

Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384).

Dr. Daniel Martínez Fons.

Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra.

1. Hechos.

El trabajador de nacionalidad rumana había venido prestando sus servicios para una empresa de la construcción desde principios de 2002 sin estar dado de alta en la Seguridad Social. En febrero de 2004 fue despedido verbalmente, despido que se calificó de nulo por el Juzgado de lo Social nº2 de Salamanca, condenando a la empresa a su inmediata readmisión. En cumplimiento de la referida sentencia fue readmitido a finales de septiembre del mismo año.

Los primeros días de octubre de 2004 la Inspección de Trabajo, tras realizar visita a la empresa, requirió a la empresa para que diese por terminada la relación de trabajo por carecer de la preceptiva autorización administrativa para trabajar en España. En cumplimiento del requerimiento de la Inspección, el 6 de octubre de 2004 la empresa comunicó al trabajador que quedaba en suspenso la readmisión en tanto que la Administración no se pronunciara sobre las autorizaciones para residir y trabajar legalmente en España pendientes de resolución.

En fecha de 4 de noviembre de 2004 la Subdelegación del Gobierno de Salamanca emitió resolución denegando la autorización de trabajo y residencia solicitada por el trabajador rumano. A la vista de dicha denegación, el Juzgado de lo Social nº2 de Salamanca, mediante auto de 4 de febrero de 2005, declaró la extinción del contrato existente entre el trabajador y la empresa con efectos de 6 de octubre de 2004.

El 18 de octubre de febrero de 2005 el trabajador solicitó del INEM la prestación de desempleo. Tras incoarse el correspondiente expediente, el Instituto denegó la prestación solicitada por ser trabajador extranjero que carecía de residencia legal en España y por no haber cumplido con el requisito de cotización de 360 días en los últimos seis años.

La reclamación previa presentada por el trabajador ante el INEM fue desestimada en mayo de 2005. Por el contrario el Juzgado de lo Social nº1 de Salamanca estimó la demanda presentada por el trabajador, declarando el derecho de éste a percibir la prestación por desempleo y condenando al INEM a abonar la prestación por desempleo discutida. El INEM presentó recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia alegando que en el momento de concurrir la situación legal de desempleo, que derivaría del auto del Juzgado de lo Social, el trabajador no reunía los requisitos legalmente exigidos (artículo 207 TRLGSS) para tener derecho a la prestación: ni era residente legal en España, ni tenía permiso de trabajo, ni estaba de alta en la Seguridad Social, ni tenía cubierto el período mínimo de cotizaciones ni, en fin, podía acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada. En este sentido, el INEM indicaba que, a pesar de que hubo relación laboral entre el trabajador extranjero y la empresa constructora, dado que trabajador no tenía permiso de trabajo y que, por tanto, no cotizó a la Seguridad Social, no podía entrar en juego el principio de automaticidad de prestaciones contemplado en el artículo 220 TRLGSS, puesto que resultaba imposible dar cumplimiento a la obligación de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social. Asimismo, respecto del requisito de la disponibilidad para buscar empleo y

para aceptar una oferta de empleo adecuada resultaba también de imposible cumplimiento al carecer de permiso de residencia y de trabajo.

