

LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES INMIGRANTES ILEGALES*

The hiring of illegal immigrant workers

Aurelia Carrillo López**

Recibido: 30 de noviembre de 2017
Aprobado: 15 de diciembre de 2017

Para citar este artículo / To cite this article

Carrillo, L., Aurelia. (2018) La contratación de trabajadores inmigrantes ilegales. Revista Alma Mater, 14 (1), pp. 29 - 39.

Resumen

Los extranjeros no comunitarios en España sin autorización administrativa para trabajar tienen reconocida una serie de derechos laborales inherentes al contrato de trabajo, así posean la autorización administrativa como si carecen de ella. Bajo este entendido, el presente artículo establece las variables de la inmigración en el país, los derechos del trabajador extranjero y las características del mismo en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave:

Inmigrante, permiso de trabajo, despido, derechos laborales.

Abstract

Non-EU foreigners in Spain without administrative authorization to work have recognized a series of labor rights inherent to the work contract, even if they have administrative authorization as if they lack it. Under this understanding, this article establishes the variables of immigration in the country, the rights of the foreign worker and the characteristics of the same in the Spanish legal system.

Keywords:

Immigrant, work permit, dismissal, labor rights.

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación de la Universidad Católica de San Antonio de Murcia, para el V Congreso Iberoamericano y Europeo Alcalá de Henares.

** Doctora en Derecho, con la calificación de sobresaliente cum laude, por la Universidad de Granada. Licenciada en Derecho por la Universidad de Murcia. Ha impartido docencia universitaria en las universidades Antonio Nebrija y Católica de San Antonio de Murcia, así como numerosas sesiones y ponencias en el Máster de Postgrado de Acceso a la Abogacía, en el Máster de Prevención de Riesgos Laborales y en el Master Universitario de Gestores Administrativos impartidos en la Universidad de San Antonio de Murcia. Correo electrónico: aclopez@ucam.edu.

INTRODUCCIÓN

La inmigración se ha convertido en un auténtico fenómeno social, cultural y económico, que se ha intensificado en los últimos años de manera relevante. España ha pasado de ser un país de emigrantes, a ser un país receptor de personas que se instalan en él con una intención de permanencia¹.

Los movimientos migratorios son fenómenos demográficos naturales e inevitables, provocados por situaciones de necesidad que constituyen un factor de dinamismo y progreso, siempre que sean capaces los Estados de impulsar una política coherente en materia de recepción de inmigrantes, así como una política comprometida y realista de cohesión e integración social².

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³, ha sido objeto de diversas reformas que tienen como finalidad la lucha contra la inmigración ilegal⁴. El Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre que desarrolla dicha ley, incorpora al ordenamiento jurídico español el acervo de la Unión Europea sobre la materia que no había sido objeto de transposición. Así, la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero, relativa a normas mínimas de acogida de los solicitantes de asilo⁵, como el nuevo reparto de competencias resultante de la asunción, por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, del desarrollo de las políticas del Gobierno en materia de extranjería e inmigración, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. También, aportan novedades en cuanto a los requisitos y circunstancias para la autorización para residir y trabajar del extranjero en España⁶.

En España existe actualmente gran cantidad de extranjeros que se encuentran trabajando sin las preceptivas autorizaciones. El trabajador inmigrante que está autorizado para residir y trabajar en España, tiene reconocidos los mismo derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que contempla nuestro Ordenamiento Jurídico (principio de igualdad con los nacionales), pero cuando el trabajador carece de dicha autorización es cuando surgen diversos problemas a la hora de determinar las consecuencias contractuales derivadas de dicha contratación.

En los supuestos de contratación de un trabajador extranjero el art. 7, c) del ET remite a la legislación de extranjería. Así, el art. 36 de la LOEx añade un requisito a la contratación de extranjeros para prestar servicios laborales en España y es la obtención de una autorización administrativa con la que se pretende controlar su acceso al mercado laboral nacional. La aptitud legal para contratar no se identifica con la capacidad para contratar, se trata de una noción más amplia que junto a la capacidad incluye las prohibiciones y las exigencias a las que el ordenamiento jurídico puede condicionar el despliegue de efectos de un negocio jurídico⁷.

El art. art. 36 de la LOEx, en el apartado 1º, establece la exigencia de autorización administrativa para todos los extranjeros mayores de 16 años que quieran ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, en España. Y en el apartado 3º, dispone las consecuencias que ocasiona, para el contrato de trabajo, la falta de esa autorización administrativa⁸.

1 MARÍN MARÍN, J. y GALLEGO MOYA, F.: El Trabajo de los Inmigrantes Irregulares. Un estudio jurisprudencial. Bomarzo, Albacete, 2005, págs. 7 y ss.

