



Roj: **STSJ M 7068/2012 - ECLI:ES:TSJM:2012:7068**

Id Cendoj: **28079340022012100406**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **13/06/2012**

Nº de Recurso: **1228/2012**

Nº de Resolución: **448/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0001228/2012

**T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.2**

**MADRID**

**SENTENCIA: 00448/2012**

**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 2012 0052613, **MODELO:** 46050

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0001228 /2012

**Materia:** OTROS DESPIDOS

**Recurrente/s:** María Esther

**Recurrido/s:** EXPERTUS MARKETING APLICADO SA

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** JDO. DE LO SOCIAL N. 15 de MADRID de DEMANDA 0000767 /2011

**Sentencia número:**

**Ilmos/as. Sres/as. D/Dª.**

**ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ**

**MANUEL RUIZ PONTONES**

**FERNANDO MUÑOZ ESTEBAN**

En MADRID a trece de Junio de dos mil doce, 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 0001228 /2012, formalizado por el/la Sr/a. Letrado D/Dª. ROSALIA RAINERO HOLGADO, en nombre y representación de María Esther , contra la sentencia de fecha 4 DE NOVIEMBRE DE 2011, dictada por el JDO. DE LO SOCIAL nº: 015 de MADRID en sus autos número DEMANDA 0000767 /2011, seguidos a instancia de María Esther frente a EXPERTUS MARKETING APLICADO SA, parte demandada



representada por el/la Sr./Sra. Letrado D/D<sup>a</sup>. SANTIAGO BALLESTEROS ÁLVAREZ, en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup>. 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:

PRIMERO.- La parte actora, Doña María Esther , ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 3 de junio de 2008, con la categoría profesional de reponedora, con un salario bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 494,92 euros.

SEGUNDO.- La relación se inicia en virtud de contrato para obra o servicio determinado, siendo el objeto la reposición de los productos de la firma Verkos. Sin comunicar extinción ni practicar liquidación, el día 6 de junio se firma otro contrato para obra o servicio determinado cuyo objeto es la reposición de los productos de la firma Mapa Spontex. La actora ha trabajado como reponedora de productos de la sección de droguería y perfumería, en centro comercial de Carrefour, según las indicaciones que realizaba el jefe de equipo, y no solamente para una determinada marca o artículo (testifical Sr. Hipolito ).

En los contratos se reseña como cláusula adicional 4a, que la trabajadora se compromete a comunicar a esta empresa cualquier cambio que se produzca en su estado civil, dado que por su condición de extranjera no comunitaria puede trabajar en España sin solicitar el correspondiente permiso de trabajo y residencia por el hecho de estar casada con un ciudadano español; es decir, si dejara de reunir esta condición, estaría obligada a solicitar el correspondiente permiso de trabajo y residencia.

TERCERO.- La actora, cuando comenzó el vínculo laboral, tenía permiso de trabajo y residencia. En diciembre de 2010 la actora se persona en las oficinas de la empresa, tras diversos requerimientos de ésta, para que aporte renovación del permiso de trabajo y residencia, caducado en abril, manifestando que carece de renovación, que le ha sido denegada, pero van a recurrir. En ese momento solicita verbalmente la baja voluntaria, a la que no se da trámite. La actora no ha obtenido dicha renovación (interrogatorio y testifical Sr. Hipolito ).

CUARTO.- El día 17-5-11 la actora recibe comunicación de la empresa que indica que ese día se darán por terminadas las relaciones laborales, debido a que le ha vencido su permiso de residencia y trabajo y no haber presentado la renovación de la misma.

QUINTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

SEXTO.- Se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el día 3-6-11, teniéndose el acto por intentado y sin efecto el 20-6-11.

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

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda formulada por DOÑA María Esther contra la empresa EXPERTUS MARKETING APLICADO S.A., declarando que no ha existido despido sino válida extinción del contrato de trabajo".