2. Fundamentos Jurídicos.

Inicialmente, el Tribunal realiza un repaso de los antecedentes legales y jurisprudenciales sobre el derecho a las prestaciones de Seguridad Social que ostentan los extranjeros en situación administrativa irregular en España. Así, no es ocioso recordar que, bajo la vigencia de la Ley 7/1985 la jurisprudencia y doctrina mayoritaria sostuvieron que la falta de permiso para trabajar suponía la nulidad del contrato como requisito sine qua non para su validez, extendiéndose tal consideración también a la normativa de la Seguridad Social. Como es sabido, de conformidad con dicha interpretación el trabajador extranjero en situación administrativa irregular solamente tenía derecho a percibir los salarios por el tiempo trabajado en aplicación del apartado segundo del artículo 9 TRLET. Solamente, de manera puntual y por razones de justicia material, se dulcificaban los efectos de la referida doctrina. Así sucedió en relación con la prestación de desempleo reconocida a favor del trabajador extranjero una vez terminada la vigencia del permiso de trabajo mientras continuaba vigente el permiso de residencia. En este sentido, el Tribunal recuerda que la jurisprudencia en unificación de doctrina (STS de 21 de diciembre de 1994, RJ 10349) sostuvo que la expiración de la vigencia del permiso de trabajo no impedía al trabajador buscar otro empleo y solicitar un nuevo permiso de trabajo, de manera que no podía afirmarse que el trabajador extranjero que no tuviera el permiso de trabajo estuviera afectado de una imposibilidad absoluta para trabajar. En definitiva, mientras continuase vigente el permiso de residencia el trabajador extranjero debía percibir las prestaciones de desempleo si había cumplido con los requisitos de afiliación, alta y cotización.

La modificación de la regulación de extranjería operada por las Leyes Orgánicas 4 y 8 del 2000 supusieron un cambio radical en relación con los derechos del trabajador de conformidad con el cual la falta de la autorización administrativa ya no suponía la invalidez del contrato de trabajo, modificando de esta manera los efectos que anteriormente se derivaban de esta situación, en lo que sólo puede interpretarse como una voluntad del legislador de dar un tratamiento jurídico diferente a la misma. La reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003 dio nueva redacción al artículo 36 ampliando los derechos de los extranjeros irregulares, al señalarse que “la carencia de la correspondiente autorización 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”.

Así pues, la cuestión no es otra que la determinar qué prestaciones de Seguridad Social pueden corresponderle al trabajador extranjero que carece de autorización administrativa para trabajar y residir legalmente en España de conformidad con el tenor literal del artículo 36 derivado de la Ley Orgánica 14/2003. El Tribunal sostiene que son tanto las que deriven de contingencias profesionales como las que provengan de contingencias comunes, entre las que se encuentra el desempleo. En opinión del Tribunal, las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

1) Si el artículo 36 LO 14/2003, hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales como derecho que se reconoce al trabajador extranjero en situación

irregular, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, si la Ley o distingue, no cabe que en su interpretación se proceda a tal distinción.

2) No es posible realizar una interpretación restrictiva de un precepto que reconoce derechos inherentes a todos los trabajadores, como es la protección ante la pérdida del trabajo.

3) En caso de concluirse que el precepto únicamente contemplase las prestaciones por contingencias profesionales, la modificación del artículo 36 sería superflua, puesto que bajo el imperio de la Ley 8/2000, ya se venían reconociendo por la jurisprudencia las prestaciones derivadas de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular. Asimismo, la normativa sobre extranjería ya preveía, de manera indirecta, la posibilidad de reconocer a los extranjeros en situación irregular prestaciones derivadas de contingencias profesionales, cuando el artículo 57 de la LO 4/2000 incluía entre los supuestos en los que no procedía la sanción de expulsión la de los “beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España”.

4) Los compromisos internacionales suscritos por España avalan el reconocimiento de las prestaciones derivadas por contingencias comunes a los trabajadores extranjeros carentes de las preceptivas autorizaciones administrativas para trabajar o residir en España. En concreto el artículo 6 del Convenio 97 OIT, relativo a los trabajadores inmigrantes, dispone que “todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación las materias siguientes: b) Seguridad Social”.