2 GARCIA VALVERDE, M.D.: La contratación ilegal de extranjeros", Revista de Derecho Social, Nº 43, Bomarzo, 2008, pág. 61.

3 LOEx del 2000 [2000, 72 y 209].

4 La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (lucha contra la inmigración ilegal a través del reforzamiento de las sanciones). La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (estableció nuevas respuestas penales frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos, respecto de los cuales se preveía la posibilidad de sustituir la pena por la expulsión). La Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (refuerza los instrumentos sancionadores y los procedimientos de devolución de los extranjeros que accedan ilegalmente a España).

5 Vid. KAHALE CARRILLO, D.: El nuevo sistema del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017.

6 MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M. P.: Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo. CES, Madrid, 2003.

7 Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M. P.: Aptitud legal y capacidad en el contrato..., op. Cit., págs. 18 y ss.

8 Art. 36. 3º: "Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. 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".

El art. 36.3 LOEx supone un cambio en la situación normativa vigente hasta el momento, pero sigue motivando importantes dudas a la hora de interpretarlo⁹. La doctrina se ha ido pronunciando sobre la calificación que merece el contrato de trabajo de un trabajador extranjero que no cuenta con autorización¹⁰. Son, en un principio, tres las interpretaciones existentes al respecto.

En primer lugar, algunos autores consideran que el contrato es válido, por diversas razones, la literalidad del precepto, la finalidad y el espíritu de la norma, además de que el único sujeto legitimado para solicitar la autorización es el empleador y, por tanto, la solicitud y obtención de la autorización es responsabilidad del empleador¹¹.

En segundo lugar, otra parte de la doctrina considera que debe ser calificado de “nulidad relativa” que significa que “ese contrato de trabajo nulo si producirá los efectos propios de un contrato de trabajo válido”, aunque limitados a los derechos del trabajador extranjero¹².

Y, en tercer lugar, para otra parte de la doctrina considera que el art. 36.3 de la LOEx no ha supuesto ninguna novedad¹³, considerando nulo el contrato de un trabajador extranjero sin autorización administrativa. Dicha nulidad, según el art. 9.2 ET, lleva aparejada para el trabajador la remuneración consiguiente a un contrato válido.

1. DERECHOS DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

La LOEx, apartándose de las diferentes posturas doctrinales¹⁴, diferencia el estatuto jurídico de un trabajador extranjero que cuenta con autorización y el de un extranjero que no cuenta con ella, ya que en caso de no hacerlo, carecería de sentido mantener la existencia de la autorización administrativa para trabajar¹⁵. El art. 36.3 LOEx cumple una función claramente tuitiva respecto del trabajador que ha prestado servicios sin la correspondiente autorización y que es sujeto de una relación laboral “irregular”, teniendo por finalidad paliar los efectos perjudiciales que una declaración de nulidad produce sobre la parte más débil del contrato.

En aplicación e interpretación de tal precepto, existe numerosa jurisprudencia que se pronuncia que el contrato de trabajo de un extranjero no autorizado no es un contrato nulo, y que por ello, no puede verse privado de la protección inherente a un contrato de trabajo¹⁶, reiterando la opción legislativa de que la carencia de autorización no resta eficacia al vínculo contractual¹⁷, de forma que ese contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador¹⁸.

9 Vid.: TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002”, *Actualidad Laboral*, Nº 10, 2003, pág. 166; Vid.: MONTOYA MELGAR, A.: *El Empleo Ilegal de Inmigrantes*, Civitas, 2007 pág. 101 y ss.

10 HIERRO HIERRO, F. J.: “La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia”, *REDT*, Nº 116, 2003, págs. 299 y ss. (BIB 2003, 1611).

11 ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, Nº 251, 2004, págs. 114 y ss; Vid.: STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2002 y la STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003. STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2002, STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2002, STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2003, STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2003; SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 545, 2002 pág. 2. (BIB 2002, 1267).

12 Vid.: ORELLANA CANO, A.: “Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros”. *Actualidad Laboral*, Nº 1, 2002, pág. 20.

13 Vid.: GARCIA VALVERDE, M.D.: *La contratación ilegal de extranjeros*, op. Cit., pag. 68; MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, op., cit., pág. 112 y ss.

14 Un amplio sector de la doctrina: considera que el trabajador en situación irregular tiene los mismos derechos que un trabajador cuya situación administrativa es regular, su contrato es válido. Otro sector de la doctrina que considera al trabajador extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización sólo le amparan ciertos derechos. El contrato lo califican de nulo. Otro sector doctrinal: considera que los derechos que se reconocen en el art. 36.3 LOEX-2000 son los derivados de la relación laboral, esto es, los que como tal aparecen recogidos en el art. 4.2 ET.