**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 20 DE FEBRERO DE 2012, 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 13 DE JUNIO DE 2012 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 es objeto de un primer motivo de recurso en el que, por el cauce del apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia la infracción de los arts. 15.5 del ET en relación con la disposición adicional 15ª, y 3.1 del mismo texto y 6.4 del CC .

En el segundo motivo, y por el mismo cauce procesal, se alega la infracción de lo establecido en los arts. 15.1 y 15.3 del ET , art. 2 y 9 RD 2720/1998 disposición adicional 15ª en relación con el art. 6.4 del CC y art. 3.1 ET .

Finalmente, en el tercero se alega la infracción de lo establecido en los arts. 49.b) ET , art. 52.a ) y 53 del ET en relación con el art. 120 y 105.2 de la LPL , art. 9.2 y 24 CE , art. 3.8 ET , art. 3.1 CC , LO 4/2000, y de la jurisprudencia que cita en el desarrollo del motivo.

Insiste el recurrente en sede de recurso en el carácter fraudulento de la contratación en su día efectuada al trabajar como reponedora de productos en el centro comercial Carrefour, con independencia de cuál era la marca a reponer, actividad de carácter estable y permanente. Igualmente considera que debe ser de aplicación lo establecido en el art. 15.5 del ET al considerar que no le es de aplicación la suspensión de la norma establecida por el RD 10/11 de 26 de agosto, lo que determinaría la consideración de su contratación como indefinida. Por último, entiende que no nos encontramos ante un supuesto de extinción contractual del art. 49.1.b) del ET , por cumplimiento de cláusula prevista en el mismo a la vista del propio contenido del contrato, añadiendo que se trata en definitiva de un despido en el que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido incumpliendo la empresa los requisitos formales necesarios en la carta de despido relativos a la consignación de los hechos y la tipificación legal, al tratarse en suma de una ineptitud sobrevenida.

**SEGUNDO:** Esta sección de Sala se ha pronunciado sobre la cuestión ahora planteada (efectos que produce la pérdida de la autorización para trabajar cuando el contrato se suscribió inicialmente en situación regular por el trabajador) habiendo manifestado lo siguiente: en el recurso 5019/11: "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 la 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".

Criterio que entendemos aplicable al supuesto de autos, incluso aun cuando no hubiese mediado negligencia por parte del trabajador, compartiendo ahora también el criterio manifestado en la STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2011, recurso 6343/2010 ), el cual reproducimos a continuación:

"Sobre la pérdida de la autorización administrativa para trabajar se ha dicho por la doctrina jurisprudencial que es causa de extinción del contrato, como lo reflejan tres sentencias del Tribunal supremo de 23 de febrero y 10 de marzo de 1983 (RJ 1983/849 , y 1137) y 8 de junio de 1987 (RJ 1987/4137), en estas resoluciones, sin se fijó un criterio claro "la no revalidación del permiso de trabajo, aunque fuera después de llevar varios años trabajando sin interrupción, justifica el cese de los trabajadores extranjeros". Pero es más, esta misma Sala, también ha tenido la ocasión de manifestarse sobre este problema, y lo hizo en su sentencia de 25 de julio de 2006 , Rec. 4192, aunque, basada en una causa extintiva diferente a la alegada en este procedimiento.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, la causa alegada por la empresa para despedir se asienta en el artículo 49.1.b), es decir, por las causas consignadas válidamente en el contrato, pero concretándose esta, en la falta sobrevenida de autorización administrativa para poder prestar servicios por cuenta ajena. De un examen del contrato, se puede ver que el contrato no hace mención expresa a ninguna cláusula que actúe como condición resolutoria, y que este vinculada con el mantenimiento de la autorización administrativa, pero que las partes firmantes no previeran que esto podía suceder no quiere decir, que no se puede alegar como causa que justifica su extinción, ya que siendo este un requisito esencial de su validez y eficacia, desaparecido el mismo, el contrato de trabajo pierde su naturaleza, y por tanto deja de producir los efectos para el que fue realizado. La



