

Despido (improcedente) por pérdida del permiso de trabajo. ¿La autorización para trabajar constituye una condición contractual?

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La pérdida de la autorización para trabajar provoca la extinción del contrato de una trabajadora; con la posterior consideración por parte de los tribunales del orden social de que se trata de un despido improcedente. La empresa —que no puede mantener el contrato si la autorización no se renueva— entiende que la extinción es válida por el cumplimiento de una condición resolutoria —la falta de autorización para trabajar—, sin derivarse de tal hecho obligación alguna de indemnizar al trabajador. Sin embargo, el Tribunal Supremo, aceptando que el contrato laboral sin autorización para trabajar deviene nulo, aplica las normas laborales protectoras contenidas en la legislación de extranjería en virtud de las cuales la contratación laboral irregular no impide la aplicación de los derechos laborales —y de Seguridad Social— por el trabajo ya efectuado.

1. La sentencia dictada en suplicación estima la declaración de improcedencia del despido por considerar que la falta de permiso laboral no actúa como condición resolutoria. Sin embargo, la empresa recurre en casación para la unificación de la doctrina aportando una sentencia del mismo tribunal (en este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid) en la que la trabajadora extranjera se hallaba exenta de la obligación de solicitar autorización para trabajar y residir en España por estar casada con un ciudadano español. En su contrato de trabajo se había comprometido a comunicar a la empresa cualquier cambio de estado civil que incidiera en esta circunstancia. Pese a ello, se declara probado que le caducó el permiso de trabajo y residencia y le fue denegada la renovación, razón que propició la extinción de su contrato de trabajo. Ante la impugnación de la trabajadora, los tribunales desestimaron su demanda, tanto en instancia como en suplicación, por entender que se trataba de una condición consignada implícitamente en el contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre del 2016 (Ar. 272191) admite la existencia de contradicción al aceptar que constituyen situaciones fácticas análogas que se asientan sobre una controversia jurídica de contornos también similares. En ambos supuestos

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

se analizan las consecuencias de la pérdida de la autorización para trabajar en el contrato de trabajo y, en ambos casos, se aborda la conveniencia o no de acudir al artículo 49.1*b* del Estatuto de los Trabajadores («el contrato de trabajo se extinguirá [...] *b*) por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario») aun cuando no se hubiera expresado ninguna condición resolutoria en el contrato de trabajo.

2. Partiendo de la inicial consideración de nulidad del contrato de trabajo del trabajador extranjero irregular, la jurisprudencia social había admitido, no obstante, que el trabajador pudiera exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido, por el trabajo que ya hubiese prestado, tal y como dispone el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (*BOE* de 12 de enero), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la jurisprudencia social entendería que lo dispuesto en su artículo 36.5 debía considerarse determinante en cuanto al trabajo de los extranjeros. De conformidad con dicho precepto, «la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación». Pese a las diferentes reformas que esta ley orgánica ha experimentado desde su aprobación (2003 y 2009, especialmente), este precepto ha mantenido su misma finalidad.

Han sido numerosos los pronunciamientos que han admitido que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no constituye «en la actual legislación, un contrato nulo, y, siendo ello así, no puede privarse al trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo» (STS de 9 de junio del 2003, Ar. 3936, FJ 3). Y, en esa misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre del 2003 (Ar. 7446), de 21 de junio del 2011 (Ar. 5942) y de 17 de septiembre del 2013 (Ar. 7309) advertirán que la norma sobre extranjería salva la sanción de nulidad del contrato laboral, proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

3. Pero ahora se suscita un debate distinto, a saber, el de las consecuencias de la extinción contractual ocasionada por la pérdida —por falta de renovación— de la necesaria autorización para trabajar. Por una parte, procedería considerar que la pérdida de la autorización no comporta la extinción del contrato de trabajo cuando éste no se halla sometido de forma expresa a dicha condición resolutoria. Si se produce dicha extinción, deberá ser calificada como despido improcedente, si bien, dada la imposibilidad de readmisión ante la situación irregular en la que se encuentra el trabajador —no puede ser readmitido porque no dispone de la autorización preceptiva—, se impone el abono de la indemnización prevista para dicho despido. En la vertiente opuesta cabría admitir que el contrato se extingue al cumplirse la condición resolutoria —explícita o implícita— que supone no tener la autorización correspondiente para trabajar.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se había enfrentado a esta cuestión, entre otros, en dos pronunciamientos anteriores. Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio del 2011 (Ar. 5942) y de 17 de septiembre del 2013 (Ar. 7309) resolverían la controversia por

la extinción contractual ante la carencia absoluta de autorización en un caso y por su pérdida y no renovación en el otro. En ambos supuestos, el tribunal optó por reconocer a los demandantes el derecho a la indemnización por despido improcedente (más los salarios de tramitación entonces vigentes). Sin embargo, en ninguno de ellos expresará cuál debe ser la causa legal de extinción de entre todas las previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre del 2016 (Ar. 272191) considera que «la utilización del apartado *b* del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho. En el caso concreto, bastaría con poner de relieve la nula mención al respecto en el contrato de trabajo de la trabajadora demandante (tampoco aparecía esa expresión en el supuesto de la sentencia de contraste). Pero hemos de ir más allá en nuestras consideraciones pues, en todo caso no sería admisible que las partes del contrato previeran como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negocial de la parte trabajadora, la cual puede encajar en el apartado *l* del mencionado artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. El precepto legal sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría cláusula abusiva aquella que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador» (FJ 2).

