

Roj: **STS 5820/2003 - ECLI:ES:TS:2003:5820**Id Cendoj: **28079140012003101026**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **29/09/2003**Nº de Recurso: **3003/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**Ponente: **JOSE MARIA BOTANA LOPEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Septiembre de dos mil tres.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Moreno Rodríguez en nombre y representación de DON Agustín , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 30 de Mayo de 2002, dictada en el recurso de suplicación número 969/02, formulado por el aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 20 de Barcelona, de fecha 11 de octubre de 2001, dictada en virtud de demanda formulada por DOÑA Marí Luz frente a DON Agustín , en reclamación sobre despido nulo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de octubre de 2001, el Juzgado de lo Social número 20 de Barcelona, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DOÑA Marí Luz frente a DON Agustín , en reclamación sobre despido nulo, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "1.- Marí Luz , mayor de edad, con DNI Argentino NUM000 ,NAF NUM001 , antigüedad 24.08.2000, categoría de ayudante de catering (nivel IV) y un salario diario con prorrateo de pagas extras de 166.051 ptas. (CONVENIO COLECTIVO DE LA INDUSTRIA DE LA HOSTELERIA Y TURISMO DE CATALUÑA). 2.- La empresa se dedica al ramo de la hostelería (venta ambulante en ferias y eventos de patatas fritas, frankfurts etc). 3.- Las tareas profesionales que desarrolla son las de responsable de la roulote ambulante, trabajando sola y realizando por tanto los trabajos de preparación de los productos, venta y cobro de los mismos. 4.- En cuanto a la retribución es la especificada en el convenio colectivo del sector de la Industria de la Hostelería y turismo de Cataluña. En base a el detalle retributivo, Nivel 4, tipo de empresa E, es el especificado de 166.051 ptas añadiéndole el plus transporte de 2.218 ptas y ropa de trabajo 1364 ptas ambos mensuales. 5.- Se celebró el acto de conciliación sin avenencia el 21 de septiembre de 2001. 6.- El 30.07.2001 se le notificó verbalmente que no volviera a trabajar en el puesto ambulante sito en Rambla de la Pau de Vilanova y la Geltru (Fiesta Mayor), por estar despedida, sin que se le notificara por escrito siendo el motivo del despido el haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada. 7.- El contrato suscrito el 24.08.2000, fue concertado verbalmente. 8.- Desde 24.8.00 hasta el 30.7.2001, ha llevado a cabo sus funciones de venta ambulante en todo tipo de ferias, fiestas mayores y eventos, la última en la Fiesta Mayor de Vilanova y la Geltru. 9.- La comunicación verbal del 30.07.2001, no fue por escrito y no se sujetó al preceptivo plazo de preaviso de 15 días que prescribe en el Convenio colectivo del sector, y no se han abonado las mensualidades de julio y ni la liquidación de saldo y finiquito ni la indemnización por falta de preaviso de 15 días. 10.- La actora no causo baja voluntaria el 30 de julio de 2001". Y como parte dispositiva: "Estimando la demanda de presentada por Marí Luz CONTRA Agustín , de despido nulo debo condenar y condeno a Agustín a la readmisión de la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido así como al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 30 de julio de 2001".



SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dicto sentencia de fecha 30 de mayo de 2002, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Agustín contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de los de Barcelona en el procedimiento nº 604.01 seguido a instancia de Marí Luz contra Agustín ; y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos dicha resolución íntegramente. Condenamos a la recurrente a la pérdida del depósito constituido y de la cantidad consignada para recurrir. Así como al pago de las costas, con inclusión de los honorarios de la Letrada impugnante, y que discrecionalmente se fijan en el importe de CIENTO OCHENTA EUROS CON TREINTA CENTIMOS".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó la representación letrada de demandado, en tiempo y forma e interpusieron después recurso de casación para la unificación de doctrina. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social de los Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 25 de abril de 2001 (recurso 675/01).