5) Por último, aduce el Tribunal que si es el empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero de conformidad con el artículo 36 en la versión dada por la LO 14/2003, no cabe hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse del hecho de que el empresario, bien no haya solicitado la autorización, bien se le haya denegado por causas inherentes a la persona del empresario, como, por ejemplo, haber sido sancionado anteriormente por ocupar trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

Junto con las razones anteriores, el Tribunal indica que al reconocimiento de las prestaciones derivado del artículo 36 LO 14/2003, no puede oponerse el artículo 7.1 TRLGSS de conformidad con el cual están comprendidos en el Sistema de Seguridad Social “los extranjeros que residan o que se encuentren legalmente en España”. Según indica la Sentencia ahora comentada, puesto que la Ley Orgánica 14/2003, posterior a la norma de Seguridad Social, ha reconocido el derecho a prestaciones de los trabajadores extranjeros sin autorización, por lo que el trabajador extranjero en situación irregular debe considerarse incluido dentro del Sistema de Seguridad Social. Interpretación avalada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre que reformó el artículo 42 del RD 84/1996, Reglamento General de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas indica que “los extranjeros que precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen su actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a los efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”.

Una vez sentado que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular tiene derecho a la prestación de desempleo, el Tribunal pasa a analizar si juega o no el principio de automaticidad de prestaciones que supondría la obligación del INEM de adelantar la prestación, sin perjuicio del derecho de la entidad gestora de reclamar contra el empresario incumplidor. Sostiene el órgano jurisdiccional que la automaticidad de las prestaciones de desempleo opera de forma similar a la automaticidad de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, puesto que en relación con las prestaciones de desempleo el incumplimiento de la obligación de cotizar no es obstáculo para el abono de la prestación. Así, si la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concluido que el principio de automaticidad de prestaciones juega en favor del trabajador extranjero en situación irregular para los supuestos de contingencias profesionales, no habrá obstáculo para su aplicación en materia de desempleo.

Por último el Tribunal se pronuncia acerca de la responsabilidad del empresario de reintegrar el importe de la prestación a la entidad gestora. En este punto, debe recordarse que el artículo 42 del Reglamento General de inscripción de empresas, afiliación, alta y cotización exija para proceder a la afiliación, alta y cotización que el trabajador extranjero se encuentre legalmente en España o haya obtenido una autorización para trabajar. Sin embargo, para el Tribunal, a tenor del artículo 100 TRLGSS, el empresario está obligado a la afiliación y alta desde el momento en que comience la prestación de servicios y si no se efectúa aquél será responsable de las prestaciones causadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 126 del referido texto legal. En este sentido, el Tribunal considera que es compatible la responsabilidad de Seguridad Social con el incremento de multa previsto en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, consistente en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de la Seguridad Social desde el comienzo de la prestación del trabajador extranjero.

3. Comentario.

Es sabido que el marco normativo sobre extranjeros en España ha formado parte de la agenda política española de los últimos años en los que el Estado Español ha devenido definitivamente un Estado receptor de flujos migratorios. Fenómeno que se ha producido con especial intensidad, puesto que en pocos años se han integrado en la sociedad español un número significativo de personas que tratan de mejorar sus expectativas de vida. Ha sido necesario acomodar tanto las estructuras del Estado como el marco legislativo de referencia a las nuevas exigencias. No obstante, como es conocido, tanto una como otra se ha realizado con evidentes limitaciones y sin un debate social serio, y exento de oportunismo político, sobre el fenómeno de la inmigración.

Así, en el terreno legislativo se han sucedido diversas formulaciones legales del derecho de extranjería. Efectivamente, en los últimos tiempos hemos asistido a diversos cambios pendulares en la legislación sobre extranjeros que representan visiones opuestas de la política de extranjería. Es preciso recordar que la LO 4/2000, de 11 de enero – que se aprobó sin el apoyo parlamentario del partido político gobernante – supuso no sólo la actualización de la LO de 1985, sino también un cambio fundamental en la gestión del fenómeno de la inmigración. Así, la primera versión de la normativa de extranjería promulgada tras tres lustros introdujo importantes novedades en materia de derechos, como el de reagrupación familiar, la regulación de la tutela judicial efectiva y la aplicación de derechos fundamentales ligados a la ciudadanía como los de reunión y manifestación, libertad de asociación y de participación pública.