4. Un resultado, sin duda, coherente con el carácter tuitivo de la legislación laboral, pero que, tal vez, merezca una serie de precisiones:

En primer lugar, y si, como señala el Tribunal Supremo, existe cierta similitud entre este supuesto y los contenidos en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, quizá hubiera resultado conveniente aplicar dicho precepto. No en vano, la pérdida sobrevenida de la autorización para trabajar ha sido considerada —como ocurre con la no renovación del permiso de conducir, la pérdida de la titulación académica precisa para desempeñar el puesto o la anulación del título requerido para acreditar la capacitación profesional— un supuesto de ineptitud sobrevenida que, *ex artículo 52a* del Estatuto de los Trabajadores, permite extinguir objetivamente el contrato de trabajo. De ser así, debería ser calificado de despido objetivo procedente.

En segundo término, porque el hecho de que el legislador haya querido «dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente» (STS de 16 de noviembre de 2016, Ar. 272191, FJ 2) no permite eludir un hecho cierto. Y es que se trata de un contrato que deviene nulo por la falta de capacidad aunque se opere como si fuera válido a efectos de proteger los derechos ya consolidados del trabajador. Una circunstancia sobrevenida imputable al trabajador —la pérdida de la autorización o la no renovación de la misma—, por lo que no cabe apreciar la existencia de un despido en un contrato que se convierte en nulo por ilicitud de su causa.

Siendo esto así, no producirá efectos y no podrá, de conformidad con los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, derivar de él ningún tipo de indemnización. De hecho, la norma de extranjería que protege los derechos (laborales y de la Seguridad Social) del trabajador extranjero contratado

irregularmente no resulta ilimitada. Al menos ésta ha sido la tesis mantenida por otros tribunales del orden social, no apuntada en este caso. No en vano, la norma de extranjería alude a la carencia de la autorización «por parte del empresario» no cuando la falta de ésta se debe a la voluntad —o negligencia— del trabajador. El Tribunal Supremo salva esta objeción admitiendo que, si bien el contrato se encuentra afectado por la sanción de nulidad (art. 7.1 del Estatuto de los Trabajadores), la norma de extranjería proclama la validez del contrato a efectos de los derechos del trabajador afectado, *ex artículo* 36.5 de su ley orgánica reguladora, situándose por encima de la mencionada sanción.

Por último, quizá convenga detenerse en la tajante exclusión que el Tribunal Supremo efectúa sobre la pérdida de la autorización para trabajar como condición resolutoria. No es que, en este caso concreto, se haya dejado de incluir expresamente en el contrato del trabajador extranjero que tal pérdida constituye una condición resolutoria, sino que —entiende el citado tribunal—, aun cuando dicha condición hubiera sido incorporada de forma explícita, «resultaría cláusula abusiva aquella que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador».

Pues bien, como es sabido, la condición en el contrato de trabajo puede suponer, o bien la suspensión de éste, o bien su extinción. Mientras que, en el primer caso, la consecuencia directa es la conservación del negocio jurídico, esto es, el mantenimiento del contrato de trabajo en defensa del principio de estabilidad en el empleo, en el segundo, el resultado es el contrario: la extinción. De ahí que los tribunales del orden social tiendan a anular los efectos jurídicos de una cláusula establecida con manifiesto abuso de derecho por parte del empleador.

Aquí, el Tribunal Supremo parece rechazar la *conditio iuris* (condiciones de origen legal) de tal forma que, si la norma legal exige autorización para trabajar, la condición se halla preestablecida por la ley y no depende de la voluntad de las partes (o *conditio facti*). Pero eso no significa que la relación no se encuentre condicionada. Es más, cabría incluso admitir que todo contrato laboral realizado a un trabajador extranjero constituye un «contrato temporal», puesto que está supeditado al plazo de concesión de la autorización para trabajar y a su correspondiente renovación. Y, de admitirse dicha tesis, procedería la aplicación de la indemnización de este tipo de contratos.

5. Sin duda, la solución adoptada por el Tribunal Supremo es la que procede en términos tuitivos tras admitir el legislador plenos efectos al contrato del trabajador extranjero en situación irregular. El empresario debe soportar el gravamen que supone haberse beneficiado del trabajo de aquél. Pero no resulta equilibrado que, entre estos efectos, se encuentren los del despido improcedente. Primero, porque existen mecanismos que, por analogía, permitirían la ponderación de intereses a través del despido objetivo; segundo, porque el empresario no puede mantener una relación laboral sin autorización, manifiestamente ilegal, por lo que se halla compelido a extinguirla; tercero, porque la autorización para trabajar «condiciona» el contrato y su pérdida propicia su extinción; y, por último, porque, ahora que se plantea la homogeneización de la indemnización de los contratos temporales, quizá fuera ésta una buena oportunidad para resolver supuestos que, como el presente, constituyen, *de facto*, contratos de duración determinada (en virtud de una situación «autorizada»).

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York