Roj:	STS 5439/2011
Id Cendoj:	28079140012011100463
Órgano:	Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede:	Madrid
Sección:	1
Nº de Recurso:	3428/2010
Nº de Resolución:	
Procedimiento:	SOCIAL
Ponente:	JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ
Tipo de Resolución:	Sentencia

SENTENCIA

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 Don Obdulio contra sentencia de fecha 7 de julio de 2010, dictada por la Sala de lo Socia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso núm. 1151/10 , por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Doña Encarnacion , 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 Doña Encarnacion frente a Don Obdulio , sobre reclamación por Despido.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

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 Doña Encarnacion contra Don 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 Don Obdulio a pagar a Doña Encarnacion , 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.** Doña Encarnacion , de nacionalidad brasileña, prestó servicios laborales como camarera para el empresario Don 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 Doña Encarnacion , 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 Doña Encarnacion 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 , 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 Encarnacion , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 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 # en concepto de salarios de tramitación, confirmando en el resto el Fallo de la sentencia de instancia.".

CUARTO.- Por la Procuradora Doña Mª Cruz Ortiz Gutiérrez, en nombre y representación de Don 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 #.

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), 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 # diarios, determina la condena a la cantidad de 4.606,17 #. El recurso de casación unificadora denuncia la infracción de lo dispuesto en el *art. 56 del Estatuto de los Trabajadores* (ET) y en el *art. 110 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL*), así como el *art. 36.1 y 3 de la Ley Orgánica 14/2003* 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, a los efectos del requisito de contradicción que exige el *art. 217 de la LPL* , 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 #/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 #, 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 requerírselo 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), 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* 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* , 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".

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 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), tiene declarado constante jurisprudencia (por todas, SSTS 14-7-1998, R. 3482/97 ; 10-7-2000, R. 4486/98 ; 2-2-2000, R. 3210/99 ; 1-3-2004, R. 4846/02 ; 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* porque, con no constar que la demandante estuviera simultáneamente empleada en cualquier otra ocupación remunerada, la condena únicamente comprende el período trascurrido 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), 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 , 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* .

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.

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

FALLAMOS

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 , 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 nº 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 Organo 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.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