CUARTO.- No se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar improcedente la nulidad de actuaciones del recurso.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El empresario demandado formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación, confirmatoria de la de instancia declaró la existencia de un despido nulo condenando a la readmisión de la actora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como al pago de los salarios de tramitación. Se tuvo como seleccionada a los efectos del requisito de contradicción, la sentencia de 25 de abril de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como más moderna de las citadas ante la falta de elección expresa por la recurrente dentro del plazo concedido y, se denuncia infracción de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, 7.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la normativa general de extranjería, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio y, su Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 155/96, de 2 de febrero (artículo 75.2), Leyes Orgánicas 4/2000 (artículo 15) y 8/2000 y el Reglamento que desarrolla dicha Ley derogatoria de la anterior.

En la sentencia combatida son hechos probados trascendentes a los efectos del requisito de contradicción en los términos exigidos en el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral: que la demandante de nacionalidad argentina inició la relación laboral el 24 de agosto de 2000; que en fecha 11 de enero de 2001 solicitó permiso de trabajo y residencia en España; que tales permiso de trabajo y residencia así como la autorización empresarial para emplear estaban en curso en el momento del cese de la demandante, no constando que dichas autorizaciones o permisos fuesen denegados; y, que el 30 de julio de 2001 se le notificó verbalmente que no volviera a trabajar, por estar despedida, sin que le notificara por escrito siendo el motivo del despido el haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada.

Partiendo de tales supuestos fácticos la sentencia de suplicación que desestima el recurso -cuya tesis básica era la de que la demandante no había obtenido el preceptivo permiso de trabajo ni residencia en España por lo que la relación laboral entre las partes constituye un despido nulo-, confirma la resolución de instancia que estimó la demanda en cuanto reclamaba por despido nulo "en atención haberse producido por discriminación sexual (estado de embarazo de dicha accionante)" y, argumenta "que la situación que ahora enjuiciamos tiene aspectos fundamentales que han de tenerse en cuenta: aquel de estar en trámite los preceptivos permisos y autorizaciones administrativas, sin constancia negativa", añadiendo que "en tal caso el contrato no debe reputarse nulo sino que tendrá validez hasta tal `concesión, pues sólo en el supuesto de denegación es cuando podrá estimarse tal nulidad". También expresa que en el recurso además se pretende "que no medio despido discriminatorio de la demandante por situación de embarazo de la misma", y rechaza tal censura porque "según el relato histórico de la sentencia recurrida, es manifiesto que la demandante aportó elementos de juicio suficientes para entender existentes los exigibles indicios de que el empresario recurrente había decidido despedir a la demandante, por su situación de embarazo".

Por su parte, en la sentencia de contraste anteriormente citada, según resulta de los hechos probados: el actor de nacionalidad marroquí venía prestando servicios laborales con antigüedad de 2 de junio de 1999, solicitando permiso de trabajo y residencia en 31 de marzo de 2000; que el actor fue despedido verbalmente el 3 de julio de 2000 y formuló reclamación telegráfica a la empresa para que reconsiderase su postura, a lo que esta contestó el 25 de julio de 2000 "que no podía habersele despedido por no haber empezado su relación laboral



con la empresa por no disponer de permiso de trabajo y que cuando estuviese en disposición de dicho permiso o documento equivalente podía reincorporarse a la plantilla"; que el día 2 de agosto de 2000 se le entregó al trabajador nueva comunicación de la empresa en la que se le indicaba que "no habiéndose incorporado al lugar de trabajo, consideramos que usted no tiene ninguna intención de incorporarse a la plantilla de ésta empresa por lo que consideramos del todo absurda su demanda"; que en el intento conciliatorio celebrado el 8 de septiembre de 2000 la empresa manifestó que en ningún momento había despedido al reclamante y que reiteraba el contenido de los burofax remitidos el 25 de julio y el 1 de agosto de 2000; que en fecha 14 de septiembre de 2000, la demandada comunicó al actor que habiendo tenido conocimiento de la comparecencia ante el CMAC el día 8 de septiembre de 2000 "de que está en posesión del correspondiente permiso de trabajo ratificamos el contenido de nuestros burofax del día 25.7.00 y 01.08.00 y le comunicamos que puede incorporarse a trabajar y firmar el correspondiente contrato de trabajo"; que en el acto del juicio la demanda dijo al actor que podía acudir a trabajar, lo que fue rechazado por éste; y que el actor, después de haber recibido los aludidos burofax de la demandada no ha acudido a las dependencias de la empresa.

