

# EDJ 2011/198190

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 21-6-2011, rec. 3428/2010

Pte: Gilolmo López, José Luis

## Resumen

*Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el empresario hotelero demandado contra sentencia que le condenó a abonar a la actora, extranjera extracomunitaria en situación irregular por no tener permiso de trabajo, salarios de tramitación por la improcedencia de su despido. Según la Sala, la autorización administrativa para trabajar la debe solicitar el empleador y la carencia de ella, como sucede en el caso de autos, no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos de la trabajadora. Por tanto, si la declaración de improcedencia en cualquier caso conlleva el abono de salarios desde la fecha del despido hasta la sentencia de instancia, la actora no puede verse privada de los mismos, ya que forman parte de la protección legal y tiene derecho a percibirlos en las mismas condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

art.36.4

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

art.56.1.b

RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

art.110.1

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO DE TRABAJO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Despido disciplinario

Calificación y efectos

Despido improcedente

Causa no constitutiva de motivo de despido

SALARIOS DE TRAMITACIÓN

CUESTIONES GENERALES

SECTORES Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS

HOSTELERÍA Y RESTAURACIÓN

TRABAJADOR

EXTRANJEROS

Otras cuestiones

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Trabajador; Desfavorable a: Empresa/Empresario

Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

### Legislación

Aplica art.36.4 de LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

Aplica art.110.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Aplica art.56.1.b de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita LO 14/2003 de 20 noviembre 2003. Reforma de LO 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000, de 22 diciembre; de L 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de L 30/1992,

Cita LO 4/2000 de 11 enero 2000. Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su Integración Social

Cita art.110, art.217, art.233.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

## Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Valencia Sala de lo Social de 7 julio 2010 (J2010/268694)

Cita en el mismo sentido sobre STS Sala 4ª de 1 marzo 2004 (J2004/31837)

Cita en el mismo sentido sobre , , STS Sala 4ª de 29 septiembre 2003 (J2003/127727)

Cita en el mismo sentido sobre STS Sala 4ª de 2 octubre 2000 (J2000/36275)

Cita en el mismo sentido sobre STS Sala 4ª de 10 julio 2000 (J2000/24239)

Cita en el mismo sentido sobre STS Sala 4ª de 14 julio 1998 (J1998/19991)

Cita en el mismo sentido sobre STS Sala 4ª de 7 julio 1994 (J1994/5855)

En la Villa de Madrid, a veintiuno de junio de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Obdulio contra sentencia de fecha 7 de julio de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso núm. 1151/10 EDJ 2010/268694 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Dª Encarnación, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón, en autos núm. 1517/09, seguidos por Dª Encarnación frente a D. Obdulio, sobre reclamación por Despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López,

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2009 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda de despido interpuesta por Dª Encarnación contra D. Obdulio, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante por parte del citado demandado y, declarando la extinción de la relación laboral con esa fecha, debido a ser la demandante extranjera sin permiso de trabajo, condeno a D. Obdulio a pagar a Dª Encarnación, en concepto de indemnización por su improcedente despido, la cantidad de 2.609,67 euros."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"1. Dª Encarnación, de nacionalidad brasileña, prestó servicios laborales como camarera para el empresario D. Obdulio, en el establecimiento de Hostelería del mismo, desde el día 17 de diciembre de 2006 hasta el 10 de diciembre de 2007, en que cesó la relación laboral al ser detenida la demandante debido a su situación irregular en España.

2. El día 17 de abril de 2008 comenzó a trabajar de nuevo para el mismo empresario, en el mismo centro de trabajo, sito en Albocácer, con igual categoría profesional, percibiendo un salario mensual al finalizar esta nueva relación de 1.201,61 euros mensuales.

La empresa tiene menos de veinticinco trabajadores.

3. El día 24 de julio de 2009 se llevó a cabo una visita por la Inspección de Trabajo en el establecimiento del demandado, detectando que en el mismo trabajaba la demandante, sin autorización para trabajar, levantando los inspectores la correspondiente Acta.

Por tales hechos, la Subdelegación del Gobierno de Castellón ha impuesto al demandado una multa de 6.014,79 euros, cuya firmeza no consta.

4. El día 28 de julio de 2009, y como consecuencia de la narrada inspección y detección de la irregularidad citada, el demandado ha procedido al despido verbal de Dª Encarnación, de forma verbal y sin alegar ninguna de las causas previstas en la legislación laboral.

