



Roj: **STSJ M 529/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:529**

Id Cendoj: **28079340012015100076**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2015**

Nº de Recurso: **813/2014**

Nº de Resolución: **76/2015**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 529/2015,**
STS 5350/2016

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , 914931977 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2014/0001842

Procedimiento Recurso de Suplicación 813/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 813/2014

Sentencia número: 76/2015

J

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a 30 de Enero de dos mil quince, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

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 de suplicación número **813/2014** formalizado por el Sr. Letrado D. JOSE ANTONIO BUSTILLO VILLANUEVA en nombre y representación de D^a. Adela contra la sentencia de fecha 1/7/2014 dictada por



el Juzgado de lo Social número 18 de MADRID , en sus autos número 71/2014 seguidos a instancia de D^a. Adela frente a "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, SA" ("LIMPISA") en reclamación por DESPIDO, siendo Magistrado- Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARIA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA 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. D^a Adela suscribió contrato de trabajo con LIMPIEZAS INITIAL el 21 de noviembre de 2005 y pasó después de sucesivas subrogaciones a la empresa LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A. el 15 de septiembre de 2012.

SEGUNDO. La categoría es de Limpiadora y el salario de 1.288,30 euros como salario mensual con parte proporcional de pagas, jornada completa.

TERCERO. Prestó servicios para el cliente TRANSPORTES AZKAR, S.A. en Meco.

CUARTO. Se notifica el 29 de noviembre de 2013, con efectos 3 de diciembre, la extinción del contrato conforme al art. 49.1.b) ET , por no contar con el permiso de trabajo al ser ciudadano extranjero. Se da por reproducido (folio 11).

QUINTO. Ha estado en incapacidad temporal del 18 de junio de 2013 a 5 de julio de 2013, del 9 de julio de 2013 a 23 de agosto de 2013 y desde 3 de octubre de 2013, siendo bajas acumuladas.

SEXTO. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 acordó citar a la actora para el 29 de octubre de 2013 como demandante en procedimiento contra la Delegación de Gobierno, por denegación de permiso de residencia (doc. 2 y 3 de la empresa).

SEPTIMO. La actora, el 2 de diciembre de 2013, solicita autorización de residencia y trabajo (doc. 5 de la actora y 7 de la empresa).

OCTAVO. Se adeuda las vacaciones del año 2013, 1.300,92 euros.

NOVENO. Se presenta papeleta de conciliación ante el SMAC el 10 de diciembre de 2013, se celebra sin efecto el 2 de enero de 2014 y se presenta demanda el 15 de enero de 2014.

DECIMO. Comparecen las partes.

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

"Debo desestimar y desestimo la demanda en reclamación por despido formulada por D^a Adela frente a LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A.

(2) Se estima la reclamación de cantidad formulada por D^a Adela frente a LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A. y se condena a la empresa LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, LIMPISA, S.A. a abonar a la actora la cantidad de 1.300,92 euros más 75,88 euros en concepto de interés por mora".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente; 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 de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 17/11/2014 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 14/1/2015 señalándose el día 28/1/2015 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Adela fue contratada como limpiadora por "Limpiezas Initial" el 21 de noviembre de 2005, integrándose posteriormente en la plantilla de otras empresas que se subrogaron como nuevas empleadoras, la última de las cuales fue "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, SA" ("LIMPISA") donde prestó servicios a partir de 12 de septiembre de 2012. El 3 de diciembre de 2013 esta empresa puso fin a la relación laboral, invocando el art. 49.1b) ET .

La trabajadora interpuso demanda de despido y cantidad, en concepto de compensación económica por vacaciones no disfrutadas en 2013.

Por sentencia del juzgado de lo social nº 18 de Madrid de 1 de julio de 2014 se estimó la reclamación de cantidad y se desestimó la de despido.

Recorre la actora en suplicación valiéndose de dos motivos, ambos amparados en el apdo. c) del art. 193 LRJS .

SEGUNDO.- El primero de esos motivos solicita la modificación del cuarto fundamento de derecho de la sentencia de instancia y su nueva redacción (sic), conforme a un nuevo texto, invocando el art. 36.5 LO 4/2000 , del que vendría a resultar que el trabajador extranjero en situación irregular en España mantiene sus derechos laborales, de forma que, hallándose la recurrente en esta situación, la carencia de permiso de trabajo no es causa de despido, por lo que éste resulta improcedente.

El segundo motivo de recurso invoca las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988 y 29 de mayo de 1991 , concluyendo que de ellas se deduce que cuando la ausencia de permiso de trabajo no obedece a inactividad del trabajador sino a una demora de la Administración, aquél no puede verse perjudicado por un retraso sobre el que no puede influir.