Sin embargo, poquísimos tiempo después la reforma de la LO 4/2000, operada por la LO 8/2000 dio origen a un nuevo derecho de extranjería, puesto que supuso la alteración de la orientación general de la normativa frente al fenómeno de inmigración, volviendo a consolidarse un sistema legal basado más en el control de flujos migratorios que en la integración social de los inmigrantes¹. De este modo, se introdujeron cambios significativos que debilitan la equiparación entre los ciudadanos españoles y los extranjeros, al tiempo que se limitó el derecho de reagrupación familiar y se endurecía el régimen sancionador. El último episodio, hasta el momento, de la sucesión normativa ha sido la LO 14/2003. Sin embargo, las sucesivas intervenciones legislativas no han terminado de encontrar un modelo de extranjería eficaz y coherente. En este sentido, la última intervención reguladora articulada a través del nuevo Reglamento de aplicación de la legislación de extranjería, ha puesto de manifiesto las lagunas que presenta el modelo de extranjería propuesto, en la medida en que viene a confirmar que los procesos de regularización ordinarios contemplados son, además de insuficientes, ineficaces².

La Sentencia ahora presentada pone de manifiesto las dificultades técnicas e incoherencias lógicas que presenta el régimen jurídico de la autorización previa para trabajar en España, en particular en lo relativo a los efectos que derivan del despido del trabajador en situación irregular. Como se ha visto de conformidad con el artículo 36 LO 14/2003, el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Así, si con las leyes orgánicas 4/2000 y 8/2000 el legislador pretendía aclarar que la falta de autorización administrativa previa no invalidaba el contrato de trabajo y que éste producía sus efectos respecto a los derechos del trabajador extranjero. Consciente de la dimensión del cambio, el propio legislador trató de limitar el alcance de la modificación a través de la Ley 62/2003, intentando dar a entender que el incumplimiento de la obligación

Tal y como viene señalando reiteradamente la doctrina judicial (entre otras, SSTSJ Canarias/Las Palmas de 30 de marzo de 2005, AS 993; Madrid 20 de mayo de 2003, JUR 2003, 240395), la modificación legal se han querido garantizar plenamente su derechos laborales reconociendo que no es suficiente para ello la exigencia al empresario de responsabilidades administrativas o incluso penales, con las que se sanciona al empleador pero no se consigue la aplicación en beneficio del trabajador de tales derechos. En definitiva, se trata de asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que se exige al empleador las demás responsabilidades a que su actuación haya podido dar lugar, distinguiendo de esta forma dos distintos ámbitos jurídicos con los que se quiere abarcar todo el conjunto de obligaciones legales que el empresario debe asumir cuando contrata irregularmente a un trabajador extranjero la plena responsabilidad laboral y, de acuerdo con la sentencia comentada, también las de Seguridad Social.

¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2004.

² MARÍN MARÍN, J.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2005, p.29.

Efectivamente, como bien señala la Sentencia presentada, manteniendo una posición una posición avanzada por un sector de la doctrina³, parece que existen argumentos más que suficientes para concluir que del contrato de trabajo que vincula al extranjero irregular con el empresario infractor se derivan las prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle, en clara alusión a las características del vínculo jurídico y que constituyen factores determinantes en la configuración de las diferentes prestaciones de Seguridad Social de las que se pueda beneficiar el trabajador. Sin embargo, el reconocimiento normativo genérico de los derechos de Seguridad Social unido al modelo de autorización administrativa para trabajador da pie a contradicciones e incoherencias que no pueden más que solventarse más que forzando la interpretación de la norma.

Las referidas contradicciones se resumen perfectamente el nuevo artículo 42 del Reglamento General de inscripción de empresas, afiliación y altas cuando señala que “los extranjeros que precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen su actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a los efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”. Así pues, dado que el alta y cotización son un acto público solamente proceden en los casos de legalidad, esto es, en los supuestos en los que se cuente con la autorización previa. Inicialmente del precepto reglamentario se infiere que resulta de imposible cumplimiento la obligación de afiliación y alta (artículo 100 TRLGSS) para los trabajadores que carecen de autorización administrativa, lo cual, si bien no perjudicará el derecho del trabajador a las prestaciones según indica el propio precepto reglamentario, impediría, a priori, trasladar la responsabilidad por las prestaciones al empresario. En este sentido, solamente será aplicable el artículo 126 TRLGSS en la medida en que se concluya que el incumplimiento de la obligación de afiliación y alta que deriva de la carencia de autorización es imputable al empresario por no tramitar ésta y, por tanto, en atención a lo antedicho, se considere que no pueden recaer sobre la entidad gestora los efectos derivados de una conducta omisiva y antisocial del empresario.

Igualmente en virtud de la plena eficacia del contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero que no cuenta con autorización administrativa, los Tribunales han avanzado también la aplicación, sin distinción, de los efectos contractuales. Así pues, la carencia de autorización administrativa no impide el ejercicio de la acción de despido. Tampoco la expiración del permiso de trabajo tiene virtualidad resolutoria del contrato de trabajo, de manera que no cabe configurarla de causa legitimadora de la extinción de la relación laboral, o lo que es lo mismo, la extinción amparada en la expiración del permiso debe conducir, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.4 TREL, a declarar la improcedencia del despido.

Sin embargo distinta es la posición mantenida respecto de los efectos de la calificación del despido, cuestión que aparece de manera colateral en la Sentencia ahora presentada. Así mientras que en algunas resoluciones se sostiene que la readmisión del extranjero es la sanción procedente para el despido calificado de nulo (STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2002, AS 1993) o improcedente (STSJ Madrid de 10 de mayo de 2005, AS 1533); otro sector de la doctrina de suplicación entiende que en caso de improcedencia del despido no cabe la ejecución en los términos de readmisión (SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de junio de 2005, AS 10150; y de 11 de mayo de 2004, AS 3336). En estos casos se entiende que dado que el incumplimiento de la obligación de solicitar el permiso de trabajo supone la imposibilidad de

³ GONZÁLEZ CALVET, J: “Actos de encuadramiento y prestaciones de seguridad social de los trabajadores extranjeros irregulares con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, ejemplar fotocopiado, Barcelona, 2004, p. 19.

readmitir debe aplicarse el art. 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir la obligación alternativa, esto es, la indemnización

Las referidas resoluciones ponen de manifiesto, una vez más, la dificultad de conjugar el pleno reconocimiento de los efectos del contrato con la situación que deriva de la carencia de la autorización administrativa. No obstante, parece que si tenemos en cuenta que la imposibilidad del cumplimiento deriva de la conducta omisiva del empresario, no parece que pueda desecharse la posibilidad de cumplir con la readmisión del trabajador: la empresa puede readmitir al trabajador solicitando para él el permiso de trabajo y residencia.

En definitiva, tal y como se ha señalado muy certeramente la doctrina, podría concluirse que con la actual legislación de extranjería y su interpretación judicial el trabajador extranjero *sin papeles* queda en una situación de práctica equiparación en derechos laborales y de Seguridad Social al trabajador extranjero regularizado⁴. Dejando de lado, las dificultades dogmáticas en la configuración de la autorización administrativa que supone la consolidación de tal doctrina, no cabe duda de que se nos de una opción legislativa deliberada, que, como se indicó, pone de manifiesto la ineficacia e insuficiencia del modelo legal de extranjería adoptado.

© Daniel Martínez, 2006

© IUSLabor 2/2006

ISSN: 1699-2938

⁴ GONZÁLEZ CALVET, J: “Actos de encuadramiento y prestaciones de seguridad social...”, cit., p. 21.