5. La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el último año, cargo representativo de carácter sindical.

6. La parte actora interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC, que tuvo lugar sin avenencia el día 3 de septiembre de 2009."

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Dª Encarnación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2010 EDJ 2010/268694 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Encarnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Castellón, de fecha 20-11-2009, en virtud de demanda presentada a su instancia; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de condenar al demandado, Obdulio, a abonar a la actora la cantidad de 4.606,17 Eur. en concepto de salarios de tramitación, confirmando en el resto el Fallo de la sentencia de instancia."

CUARTO.- Por la Procuradora Dª Mª Cruz Ortiz Gutiérrez, en nombre y representación de D. Obdulio, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 20 de enero de 2009, recurso núm. 4030/08.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 10 de marzo de 2011 se procedió a admitir el citado recurso; pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 15 de junio de 2011, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar si la demandante -extranjera no comunitaria en situación irregular en España y sin permiso de trabajo- tiene o no derecho a percibir salarios de tramitación como consecuencia del despido improcedente del que fue objeto.

La sentencia de instancia, dictada el 10 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Social 4 de Castellón, estimó en parte la demanda de despido, declarando su improcedencia y, al mismo tiempo, la extinción de la relación laboral con esa misma fecha "debido a ser la demandante extranjera sin permiso de trabajo", condenando al empresario a abonar una indemnización por despido de 2.609,67 Eur.

El empresario demandado formula el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de suplicación, dictada el 7 de julio de 2010 por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana (R. 1151/10) EDJ 2010/268694, que, al revocar en parte la de instancia, aunque la confirmaba en cuanto a la calificación del despido y a la indemnización por la extinción del contrato, también le impone, tal como solicitaba la actora en el único motivo de su recurso de suplicación, en razón a su naturaleza indemnizatoria, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (28-7-2009) hasta la de notificación de la sentencia de instancia (26-11-2009: folio 74 de los autos), que, a razón de 40,05 Eur. diarios, determina la condena a la cantidad de 4.606,17 Eur. El recurso de casación unificadora denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 (ET) y en el art. 110 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) EDL 1995/13689, así como el art. 36.1 y 3 de la Ley Orgánica 14/2003 EDL 2003/120593 y, según dice, "el concepto indemnizatorio de los salarios de tramitación fijado por la jurisprudencia"; designa como sentencia referencial la dictada el 28 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid (R. 4030/08).

En la sentencia impugnada EDJ 2010/268694, a los efectos del requisito de contradicción que exige el art. 217 de la LPL EDL 1995/13689, constan los siguientes hechos probados relevantes:

a) La actora, de nacionalidad brasileña, prestó servicios como camarera para el empresario recurrente desde el 17 de diciembre de 2006 hasta el 10 de diciembre de 2007 en que cesó la relación laboral al ser detenida la demandante debido a su situación irregular en España;

b) El día 17 de abril de 2008 comenzó a trabajar de nuevo, también como camarera, para el mismo empresario, percibiendo un salario de 1.201,60 Eur./mes;

c) El 24 de julio de 2009, en una visita de la Inspección de Trabajo, se detectó que la actora no tenía autorización para trabajar, levantándose la correspondiente Acta e imponiéndose por la Subdelegación del Gobierno al empresario una multa de 6.014 Eur., cuya firmeza no consta;

d) El 28 de julio de 2009, y como consecuencia de la citada inspección, el empresario despidió verbalmente a la demandante, sin alegar causa alguna para ello.

En la sentencia de contraste, según resulta de los hechos probados, la actora, peruana de nacionalidad, venía prestando servicios laborales, como ayudante de cocina, desde el 21 de septiembre de 2004 hasta que fue despedida por escrito el 31 de enero de 2008, alegando el empresario que el día anterior había tenido conocimiento de alguna posible irregularidad de su permiso de trabajo y, al requerírsele y no haberlo aportado la interesada, reconociendo su expiración, procedió a la extinción del contrato por entender que, desde entonces, era nulo; la actora tuvo vigente el permiso de trabajo y residencia desde el 21 de diciembre de 1995 hasta el 28 de agosto de 1997, y desde el 12 de julio de 2000 hasta el 3 de junio de 2002, prorrogado luego por Resolución de 31 de julio de 2002 por dos años más, sin que la demandante solicitara su renovación posterior. La sentencia de instancia declaró nulo el despido, sin obligación de abono de los salarios de trámite, y la Sala de suplicación confirma tal decisión por entender que la extinción contractual venía motivada por causa objetiva, por ineptitud para el trabajo, al no disponer la actora del correspondiente permiso de trabajo en vigor, pero al no haber seguido el empresario las formalidades legalmente previstas, declara la nulidad del despido y al no resultar posible la readmisión la sustituye por una indemnización aunque sin salarios de tramitación.