15 GARCIA VALVERDE, M.D.: “La contratación ilegal de extranjeros”, op. Cit., pág.

16 Vid.: STS Sala 4ª de 9 de junio de 2003, STS, [Rec. 4217/2002], Pnte: Martínez Garrido.

17 Vid.: STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2002

18 Vid.: STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002

En la LOEx prevalece el propósito de inserción social del inmigrante ilegal sobre la finalidad de control de los flujos migratorios, puesto que reconoce al inmigrante irregular un importante estatuto contractual que se suma a mecanismos legalizadores como el arraigo y las regularizaciones. La Sentencia del TS, Sala 4ª de 9 junio de 2003 ha supuesto un punto de inflexión en el reconocimiento de los derechos de los extranjeros que se encuentran prestando servicios en España sin contar con la necesaria autorización administrativa. En dicha sentencia, se considera que el contrato de trabajo celebrado con un extranjero sin autorización para trabajar no es nulo, y se le otorgan los derechos a las prestaciones de seguridad social derivadas de accidente de trabajo, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. Hasta la LOEx de 2000, se consideraba nulo el contrato celebrado por un emigrante no comunitario sin autorización, por lo que el empresario podía extinguir en cualquier momento dicho contrato sin reconocerle derecho alguno, poniendo en una situación claramente perjudicial al trabajador¹⁹.

A partir de la LOEx del año 2000 se parte de la idea de que la acción del Derecho ante el hecho del empleo ilegal de inmigrantes no debe limitarse a sancionar administrativa e incluso penalmente a los infractores, sino que además ha de proteger la situación contractual de esos inmigrantes. Así, el reconocimiento de efectos jurídicos a un contrato que en términos civiles y laborales debería reputarse nulo no deja de tener, en el caso analizado, una cobertura legal clásica, y todo ello porque se ajusta al supuesto excepcional previsto en el art. 6.3 Código Civil²⁰. Lo establecido en el precepto es lo que sucede en el art. 36.3 LOEX, la consecuencia lógica del contrato de trabajo celebrado por un inmigrante no autorizado sería su nulidad, y sin embargo la ley, haciendo predominar la óptica tuitiva, desplaza tal nulidad y otorga al pacto los efectos contractuales propios de una relación laboral válida; respecto del trabajador, cuya protección motiva la validación del pacto, no sólo a efectos salariales, sino a todos los efectos²¹.

2. DESPIDO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

El trabajador extranjero, tenga autorización administrativa o carezca de ella, tiene derecho a reclamar ante el empresario en base al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20 LOEx)²², los derechos derivados de la prestación de servicios conforme dispone el artículo 1.1 ET²³, incluyendo los derivados de la decisión extintiva unilateral realizada por el empresario²⁴.

El despido del inmigrante extranjero puede ser declarado procedente, improcedente o nulo, conforme al mismo régimen jurídico aplicable a tal efecto a cualquier otro trabajador²⁵.

Si el despido es declarado procedente no surge ningún problema, los problemas surgen en los otros dos casos y si, además, se está en presencia de un trabajador extranjero que no cuenta con autorización para trabajar. El problema no reside ahora en la calificación que haya de otorgarse al despido en la sentencia, sino en los efectos que hayan de darse a la resolución judicial en su posterior ejecución²⁶.

¹⁹ Ley

²⁰ Art. 6.3 Código Civil: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

²¹ MARÍN MARÍN, J. y GALLEGU MOYA, F.: El Trabajo de los Inmigrantes Irregulares. Un estudio jurisprudencial. Bomarzo, Albacete, 2005.

²² Crf.: las SSTs 29 septiembre 2003 (RJ 2003, 7446), 21 junio 2011 (RJ 2011, 5942) o 17 septiembre 2013 (RJ 2013, 7309).

²³ RCL 2015, 1654.

²⁴ Vid.: STSJ Cataluña 14 mayo 2002 (PROV 2002, 188731): "Así pues, al amparo de la normativa mencionada se entiende que los trabajadores irregulares que hayan sido despedidos sin causa, (a estos efectos no se considera causa de despido la ausencia de autorización), tienen derecho a reclamar no sólo los salarios impagados, las retribuciones por vacaciones y descansos devengados, sino también la indemnización que corresponda por despido improcedente y los salarios de trámite"; STSJ Castilla-La Mancha 5 febrero 2015 (PROV 2015, 61906); del mismo parecer, SSTSJ Madrid 25 octubre 2010 (PROV 2011, 22726) y Galicia 23 mayo 2014 (PROV 2014, 207486); BALLESTER PASTOR, M. A.: "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002", Actualidad Laboral, Nº 2, 2003, pág. 502, (BIB 2003, 952) .