doctrina civilista, a propósito de la irrevocabilidad de los contratos, después de afirmar que solo las partes contratantes pueden por mutuo acuerdo, y siempre que no perjudiquen a tercero, modificar o resolver el contrato celebrado por ellos, admite la existencia de determinadas excepciones, entre las cuales se incluyen la posibilidad de instar en los contratos de prestaciones periódicas o ejecución sucesiva, la resolución, la suspensión o la revisión del contrato en aquellos casos en que, por virtud de acontecimientos posteriores a la conclusión del mismo y que no se pudiera prever, se vuelva extremadamente oneroso para una de las partes. Se trata de alterar, en definitiva, el principio de la fuerza obligada del contrato, plasmado en la máxima "pacta sunt servanda", cuando el transcurso del tiempo traiga consigo una alteración de las circunstancias de las partes. Esta doctrina se podría explicar, como recoge la Sentencia del TSJ de las Palmas núm. 348/2009 , a través de dos teorías:

a) La de la cláusula "rebus sic stantibus" (denominada también teoría de la cláusula sobreentendida) se considera sobreentendida siempre en los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo, de tal forma que si sobreviene un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, podía el obligado resolver el contrato que se le había hecho demasiado oneroso;

b) Y la teoría de la base del negocio, que sostiene que el derecho de resolución por alteración de las circunstancias se funda en la base del negocio. Dentro de lo que se debe entender como base de negocio quedarían comprendidas todas aquellas circunstancias y que al tiempo de la conclusión del contrato no hayan sido conocidas por las partes contratantes o formen parte esencial de la base del contrato, sin cuya concurrencia, no se hubiese celebrado. Ahora bien, sólo formarían parte de la base del negocio las circunstancias que cumplan un triple requisito: 1º) Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato; 2º) Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición; 3º) Que en el caso de que la inseguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder, procediendo la buena fe.

Por otra parte, el artículo 1124 del Código Civil , así como la doctrina civilista sobre la infracción de este precepto, entre otras en la STS-1ª de 11 de octubre de 2006 , ha señalado que para que la acción resolutoria "implícita" en dicho precepto pueda prosperar es necesario que concurren, por lo que a la resolución de este recurso interesas, los siguientes presupuestos: Que haya un incumplimiento grave atribuible a una de las partes contratantes, y que, esta conducta sea imputable a una de ellas de forma indubitada, absoluta, definitiva e irreparable.

A partir de la doctrina que nos precede, se puede afirmar, que la autorización administrativa para poder trabajar, exigida a un extranjero en España, es un requisito esencial para la vigencia del contrato, y por lo tanto forma parte de la base del negocio, lo que viene a significar, que la pérdida de la misma, permite a la otra parte que actuó de buena fe, a partir del momento en que tuvo conocimiento de la misma resolver el contrato de trabajo, pues es evidente, que tanto la trabajadora como la empresa firmaron el contrato sobre la condición tácita o implícita que la eficacia del mismo dependía de que el trabajador pudiese cumplir durante su vigencia con este requisito. Su incumplimiento como condición resolutoria implícita en el contrato, permite a la empresa, en aplicación del artículo 49.1.b) TRET, que pueda resolver el contrato de trabajo, y no sólo porque la prestación de servicios se vuelve imposible sino porque de esta forma se le permite evitar los posibles perjuicios que se pudieran derivar de tener contratado a un extranjero en situación irregular.