La contradicción es obvia porque, tratándose en ambos casos de trabajadoras extranjeras extracomunitarias en situación irregular, bien por no haber dispuesto nunca de permiso de trabajo (sentencia recurrida EDJ 2010/268694), bien por no haber contado con su prórroga o renovación (sentencia de contraste), siendo así que en los dos supuestos los despidos se reconocieron judicialmente contrarios a derecho y merecedores de una indemnización ante la imposibilidad de readmisión que ambas sentencias reconocen (el que en un caso se declare improcedente y en el otro nulo por defectos de forma de lo que se entiende como despido objetivo es una diferencia irrelevante cuando sólo se trata de determinar si proceden o no los denominados salarios de tramitación), la resolución impugnada condena al empresario a abonar tales salarios de trámite desde el día del despido hasta el día en el que la sentencia de instancia acordó la extinción contractual, mientras que, por el contrario, la resolución referencial excluyó esa misma condena a salarios de trámite con el argumento de que su abono pretende compensar el perjuicio consistente en la ausencia de retribución durante la instrucción del procedimiento de despido y, como era imposible la reanudación de la relación, según concluye, "no hay que compensar perjuicio alguno".

Concurre pues el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL EDL 1995/13689 para poder examinar la cuestión de fondo planteada, puesto que las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos pese a la fundamental identidad subjetiva y objetiva de los casos que resuelven.

SEGUNDO.- El art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 EDL 2000/77473, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de modo similar a la regulación inmediatamente anterior EDL 2003/120593 (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".

Y si los arts. 56.1.b) y 53.5 (este último equipara los efectos de la extinción por causas objetivas al despido disciplinario) del ET y 110.1 y 113 de la LPL EDL 1995/13689 establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, y el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita, no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos, tal como, rectificando doctrina anterior (STS 7-7-1994, R. 93/94) EDJ 1994/5855 , tiene declarado constante jurisprudencia (por todas, SSTS 14-7-1998, R. 3482/97 EDJ 1998/19991 ; 10-7-2000, R. 4486/98 EDJ 2000/24239 ; 2-2-2000, R. 3210/99 EDJ 2000/36275 ; 1-3-2004, R. 4846/02 EDJ 2004/31837 ; y las que esta última cita), y ni siquiera se cuestiona la posibilidad de compensarlos en la forma prevista en el propio art. 56.1.b) ET EDL 1995/13475 porque, con no constar que la demandante estuviera simultáneamente empleada en cualquier otra ocupación remunerada, la condena únicamente comprende el período transcurrido entre el día del despido y el día en el que el Juzgado de instancia dictó la sentencia que, además de la declaración de improcedencia, acordó excepcionalmente la extinción contractual.

Por otra parte, la cuestión que el recurso plantea ya ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de 29 de septiembre de 2003 (RCUD 3003/02) EDJ 2003/127727 , cuya solución hay que reiterar, si bien hemos de precisar que el contrato de trabajo del extranjero sin la preceptiva autorización está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley, que, sin embargo, contempla la validez respecto a los derechos del trabajador afectado, y por más que la normativa sobre el trabajo de los extranjeros en España estaba entonces regulada, en lo que aquí interesa, en el art. 36 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que reformó en parte la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero EDL 2000/77473 , y en esta ocasión, dada la fecha en la que se produjo el despido de la actora (28- 7-2009), aquella regulación ya había sido modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre EDL 2003/120593 .

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 EDL 1995/13689 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.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Obdulio contra sentencia de fecha 7 de julio de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana EDJ 2010/268694 , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón. Con condena en costas y decretando la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, manteniendo las consignaciones o aseguramientos prestados.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional 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. José Luis Gilolmo López.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012011100463