art. 1.6 CC .

Alega el recurrente que no siendo firme la resolución por la que se tuvo por desistida la petición de renovación de la autorización de residencia de familiar comunitario, la extinción unilateral acordada no podía basarse en la misma, siguiendo al efecto el contenido de la sentencia del TSJ de Valencia de 24 de junio de 2009 . Añade que, además, establecido el silencio positivo para las solicitudes de renovación de los permisos en la disposición adicional primera de la LO 4/2000 y teniendo en cuenta que al tratarse de familiar de residente comunitario el art. 12.2 del RD 240/07 establece que la solicitud y tramitación no supone obstáculo para la permanencia provisional ni para el desarrollo de sus actividades, el permiso de residencia comunitario debía entenderse vigente.

La Sala sin embargo no comparte este argumento por cuanto si el recurso fue estimado por silencio positivo ello no impidió al trabajador tramitar de forma definitiva la renovación de la autorización de su tarjeta y aportarla a la empresa tal y como de forma reiterada le fue solicitado, lo que no hizo. En efecto, concedida por silencio, nada obsta a que el interesado efectúe los posteriores trámites pertinentes que a él solo incumben.

En este sentido aun partiendo de que el contrato de trabajo no deba considerarse nulo no lo es menos que no es el empresario el que ha incurrido en incumplimientos sino que ha sido el trabajador el que no ha gestionado de forma diligente la renovación de los permisos que le habilitan para trabajar. A tal efecto, ya hemos manifestado en nuestra sentencia de 15 de junio de 2004 que el art. 36 de la LO 8/2000 no preserva los derechos del trabajador extranjero siempre y en todo caso pues tal salvaguarda se establece frente a actuaciones del empresario y en orden a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones pero no preserva el contrato de trabajo frente a la negligencia del trabajador que no da cumplimiento a la normativa que le afecta y a cuya validez se supedita no tanto la validez sino la propia subsistencia del contrato.

En cualquier caso no es lo mismo no tener autorización para trabajar o tenerla suspensa por causas no imputables a la voluntad del trabajador o por incumplimiento empresarial, que no tenerla o tenerla en suspenso por negligencia o actuación propia, esto es, por acto derivado de la propia voluntad del trabajador extranjero. Por otro lado y en relación con lo anterior, tampoco puede estimarse que se trate de una causa de ineptitud sobrevenida obligando al empresario a acudir a un despido objetivo con obligación de pago de una indemnización cuando es el trabajador el que por negligencia, esto es, mediando su voluntad, no gestiona adecuadamente su situación administrativa y se ha situado o puede querer situarse en esta condición para percibir la referida indemnización de un empleador que ha cumplido debidamente con las obligaciones que la ley le impone.

En suma, el dato decisivo es que el trabajador en el momento en el que la empresa decidió prescindir de sus servicios no tenía regularizada su situación como extranjero siendo por ello correcta la decisión adoptada por la empresa, confirmándose así la sentencia de instancia que no ha incurrido a nuestro entender en infracción alguna.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS



Que Desestimando el recurso de suplicación formulado por D. Doroteo contra la sentencia nº 271/11 de fecha 23 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 30, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución.

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 sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente número 2827000000501911 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en la calle Miguel Angel 17, 28010, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito .

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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.