Criterio que no contradice el que recoge el Juzgado en la sentencia impugnada, sino que lo amplía en aquellos aspectos que la doctrina allí citada no alcanza. La sentencia, apoyándose en la letra del artículo 36.3 de la Ley 4/2000 , así como la doctrina que lo interpreta, en su redacción actual, llega a la conclusión que si la falta de autorización administrativa no invalida el contrato, la pérdida de la misma tampoco, hasta el punto que equipará al trabajador extranjero en situación irregular sobrevenida a cualquier otro trabajador ya sea extranjero en situación regular o nacional, pero omite, que los efectos que protege dicho precepto, son los derechos que emanan del contrato, y en concreto a los generados, hasta el momento de su extinción, sin posibilidad de extenderlos más allá de la vigencia de este, como un mecanismo de evitar el enriquecimiento injusto, y normalmente, de proteger a aquellos extranjeros frente a empresarios que actúa sin respeto a la Ley, y no para todos los derechos que emanan del contrato. En este sentido, no se extiende a las prestaciones de desempleo de aquellos trabajadores extranjeros en situación irregular, como lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal supremo de 18/03/2008, RECU 800/2007 , y la de 12 de noviembre de 2008, RECU 3177/2007 , dado que nuestro sistema de seguridad social no incluye en su campo de aplicación más que al extranjero en situación de presencia regularizada (art. 7.1 TRLGSS ), ni estos pueden suscribir el compromiso de actividad requisito imprescindible para causar el derecho a la prestación conforme al art. 207. c) TRLGSS. Nuestros



juzgados y tribunales, partiendo del respeto a la validez del contrato, han diferenciado en materia de despido sus efectos, de tal modo que el empresario de extranjero no regularizado pierde el derecho de opción entre readmitir el trabajador o extinguir su contrato previa indemnización ( Sentencias de esta Sala, de 5 de julio 2006, Rec. 1401/2005 , y de 14 de mayo de 2002, Rec. 6085/2001 ). Y la razón, más allá de la previsión legal, que no existe, es lógica, la falta de autorización administrativa de residencia y de trabajo, hace imposible toda prestación de servicios. Hay otros muchos ejemplos, como el tratamiento diferenciado y los efectos que tienen las cotizaciones que deberá ingresar el empresario incumplidor, pero esta cuestión se excede de los límites de este recurso.

En definitiva, que no pudiéndose discutir la validez del contrato ni los derechos que asisten al trabajador en situación administrativa irregular, lo que no es admisible, que se le obligue a la empresa a mantener a un trabajador en esta situación, cuando, la falta de la autorización sobreviene después de haber suscrito válidamente el contrato. Ni es lícito obligar a una empresa a soportar las consecuencias, por ejemplo, administrativas sancionadoras derivadas de la falta de autorización sobrevinida, ni tampoco, se puede obligar, como pretende la resolución recurrida, que las empresas deban soportar las consecuencias de una institución como la del despido disciplinario por el hecho de que el legislador, no contemplará entre las causas de extinción ajenas a la voluntad del empresario, la que aquí estamos analizando".

**TERCERO:** En efecto, el precedente criterio en nuestra opinión debe ser aplicado al presente supuesto sin que en relación al mismo sea relevante que el contrato fuera o no fraudulento por cuanto se aplicaría de la misma forma en contrato nacido como perfectamente regular y de carácter indefinido entre las partes. En este sentido, compartimos también el criterio de la juez de instancia cuando considera que el examen de la regularidad de la contratación temporal resulta indiferente al no haberse producido en definitiva un despido sino una extinción por imposibilidad de la prestación de los servicios por causa no imputable al empresario sin que pueda imponerse al mismo la obligación de continuar con una contratación que sería irregular o a tener que soportar las consecuencias económicas de un despido cuando es el trabajador el que ha provocado la causa que, como ya hemos dicho, no resulta equiparable a una ineptitud sobrevinida.

Se confirma, por lo expuesto, la sentencia previa desestimación del recurso.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLAMOS

Que Desestimando el recurso de suplicación formulado por D<sup>ÑA</sup> María Esther contra la sentencia nº 555/11 de fecha 4 de noviembre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid en autos 767/11, 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 lo 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 2827000000122812 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