A tenor de estos hechos la sentencia combatida argumenta que "de lo que se deja relatado se infiere la ausencia de un ánimo empresarial extintivo de cualquier relación o vínculo y solo su condicionamiento a que el demandante reuniera el requisito de estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo ... [y] ... que un contrato, sin la obtención de los permisos de residencia y de trabajo, es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil en relación con el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores" y, concluye desestimando el recurso formulado contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda por despido.

A tenor de lo expuesto se ha de concluir que existe contradicción, en cuanto a la primera de las cuestiones abordadas por la sentencia combatida, es decir, la referente a la existencia o no de contrato de trabajo válido entre las partes en donde el trabajador es extranjero no comunitario que carece de permiso de trabajo y residencia, que si había solicitado y se hallaba en trámite cuando se formulan los ceses de los trabajadores.

No existe en cambio contradicción en la segunda de las cuestiones planteadas, sobre despido discriminatorio, pues nada se aborda sobre este particular en la sentencia indicada como de contraste. Pero a mayor abundamiento y para el supuesto de admitir que las dos cuestiones indicadas implican dos motivos distintos en el recurso -aún cuando en este segundo supuesto no se denuncia infracción de precepto legal o jurisprudencia aplicable- y, seleccionando para el pretendido segundo motivo como sentencia de contraste la otra más moderna de las alegadas y aportadas que es la de 10 de marzo de 2000 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tampoco existe contradicción, por cuanto en la misma, el despido se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que dió nueva redacción al artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas y, se razona "cierto es que el embarazo de la trabajadora actúa como indicio suficiente de la conducta discriminatoria y que provoca la inversión de la carga de la prueba. Más en el presente caso, frente a este dato objetivo y cierto, resulta que no puede aceptarse como probado que la trabajadora lo comunicara a la empresa ... Creemos, por tanto, que existen elementos suficientes para romper el nexo necesario entre la circunstancia de la gestación de la trabajadora y la decisión extintiva de la empresa, dado que se ha acreditado que la voluntad de poner fin al contrato hallaba apoyo en otros intereses distintos ajenos a una lesión de derechos fundamentales de la trabajadora". Se trata por tanto de una situación distinta a la contemplada en la sentencia combatida, en donde regía la modificación introducida en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999 y, se declara probado "siendo el motivo del despido el haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada".

SEGUNDO.- 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 de 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. Así, en este sentido, ya se pronunció esta Sala en sentencia de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02) -fundamento de derecho tercero, apartado 2-, sobre



responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, entiende que "Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo ...".

Esta conclusión se reafirma aún 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 éste 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 de lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero".

TERCERO.- Las expuestas razones conducen a la desestimación del recurso formulado, condenando en costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y, decretando la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, manteniendo las consignaciones o aseguramientos prestados de conformidad con el artículo 226.3 de dicho Texto legal.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Moreno Rodríguez en nombre y representación de DON Agustín , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 30 de Mayo de 2002, dictada en el recurso de suplicación número 969/02, formulado por el aquí recurrente, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 20 de Barcelona, de fecha 11 de octubre de 2001, dictada en virtud de demanda formulada por DOÑA Marí Luz frente a DON Agustín , en reclamación sobre despido nulo, condenando en costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y, decretando la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, manteniendo las consignaciones o aseguramientos prestados de conformidad con el artículo 226.3 de dicho Texto legal.

Devuélvase las actuaciones al órgano de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José María Botana López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.