²⁵ Vid. ST de 29 de septiembre de 2003.

²⁶ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: "Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar". Relaciones Laborales, Tomo I, 2004, págs. 532 y 533.

Si se declara el despido improcedente, en el caso de un trabajador extranjero que ha prestado servicios sin autorización, las opciones del empresario quedan reducidas a una: la indemnización. La falta de autorización para trabajar impide optar por la reincorporación del trabajador al puesto de trabajo porque la readmisión sería una opción que chocaría frontalmente con el ordenamiento.

Y si el despido de un trabajador extranjero sin autorización para trabajar se declara *nulo*²⁷, los problemas son mayores sobre todo a la hora de ejecutar la sentencia. Cuando se declara la nulidad del despido sólo existe, para el empleador, la opción de readmisión²⁸. Pero, si se impone al empleador a readmitir a un trabajador extranjero sin autorización para trabajar se le estaría obligando a actuar en contra de la ley. Ante esta situación, la doctrina considera que se debe adoptar la misma solución que establece la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para los casos en los que no cabe readmisión por cese de la actividad y en los que ésta se sustituye por una indemnización²⁹.

En cuanto a la indemnización que recibirá el trabajador extranjero es preciso puntualizar que, si el despido es declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales, dicha indemnización está formada por dos partidas. Primera, la correspondiente a la indemnización por despido injustificado; y segunda, la que trataría de paliar, si bien económicamente, la vulneración de los derechos fundamentales³⁰.

El art. 286 LRJS³¹, hace referencia a la ejecución en sus propios términos de las sentencias de las que resulte la readmisión forzosa del trabajador³². Dicho precepto autoriza la sustitución de la citada readmisión por el pago de la pertinente indemnización en los casos en que el empresario acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada "o cualquier otra causa de imposibilidad legal o material".

Éste último inciso, introducido como novedad por la LRJS frente al anterior art. 284 LPL³³ que únicamente contemplaba los supuestos de cierre de la empresa³⁴, permite dar cabida a los supuestos aquí analizados donde una causa de legalidad ordinaria (la carencia por el trabajador de la correspondiente autorización administrativa) constituye un verdadero obstáculo a la viabilidad jurídica de la readmisión del trabajador³⁵.

3. PAGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Por la prestación de servicios, el inmigrante irregular tiene derecho a todas las percepciones económicas establecidas legal o convencionalmente y correspondientes a las funciones desempeñadas³⁶. Este derecho, incluye tanto las partidas salariales, como las de naturaleza extra salarial, y puede hacerse valer frente al empleador, de la misma forma que los aplicables a los trabajadores con contrato plenamente válido³⁷.

27 ALONSO PÉREZ, MA. T.: "Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo", REDT, Nº 138, 2008. (BIB 2008, 516)

28 Vid.: TSJ Castilla y León/Burgos 18 diciembre 2013 (PROV 2014, 988).

29 Vid.: Art. 183 de Ley 36/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1845)

30 BALLESTER PASTOR, M. A., "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002", op., cit., págs. 502 y ss.

31 RCL 2011, 1845.

32 Vid.: GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: "Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia", RMTI, Nº 63, 2006, págs. 119 y 120.

33 RCL 1995, 1144, 1563

34 VALDUEZA BLANCO, M. D. El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España, op. cit., pág. 297.

35 Vid.: MONTOYA MEDINA, D.: "El despido del trabajador extranjero en situación irregular", Revista Española de Derecho del Trabajo, Nº 184, Aranzadi, 2016. [BIB 2016\699]. pág. 25.

36 Vid.: LO 7/1985 (RCL 1985, 1591).

37 Vid.: El Convenio 173 de la OIT (RCL 1995, 1806): establece una igualdad de trato en materia salarial respecto de los trabajadores extranjeros y los españoles, cuando aquellos ocupen un puesto de trabajo en España; SSTSJ Cantabria 5 diciembre 2007 (AS 2008, 651) y Cataluña 8 noviembre 2013 (AS 2013, 3278).

El extranjero irregular puede reclamar al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de la relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores³⁸ y, en caso de insolvencia podrá hacer efectivo su derecho ante el Fondo de Garantía Salarial. En este mismo sentido, lo dispuesto en el convenio 173 de la OIT³⁹ que establece una igualdad de trato en materia salarial respecto de los trabajadores extranjeros y los españoles, cuando aquellos ocupen un puesto de trabajo en España⁴⁰.