Así pues, la decisión de instancia se ve cuestionada desde dos perspectivas: 1ª) La falta de renovación del permiso de trabajo de la recurrente no es imputable a ésta sino a un retraso administrativo; 2ª) Aún cuando la situación de la recurrente sea irregular, no cabe extinguir su contrato de trabajo.

TERCERO.- El supuesto retraso administrativo al que hace mención el recurso no tiene sustento en la sentencia de instancia. Los hechos que en ella se declaran probados no precisan cuándo caducaron sus permisos de residencia y trabajo, ni, por tanto, podemos saber si la trabajadora solicitó su renovación en tiempo y forma. Tampoco sabemos el resultado del litigio citado en el sexto hecho declarado probado, que, en buena lógica, ya debe contar con sentencia, cuyo resultado no se acredita por la recurrente. Por último, tenemos constancia de que la empresa notificó el 29 de noviembre de 2013 la extinción contractual con efectos de 3 de diciembre de ese año y fue un día antes de esta última fecha cuando la recurrente solicitó autorización de residencia y trabajo.

En consecuencia, no cabe apreciar que el retraso administrativo injustificado en la concesión de los permisos legalmente exigibles a la trabajadora sea la causa de la falta de los mismos, ni, correlativamente, es aplicable el criterio contenido en las sentencias del Tribunal Supremo citadas en recurso, de las que se omite que emanan de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y en cuya doctrina no procede detenernos, precisamente porque se refieren a un supuesto de hecho distinto al de los presentes autos.

CUARTO.- Donde sí hemos de adentrarnos es en el primer motivo de suplicación, adelantando que, si bien es obvio que no cabe que demos al cuarto fundamento de derecho de la sentencia de instancia una nueva redacción, según propone el recurso, ya que una petición de estas características no es admisible, sí debemos determinar si la normativa que aquél invoca permite acoger la solicitud de que se califique como despido la extinción contractual del 3 de diciembre de 2013.

La juzgadora de instancia lo ha denegado, con fundamento en la doctrina que contiene la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de junio de 2012. Y, ciertamente, dicha sentencia, recaída en recurso 1228/12 , apoya la conclusión de instancia, al igual que lo hace la sentencia de este mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 2011 (recurso de Suplicación núm. 5019/2011) .

Sin embargo, es igualmente verdad que existen otros pronunciamientos de este órgano judicial que mantienen el criterio contrario, tal como vemos en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2010 (Recurso de Suplicación núm. 4506/2010) , según la cual:

"... acreditada la realidad de la prestación laboral de servicios por parte del demandante para la empresa XXX, 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 menos, cuando ésta se inició el Sr. XXX 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".

SEXTO.- En el caso presente vamos a dar aplicación a la doctrina que contienen las dos últimas sentencias que hemos citado, ya que consideramos que es la conforme a derecho, teniendo en cuenta a estos efectos que la de fecha 23 de diciembre de 2010 procede de esta misma Sección Primera de este Tribunal, a diferencia de las de 21 de diciembre de 2011 y 13 de junio de 2012, que provienen de otra Sección.

Baste añadir a lo anterior que el cuarto hecho declarado probado indica que la extinción acordada por la empresa se basó en el art. 49.1 b) ET, cuando lo cierto es que el contrato de trabajo que obra al folio 11 de autos no contempla como condición resolutoria la falta de permiso laboral como condición de mantenimiento del contrato de la trabajadora.

Cuanto antecede conlleva que el cese laboral de la Sra. Adela se califique como despido improcedente, con la consecuencia de deber proceder la empresa al pago de indemnización por importe de 16.363,9 euros, ya que no procede la opción alternativa de reincorporación laboral, justamente como consecuencia de la situación irregular en que se encuentra la trabajadora, tal como ha indicado ya este mismo Tribunal en sentencia de fecha 4 de febrero de 2010 (rec. 5207/09).

SÉPTIMO.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el artículo 235.1 LRJS es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

OCTAVO.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 218 LRJS.

FALLAMOS

Estimamos el recurso interpuesto por el Sr. Letrado D. JOSE ANTONIO BUSTILLO VILLANUEVA en nombre y representación de D^a. Adela contra la sentencia de fecha 1/7/2014 dictada por el Juzgado de lo Social número 18 de MADRID, en sus autos número 71/2014. En su consecuencia revocamos parcialmente la sentencia de instancia y:

1º) Declaramos que el despido de la recurrente, producido el 3 de diciembre de 2013, constituye despido improcedente.

2º) Condenamos a "LIMPIEZAS PISUERGA GRUPO NORTE, SA" ("LIMPISA") a que abone a la recurrente D^a. Adela indemnización por importe de 16.363,9 euros.

3º) Sin costas.

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 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

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 de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, 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 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:



Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826000000 n° recurso.

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.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS