



Roj: **STS 4894/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4894**

Id Cendoj: **28079140012013100660**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/09/2013**

Nº de Recurso: **2398/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JESUS SOUTO PRIETO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11349/2012,**
STS 4894/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Daniel Revuelta Calzada en nombre y representación de D. Juan , frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de abril de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 210/12 formulado por la empresa PROIESCON, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2011 autos nº 769/11, dictada en virtud de demanda formulada por D. Juan , frente a la empresa PROIESCON, S.L. sobre Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la empresa PROIESCON, S.L. representada por el letrado D. Juan Durán Fuentes General Moscardó.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de septiembre de 2011, el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la alegada falta de acción y estimando la demanda promovida por D. Juan , frente a la empresa PROIESCON, S.L., declaro extinguida la relación laboral que unía a las partes y condeno a la demandada a abonar al trabajador demandante la cantidad, de 16.637,44 €, en concepto de indemnización, con abono además, en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha, de la cantidad de 5.533,35 €.

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: Que el actor, ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de construcción, desde el 4 de febrero de 2004, con la categoría profesional de Capataz, percibiendo un salario mensual de 1.495,41 €, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias. SEGUNDO.-Que la empresa demandada remitió a la TGSS, el 10 de junio de 2011, una carta mediante la que solicitaba la baja de oficio del actor, "ya que nos acabamos de enterar que no le ha sido renovado su permiso de trabajo", que fue contestada por Oficio, de 16 de junio de 2011 -remitido también al trabajador- en el que se expone que esa Administración ha detectado que el trabajador demandante "carece de autorización legal para trabajar en España desde el 22/09/2008, por lo que se ha iniciado expediente de baja de oficio con esta misma fecha en el régimen General de la Seguridad Social", otorgando un plazo de 10 días a efecto de alegaciones previas a dictar la resolución que proceda. TERCERO.- Que asimismo, la empresa remitió al trabajador carta, el 10 de junio de 2011, con el siguiente contenido: "Muy Sr. Nuestros: Ante la negativa de usted de aportarnos su permiso de trabajo y residencia solicitado, la empresa PROIESCON S.L. ha comparecido ante la TGSS donde nos comunican que usted carece de permiso de



trabajo y residencia para trabajar en España desde el año 2008, situación que la empresa desconocía, pudiendo habernos causado graves problemas. Lamentándolo mucho le comunicamos que la Administración, procede a darle de baja de oficio desde la fecha en la que a usted no le hayan concedido su documentación, fecha desde la cual usted se encuentra en situación ilegal en España". CUARTO.-Que la referida carta fue contestada por el actor, el 13 de junio de 2011, manifestando lo siguiente: "Muy Sres. Nuestros: El pasado 9/Junio/2011, al finalizar la jornada laboral se me comunicó que si no presentaba la documentación relativa a mi permiso de trabajo/residencia procederían a cursar mi baja en la empresa. Al día siguiente, 10/Junio, tras entregarles nuevamente copia de mi documentación, así como de la solicitud del referido permiso, me comunicaron que no podía seguir trabajando entregándome carta en la que afirman que la Administración ha procedido a cursar mi baja de oficio. Ante el irregular proceder por parte de la empresa, que a su antojo y sin causa que lo justifique extingue mi contrato, les requiero fehacientemente para que clarifiquen la situación en la que me encuentro. Caso de no recibir noticias tuyas de inmediato, entenderé que ratifican la decisión de proceder a mi DESPIDO con efectos desde el 10/Junio/2011. Quedo a la espera de sus noticias". QUINTO.-Que el actor, NIE NUM000 , de nacionalidad ecuatoriana, nacido el NUM001 /1973, casado con una ciudadana española, tiene solicitada tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la unión europea, el 28 de octubre de 2010, hecho que alegó y acreditó ante la TGSS, en escrito remitido el 11/07/2011, a efectos de alegaciones. SEXTO.-que no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante unitario o sindical de los trabajadores. SÉPTIMO.-Que en fecha 5 de julio de 2011, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por la empresa PROIESCON, S.L., dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 23 de abril de 2012 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa POIESCON, S.L. frente a la sentencia de 29 de septiembre de 2011 del Juzgado de lo Social nº 23 de los de Madrid , dictada en los autos 769/2011, seguidos a instancia de don Juan contra la recurrente y en su consecuencia revocamos la citada resolución y absolvemos a la demandada de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda. Sin costas".

CUARTO.- El letrado D. Daniel Revuelta Calzada, en nombre y representación de D. Juan mediante escrito presentado el 13 de julio de 2012, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 5 de octubre de 2010 (recurso nº 2002/2010). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y 52.a), 54 , 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de estimar la procedencia del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se debate en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si un trabajador extranjero que carece del correspondiente permiso de trabajo, una vez despedido, tiene o no derecho a las prestaciones inherentes a un despido improcedente.

Consta en la sentencia recurrida -de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2012 (R. 210/2012) que el actor, de nacionalidad ecuatoriana, que prestaba servicios para la empresa demandada desde el 4 de febrero de 2004, carecía de la autorización de trabajo desde el 22/9/2008, lo que determinó que por la TGSS se iniciara expediente de baja de oficio en el régimen general de la seguridad social y que la empresa Proiescon SL le comunicase la extinción del contrato de trabajo el 10 de junio de 2011, alegando esa causa. El actor solicitó el 28 de octubre de 2010 tarjeta de residencia familiar, por estar casado con ciudadana española. El juzgado de lo social declaró extinguida la relación laboral, condenando a la empresa a abonar al actor la indemnización por despido improcedente, así como los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la sentencia. La sentencia recurrida ha revocado el fallo y convalida la decisión empresarial, desestimando íntegramente la demanda. Considera que una circunstancia sobrevenida, a la que es ajena el empresario, autoriza para extinguir el contrato por haberse transformado en una prestación de servicios ilegal que contraviene tanto la norma sobre extranjería como la reguladora del régimen sancionador, por lo que debe calificarse de nulo de pleno derecho con causa ilícita. Todo ello sin perjuicio de las previsiones del art. 9.2 ET pero excluyendo la indemnización y salarios de trámite correspondientes a un despido improcedente, pues de lo contrario se impondría al empresario una obligación prevista para los casos de extinción unilateral ilícita o



por causas objetivas. Posibilidad que descarta la sentencia porque en el supuesto de autos no se ha producido un despido, al no ser la pérdida de la autorización para trabajar imputable a la empresa.

Recurre en casación unificadora el trabajador alegando de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de octubre de 2010 (R. 2002/2010) en la que constan probados los siguientes hechos: el actor, de nacionalidad colombiana, venía prestando servicios por cuenta ajena hasta que la resolución del Subdelegado del Gobierno de 9 de noviembre de 2009 le deniega la renovación del permiso de residencia y trabajo; el 10 de diciembre de 2009 (estaba en incapacidad temporal desde el 7 de septiembre de 2009) se persona en la empresa y allí es objeto de un despido verbal alegando su situación irregular, procediéndose a cursar su baja en Seguridad Social con efectos del 9 de noviembre de 2009. La sentencia confirma la de instancia que declaró improcedente el despido con todas las consecuencias legales derivadas de tal declaración. Frente al argumento empresarial de que la falta de renovación de los permisos lleva aparejada la nulidad radical del contrato, la sentencia de contraste afirma que esa falta genera la aparición de una causa de ineptitud sobrevenida que permite al empresario despedir por la vía del art. 52 a) ET , al igual que ocurre con los casos de no renovación del permiso de conducir, pérdida de la titulación académica precisa para enseñar o del título que permitía estar enrolado en un buque de la marina mercante. Por otra parte, la sentencia discrepa de la doctrina unificada en cuanto a la plena validez del contrato para sostener que el contrato es nulo por esa falta de capacidad pero opera como válido en cuanto al trabajador, según la expresión «respecto a los derechos del trabajador extranjero». En definitiva, define su naturaleza como «pérdida de aptitud sobrevenida, sujeta al régimen foral e indemnizatorio de los despidos objetivos».

En primer lugar hay que decir que aun siendo diferente la redacción de la norma aplicada por cada sentencia - art. 36.5 de la LOEX según la reforma de la LO 2/2009 en la sentencia recurrida, y art. 36.3 redactado según la LO 14/2003 en la sentencia de contraste-, se estima que hay contradicción entre las sentencias comparadas. Los supuestos no presentan diferencias apreciables o las que hay son irrelevantes, y en cuanto a la doctrina aplicada puede haber divergencia. Para la sentencia recurrida, no puede apreciarse la existencia de un despido al haber devenido nulo el contrato por una circunstancia sobrevenida, imputable solo al trabajador, como es la ilicitud de su causa, por lo que no produce efecto alguno conforme a los arts. 6.3 y 1.275 CC , privando del derecho a la indemnización y salarios de trámite. Criterio que se impone sobre la posible aplicación del art. 52 a) ET precisamente por el carácter *ex lege* de esa nulidad. La sentencia de contraste, tal como se ha visto, se basa en jurisprudencia antigua (SSTS 27 de octubre de 1983 , 29 de marzo de 1984 y 29 de diciembre de 1988) y salva la validez del contrato en el exclusivo aspecto de los derechos del trabajador amparándose en la normativa sobre extranjería, concretamente en el párrafo indicado más arriba.

Es cierto que en el caso de referencia se produce una no renovación del permiso de trabajo y en el de autos una baja de oficio en la seguridad social por carecer el trabajador de dicha autorización desde hacía casi tres años, pero tal diferencia no tiene la suficiente relevancia. Y las conductas de los trabajadores en relación a la falta del permiso de trabajo son equiparables, dado que en el caso de autos el actor solicita la tarjeta de residencia familiar al estar casado con ciudadana española y en la de contraste impugna la denegación de la renovación del permiso de trabajo.

SEGUNDO.- Pues bien, la cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en sentencia de 21 de junio de 2011 (rec. 3428/2010) que confirma y matiza la anterior de 29 de septiembre de 2003 (rec. 3003/2002). Dice la primera de las sentencias: "el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 , en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de modo similar a la regulación inmediatamente anterior (L.O. 8/2000), además de establecer que ha de ser el empleador el que "deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1", prevé de modo literal que la carencia de ella "por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Con idéntica redacción, en lo que aquí interesa sobre los derechos del trabajador afectado, la Ley Orgánica ahora vigente (L.O. 2/2009, de 11 de diciembre) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone en su art. 36.5: "*la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación (...)*". Por tanto, es obligado concluir, siguiendo la misma doctrina que, si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art. 7.1 ET . en relación con el art. 36.1 de la LOEX), sin embargo, la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.



FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan . Casamos y anulamos la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de abril de 2012 dictada en el recurso de suplicación número 210/12 , y resolviendo el debate de suplicación, desestimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto por la empresa PROIESCON, S.L., confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social número 23 de Madrid de fecha 29 de septiembre de 2011 autos nº 769/11, dictada en virtud de demanda formulada por D. Juan , frente a la empresa PROIESCON, S.L. sobre despido. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente ,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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.