Para que el FOGASA haga frente a la responsabilidad subsidiaria en concepto de pago de salarios de tramitación de los trabajadores extranjeros sin autorización administrativa⁴¹, es necesario que exista una declaración de insolvencia empresarial⁴² y el reconocimiento de la deuda empresarial no derive de un acto fraudulento, actuación ilícita que ha de ser acreditada por el organismo autónomo, habida cuenta de que «aun cuando es cierto que el pacto alcanzado ante el órgano judicial, en el que el empresario reconoce los salarios adeudados al trabajador, no es en sí mismo garantía bastante para prevenir actuaciones fraudulentas, el mero dato de la falta de afiliación y alta en la Seguridad Social, en modo alguno revela los indicios de fraude esgrimidos por el Ente Gestor para denegar la prestación, pues no cabe olvidar que mientras el Juzgador ostenta la facultad de control sobre el contenido de lo acordado por parte de los conciliados y de la competencia para aprobar o desaprobar lo pactado, la Tesorería General de la Seguridad Social lisa y llanamente no tramita por imperativo legal la afiliación de los trabajadores extranjeros que no hayan obtenido la autorización administrativa previa para trabajar»⁴³.

Tras la reforma del art. 56 ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio⁴⁴, los salarios de trámite serán debidos, aparte de en los supuestos de nulidad del despido y de aquellos en que el despido ostente la condición de representante legal de los trabajadores o de delegado sindical, en los casos de improcedencia cuando el empresario opte por la readmisión del trabajador. Por tanto, la responsabilidad empresarial en el abono de los salarios de trámite, únicamente pudiera plantearse cuando la sentencia declare la nulidad del despido pues, la irregularidad de la situación administrativa del trabajador hace totalmente inviable la opción por la readmisión cuando el fallo declare su improcedencia.

En los supuestos en que la readmisión no resulta posible, el tenor literal del art. 36.5 LOEx, reconoce plenos derechos laborales al trabajador extranjero pese a la irregularidad de su relación laboral. Permitiendo una interpretación condenatoria al pago de los salarios de tramitación. Apoyando dicha interpretación la jurisprudencia con fundamento en el citado precepto y en la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite⁴⁵.

Por tanto, las causas extintivas a las que puede acudir el empresario cuando el trabajador carece de la preceptiva autorización administrativa para trabajar, resulta limitado a la extinción por cumplimiento de condición resolutoria, el despido objetivo por ineptitud, o el despido disciplinario, en función de cuales sean las concretas circunstancias jurídico-administrativas y laborales que afecten a la relación contractual⁴⁶. El número de supuestos que pueden surgir es muy variado, siendo preciso la diferenciación en función de si la irregularidad de la situación administrativa del trabajador se ha producido por razones imputables al mismo o a la propia Administración con competencias en este ámbito.

38 RCL 2015, 1654

39 RCL 1995, 1806.

40 Vid.: En este sentido: SSTSJ Cantabria 5 diciembre 2007 (AS 2008, 651) y Cataluña 8 noviembre 2013 (AS 2013, 3278).

41 art. 33.1 ET; Cfr. STSJ Cantabria 5 diciembre 2007 (AS 2008, 651). Vid. KAHALE CARRILLO, D.: "Notas a la estructura del salario", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 44, 2016.

42 Vid.: ALONSO PÉREZ, MA. T.: "Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo", REDT, Nº 138, 2008, pág. 361. [BIB 2008, 516].

43 Vid.: Cataluña 10 julio 2002 (AS 2002, 2875), 8 noviembre 2013 (AS 2013, 3278).

44 RCL 2012, 945.

45 Vid.: STS de 21 de junio de 2011 (RJ 2011,5942): supuesto de improcedencia del despido con condena al pago de salarios de tramitación.

46 ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: ineptitud, falta de adaptación y absentismo, Aranzadi (Pamplona), 2005, págs. 94 y 107. [BIB 2005, 1989].

La decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral determinará la improcedencia o, en su caso, de la nulidad del despido en base al art. 36.5 LOEx. La irregularidad de la situación administrativa del trabajador hace imposible que se cumpla la condena a la readmisión inmediata del trabajador en los casos de nulidad y la alternativa entre la readmisión o el pago de la pertinente indemnización en los casos de improcedencia. Por lo que, únicamente procederá una condena al abono de la indemnización y en los de nulidad, además de esta última, el juez debe condenar, asimismo, al abono de los salarios de tramitación⁴⁷.

4. DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Otra cuestión que se plantea, es si el art. 36.3 LOEx también ampara el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo⁴⁸ de la seguridad social de un trabajador extranjero que ha prestado servicios sin autorización y ha sido despedido⁴⁹. Hay que distinguir dos situaciones:

1º.- En el supuesto del trabajador extranjero que ha prestado servicios sin contar con la correspondiente autorización de trabajo, pero si tiene una autorización de residencia⁵⁰, sí tendrá derecho a la prestación por desempleo, pues el mismo está protegido por el sistema de Seguridad Social al estar incluido en su ámbito de aplicación. Es necesario que además de tener autorización de residencia, cumpla con los requisitos de cotización exigidos por la Ley General de Seguridad Social (LGSS)⁵¹. Así, el art. 7 LGSS al fijar la extensión del campo de aplicación de la Seguridad Social entiende comprendidos en él a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y tengan la condición, entre otras, de trabajador por cuenta ajena⁵². Para defender el derecho a la prestación por desempleo también hay que tener presente que entre los derechos que el art. 36.3 LOEx reconoce a favor del trabajador extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización está "la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle". Por tanto, durante la vigencia de la autorización de residencia el trabajador extranjero tendrá derecho a la prestación en los términos que le correspondan, en función del período de tiempo durante el cual haya venido prestando servicios. Así, el cobro de la prestación es posible y también la inscripción como demandante de empleo⁵³.

2º.- En el supuesto de que el trabajador extranjero que presta servicios no cuenta con ningún tipo de autorización⁵⁴, en este caso: no tiene derecho a la prestación por desempleo, porque no está dentro del ámbito de aplicación de la Seguridad Social, además el trabajar sin poseer ninguna autorización, constituye una infracción que deberá ser sancionada.

5. PAGO DE LA COTIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Se trata de analizar si el empleador tiene la obligación de ingresar las cotizaciones dejadas de ingresar por un trabajador que no ha sido dado de alta en la seguridad social.

47 Cfr. GARCÍA NINET, I.: (Dir.) Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España, op. cit., pág. 147 y ss.; VALDUEZA BLANCO, M. D.: El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España, op. cit., pág. 297 y ss.

48 Vid. KAHALE CARRILLO, D.: "Prestación por desempleo", en AA.VV., Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el Trabajo, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 263-293.

49 TOBES PORTILLO, P., y ANGOITIA GRIJALBA, M., "La protección por desempleo de los inmigrantes en España.

50 Vid.: STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2004. El Tribunal reconoce el derecho a la prestación por desempleo a un extranjero que ha prestado servicios sin la correspondiente autorización de trabajo, pero si tenía la autorización de residencia, por tanto, está incluido en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social.

51 El art. 207 LGSS: los requisitos precisos para el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo son: la afiliación y alta o situación asimilada al alta, un periodo mínimo de cotización de 360 días en los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar y no haber cumplido la edad ordinaria exigida para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación.

52 El art. 125.3 LGSS: los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de desempleo, aunque el empresario hubiere incumplido sus obligaciones, y aunque en este caso no pudiera cumplirlas.

53 Vid.: GARCIA VALVERDE, M.D.: "La contratación ilegal de extranjeros.", óp. cit., pág. 77 y ss

54 TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., "La Seguridad Social y la Protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares". A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (AS 2007/900). Aranzadi Social, n.13, 2007.

Tras la reforma de la LOEx por la LO 14/2003, no hay duda sobre la obligación del empresario de ingresar las cuotas a la Seguridad Social. Así, el art. 36.3 LOEx impone expresamente la obligación del empresario de hacer frente a las obligaciones de Seguridad Social aun cuando reciba la prestación de servicios de trabajadores extranjeros que no cuentan con autorización. Además, este artículo es completado con el art. 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el cual establece que las cantidades que deberían haberse abonado como cotizaciones van a engrosar las arcas de la Tesorería General de la Seguridad Social en concepto de multa, no de cotizaciones.

Por tanto, el empleador que reciba la prestación de servicios de un trabajador extranjero sin la precisa autorización debe hacer frente, en primer lugar, a la responsabilidad administrativa, que se traduce en una multa, salvo que exista responsabilidad penal. Y en segundo lugar, a la responsabilidad de Seguridad Social, que incluye el abono de las prestaciones que corresponda, y el pago en concepto de multa a la Seguridad Social, por el tiempo que dicho trabajador haya estado prestando servicios⁵⁵.

6. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Existen dos causas de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 ET que, bajo determinadas circunstancias, sí podrían justificar la válida extinción del contrato de trabajo del trabajador extranjero carente de autorización administrativa de residencia y trabajo. Es el caso concreto de la extinción por ineptitud del trabajador como causa de despido objetivo (art. 49.1 I) ET) y de la extinción por cumplimiento de condición resolutoria válidamente pactada en el contrato de trabajo (art. 49.1 b) ET).

La extinción contractual por ineptitud sobrevenida

El art. 1184 CC⁵⁶ contempla la extinción de las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible y el art. 1272 CC establece que las cosas o servicios imposibles no pueden ser objeto de contrato. La ineptitud como causa extintiva del contrato de trabajo no presupone la existencia de un impedimento tal que determine una absoluta imposibilidad material de la prestación de trabajo⁵⁷, pero sí la presencia de defectos en su ejecución de tal magnitud cualitativa y/o cuantitativa que justifiquen la extinción unilateral del contrato a instancia del empleador⁵⁸.

Por ineptitud a los efectos de la causa de despido prevista en el art. 52 a) ET, debe entenderse, según la jurisprudencia clásica como la "inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.)".

Podría plantearse si podrían también constituir ineptitud los supuestos de no obtención por un trabajador extranjero de la pertinente renovación de su autorización de residencia y trabajo⁵⁹. La carencia de autorización administrativa de trabajo únicamente podría reconducirse a la causa objetiva de ineptitud para la extinción del contrato de trabajo en los casos en que la situación administrativa del trabajador extranjero devenga irregular de manera sobrevenida, por no renovación de la autorización por la Administración⁶⁰, o con carácter excepcional, cuando ésta la revocase de oficio con fundamento en los arts. 62 y 102 LRJAP⁶¹.

55 Vid.: CHARO BAENA, P.: "Trabajadores extranjeros ilegales y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social", Aranzadi Social, Nº 15, 1999, págs. 33 y ss.

56 LEG 1889, 27.

57 Vid.: FITA ORTEGA, F.: La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo. Tirant lo Blanch (Valencia), 1997, pág. 41.

58 MONTOYA MEDINA, D.: Aranzadi, pág. 11; SEMPERE NAVARRO, A. V. Y LUJÁN ALCARAZ, J.: "Significado y virtualidad de la extinción por ineptitud del trabajador debida a causas físicas", AS, Nº 59, 1996, pág. 2. [BIB 1996, 1432].

59 Vid.: ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: (ineptitud, falta de adaptación y absentismo). Aranzadi, 2005, págs. 94 y 107. [BIB 2005, 1989].

60 MONTOYA MELGAR, A.: El empleo ilegal de inmigrantes, op. cit., pág. 118

61 RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246.

La extinción contractual por condición resolutoria

La extinción del contrato puede producirse por el cumplimiento de la condición resolutoria conforme a lo dispuesto por el art. 49.1 b) ET, que permite la extinción del contrato de trabajo por "las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario".

La condición resolutoria se viene identificando con un suceso futuro o incierto, o un futuro pasado que las partes ignoren, al que se supedita la producción de efectos del contrato (art. 1113 CC). Conforme a la doctrina civil, condición resolutoria es "aquella de que depende la cesación (la subsistencia de su eficacia) del efecto jurídico querido". Constituyen requisitos generales para su validez en el Derecho común que no sea de imposible cumplimiento y que no resulte contraria a las leyes, a la moral, ni al orden público (arts. 1116 y 1255 CC).

La jurisprudencia le atribuye plenos efectos extintivos a este tipo de cláusulas en los contratos de trabajadores extranjeros no comunitarios, constatada la no renovación de la autorización de residencia y trabajo, bien por no haber sido solicitada por el trabajador en el plazo fijado por el art. 71 del RD 557/2011⁶², bien por haber recaído resolución denegatoria⁶³.

La condición resolutoria expresamente pactada en el contrato de trabajo del trabajador extranjero se debe entender condicionada al transcurso del plazo de noventa días que el art. 71.1 del RD 557/2011 establece como período máximo para la renovación del permiso de trabajo tras su expiración. De otra manera, la condición no podría entenderse cumplida, pues, conforme a lo dispuesto por el citado precepto reglamentario, la presentación de la solicitud de renovación en dicho plazo prorrogará los efectos de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento⁶⁴.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 noviembre 2016⁶⁵, declara como improcedente el despido de una empleada extranjera alegando que ha perdido su permiso de residencia y de trabajo cuando dicha condición no aparece en las cláusulas del contrato, Considerando que la pérdida de la autorización para trabajar en España, no puede considerarse una causa de extinción válidamente consignada en el contrato sino una causa objetiva legalmente establecida, por lo dada la imposibilidad de readmisión, solamente cabe el abono de la indemnización. Además, el TS considera abusivas las cláusulas que contemplan despedir sin indemnización al empleado extranjero que durante la duración del contrato le sea retirado la autorización para trabajar en España, ya que se trata de una circunstancia sobre la que no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador. El contrato de trabajo, no incluía expresamente una cláusula de extinción basada en la pérdida de dicho permiso.

CONCLUSIONES

En la legislación vigente ha quedado acreditada la plena protección que se le otorga a los extranjeros no comunitarios con independencia de la regularidad o irregularidad de su situación administrativa en nuestro país. El art. 36.5 LOEx⁶⁶, al reconocer la eficacia de los derechos laborales del trabajador extranjero carente de la autorización administrativa para trabajar, permite entender superada aquella corriente jurisprudencial clásica, durante la vigencia de la anterior Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio⁶⁷, que autorizaba al empresario a extinguir sin más el contrato de trabajo con fundamento en la nulidad de la relación contractual⁶⁸.

⁶² RCL 2011, 811, 1154.

⁶³ Vid.: STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1096).

⁶⁴ Cfr. la sentencia TSJ Castilla la Mancha 31 de marzo de 2004 (AS 2004, 1863), Rec. no 160/2004, que declaró improcedente el despido de la trabajadora fundado en el vencimiento de la duración de su autorización administrativa de residencia y trabajo.

⁶⁵ Vid.: STS en unificación de doctrina de 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 5870).

⁶⁶ RCL 2000, 72, 209

⁶⁷ RCL 1985, 1578, 2635.

⁶⁸ Vid.: MONTOYA MEDINA, D.: "El despido del trabajador extranjero...", óp. cit., pág.

En la actualidad, dicha nulidad no impide el reconocimiento de derechos laborales de los trabajadores extranjeros, entre los cuales se encuentra, naturalmente, la protección frente al despido. De lo cual se deduce que la extinción del contrato de trabajo del trabajador extranjero a través del despido, so pena de improcedencia o, en su caso, de nulidad, debe necesariamente reconducirse a alguna de las causas de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario del art. 49.1 ET⁶⁹. Distinguiéndose diferentes supuestos en función de si la irregularidad de la situación administrativa del trabajador se ha producido por razones imputables al mismo o a la propia Administración con competencias en este ámbito.

La decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral determinará la improcedencia o, en su caso, de la nulidad del despido por lo dispuesto en el art. 36.5 LOEx. La irregularidad de la situación administrativa del trabajador hace imposible la readmisión del trabajador en los casos de nulidad y la alternativa entre la readmisión o el pago de la pertinente indemnización en los casos de improcedencia. Por tanto, únicamente procederá en los supuestos de improcedencia, una condena al abono de la indemnización y en los de nulidad, además, deberá satisfacer los salarios de tramitación.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, MA. T. «Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo», REDT, N° 138, 2008. [BIB 2008, 516].

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: El despido objetivo por causas atinentes al trabajador: (ineptitud, falta de adaptación y absentismo). Aranzadi (Pamplona), 2005.

BALLESTER PASTOR, M. A., "Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002",

CHARO BAENA, P.: "Trabajadores extranjeros ilegales y accidente de trabajo y enfermedad profesional: cobertura en el sistema de Seguridad Social", Aranzadi Social, N° 15, 1999.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., y MOLINA NAVARRETE, C., "Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre". Revista de Trabajo y de Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros, n. 251, 2004.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular: criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos", Revista Aranzadi Unión Europea, N° 2, 2017. [BIB 2017\10786].

FITA ORTEGA, F.: La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo. Tirant lo Blanch (Valencia), 1997.

GARCÍA NINET, I.: (Dir.) Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España, Atelier, 2012.

GARCIA VALVERDE, M.D.: "La contratación ilegal de extranjeros", Revista de Derecho Social, N° 43, Bomarzo, 2008.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.: "Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar". Relaciones Laborales, Tomo I, 2004.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.: "Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia", RMTI, N° 63, 2006.

HIERRO HIERRO, F. J.: "La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia", REDT, N° 116, 2003. [BIB 2003, 1611].

⁶⁹ RCL 1995, 997.

- KAHALE CARRILLO, D.: "Notas a la estructura del salario", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 44, 2016.
- KAHALE CARRILLO, D.: "Prestación por desempleo", en AA.VV., Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el Trabajo, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- KAHALE CARRILLO, D.: El nuevo sistema del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017.
- MARÍN MARÍN, J. y GALLEGO MOYA, F.: El Trabajo de los Inmigrantes Irregulares. Un estudio jurisprudencial, Bomarzo, Albacete, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M. P.: Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo. CES, Madrid, 2003.
- MONTOYA MEDINA, D.: "El despido del trabajador extranjero en situación irregular", Revista Española de Derecho del Trabajo, Nº 184, Aranzadi, 2016. [BIB 2016\699].
- MONTOYA MELGAR, A.: El Empleo Ilegal de Inmigrantes, Civitas, 2007
- ORELLANA CANO, A.: "Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros". Actualidad Laboral, Nº 1, 2002.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: "Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002", Actualidad Laboral, Nº 10, 2003.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., "La Seguridad Social y la Protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007", Aranzadi Social, Nº 13, 2007.
- TOBES PORTILLO, P. y ANGOITIA GRIJALBA, M.: "La protección por desempleo de los inmigrantes en España, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Nº 61, 2006.
- VALDUEZA BLANCO, M. D.: El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España, Lex Nova (Valladolid), 2008.