

LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR: ¿UNA NUEVA CAUSA DE DESPIDO OBJETIVO?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, RCU 1341/2015**

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular. Universidad Jaime I (Castellón)

1. MARCO LEGAL: ENTRE LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA Y LA VOLUNTAD LABORAL

Como es archisabido, todo trabajador extracomunitario debe contar con la correspondiente autorización administrativa para trabajar, siendo el artículo 36.1 de la **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero**, que rige esta materia, inequívoco al respecto. El apartado 4 de este precepto atribuye la responsabilidad para su gestión al empleador –y no al trabajador asalariado– indicando que para la contratación de un extranjero, «el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización». Por lo tanto, la voluntad legislativa es que los extranjeros no presten servicios en nuestro país sin autorización para trabajar –y para residir–, siendo responsabilidad del empleador garantizar que el trabajador cuenta, antes de emplearlo, con su documentación en regla, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa o, en ciertos casos, incluso penal (arts. 32 y 313 **Código Penal**).

Sin embargo, coherentemente con un concepto jurídico-material de trabajador (**STCO 259/2007, de 19 de diciembre**), la legislación no deja completamente desprotegida la situación del extranjero en situación irregular que presta servicios *de facto*. En este sentido, el artículo 36.5 de la **Ley Orgánica 4/2000**, dispone que «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». Aun con algunos vaivenes, la jurisprudencia social así lo ha asumido finalmente –SSTS de **29 de septiembre de 2003 (rec. núm. 3003/2002)**, **21 de junio de 2011**

(rec. núm. 3428/2010) y 17 de septiembre de 2013 (rec. núm. 2398/2012)–. De este modo, la evolución jurisprudencial y legislativa ha ido de la mano de la jurisprudencia comunitaria, que viene reconociendo el principio de protección de los trabajadores extracomunitarios en situación irregular (así, [STJUE de 5 de noviembre de 2014, asunto C-311/13](#), que reconoce el derecho del trabajador extranjero en situación irregular a percibir prestaciones económicas en caso de insolvencia del empresario). Se impone con ello el principio de realismo laboral, si bien no de forma ilimitada, pues los imperativos del principio de legalidad administrativa debilitan los derechos de los trabajadores inmigrantes *de facto*.

Es desde este enfoque del principio de legalidad administrativa, que impide al empleador tener empleados extranjeros sin la debida autorización, so pena de las citadas responsabilidades, desde donde ha venido suscitándose la importante cuestión de cuáles son las consecuencias cuando se produce la pérdida de las autorizaciones para residir y trabajar. El artículo 38.6 de la [Ley Orgánica 4/2000](#) establece las causas de renovación de las autorizaciones para residir y trabajar, atribuyendo la norma reglamentaria de desarrollo la carga de gestionar la renovación al trabajador interesado. En este sentido, el artículo 71 del [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#), establece que la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse por aquel, «en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento», al igual que si se presenta dentro de los 90 días naturales posteriores a la fecha de finalización, sin perjuicio de la responsabilidad legal. El artículo 72 de esta norma establece los efectos de la renovación, que tendrá vigencia de dos años, salvo autorización de residencia de larga duración, permitiendo el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. La resolución se notifica al trabajador extranjero, debiendo este, de ser favorable, solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

No obstante, la norma guarda silencio acerca de qué sucede cuando no se produce la renovación de la autorización, sea por ser desfavorable la resolución que resuelve sobre ella o sea porque el trabajador no la ha solicitado. Ante este silencio, generalmente, las empresas procedían a extinguir el contrato de trabajo [ex artículo 49.1 b\) del ET](#), en la consideración de que la autorización es un requisito imperativo que ha de entenderse implícito en toda relación laboral, al no ser disponible para ninguna de las partes, pues sin esa autorización ambas incurren en responsabilidad legal. Sin embargo, algunas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia consideraban que el cauce adecuado para proceder a esa extinción era la aplicación de la causa de la ineptitud sobrevenida del [artículo 52 a\) del ET](#). De este modo, dado el carácter genérico del supuesto legal, se ha incluido en la noción de pérdida sobrevenida –por ser su causa posterior a la contratación o porque se conozca con posterioridad a la celebración del contrato– de «capacidad profesional» para el desempeño de la actividad tanto la pérdida de habilidades técnicas o de capacidades psicofísicas, como la pérdida de requisitos administrativos exigidos para su desempeño –como titulaciones, permisos, etc.– (*vid.* [STSJ de Castilla y León de 14 de febrero de 2005, rec. núm. 27/2005](#)).

La diferencia práctica que existe entre una vía u otra de extinción es evidente, aunque en ambos casos acabe con la «expulsión» del trabajador del mercado laboral de nuestro país –y, lamentablemente, en ocasiones también con la «expulsión» del país–. Por una parte, porque en un caso el trabajador es indemnizado y no así en el otro. Por otra, porque los procedimientos son muy diversos, y, por lo tanto, también lo son las consecuencias que se derivarían de una eventual irregularidad formal. Pues bien, sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo –si bien de forma más crítica e imprecisa de lo que debería– en la sentencia que ahora se comenta.

2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Una mujer extranjera suscribe un contrato de trabajo con una empresa de limpieza, viéndose afectada posteriormente por sucesivas subrogaciones empresariales. La trabajadora ha encajado varias bajas por incapacidad temporal durante el año 2013. El 29 de noviembre de dicho año se le notifica la extinción del contrato conforme al artículo 49.1 b) del ET, con efectos 3 de diciembre, por no contar con el preceptivo permiso de trabajo. Si bien la trabajadora había presentado la solicitud de renovación de su autorización previamente, le fue denegada. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 22 de Madrid acordó citar a la actora el 29 de octubre de 2013 como demandante en proceso de impugnación de la resolución desestimatoria de la autorización de residencia y trabajo, si bien esta volvió a solicitarla nuevamente el 2 de diciembre de 2013.

La trabajadora interpuso demanda de despido y de reclamación de cantidad, en concepto de compensación económica por vacaciones no disfrutadas correspondientes a 2013, que fue resuelta por Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 18 de Madrid de 1 de julio de 2014, que estimó la reclamación de cantidad y desestimó la de despido. La razón para ello residiría en la vinculación a la doctrina judicial de la Sala de Suplicación de Madrid, que no califica como despido, sino como extinción lícita, la resolución contractual en tales casos –SSTSJ de Madrid de [13 de junio de 2012 \(rec. núm. 1228/2012\)](#) y [21 de diciembre de 2011 \(rec. núm. 5019/2011\)](#)–.

Recurre la actora en suplicación con base en dos motivos amparados en el apartado c) del artículo 193 de la [LRJS](#): 1) La falta de renovación del permiso de trabajo de la recurrente no es imputable a esta, sino a un retraso administrativo; 2) aun cuando la situación de la recurrente sea irregular, no cabe extinguir su contrato de trabajo, porque la necesidad que motiva la prestación de servicios continúa.

El criterio de primera instancia es modificado por la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2015 (rec. núm. 813/2014), que califica el cese como despido improcedente, con la consecuencia de deber proceder la empresa al pago de indemnización por importe de 16.363,9 euros, ya que no procede la opción alternativa de reincorporación laboral, justamente como consecuencia de la situación irregular –STSJ de Madrid de 4 de febrero de 2010 (rec. núm. 5207/2009)–. La Sala de Suplicación no atiende el argumento de que la falta de renovación del permiso de trabajo sea imputable a un retraso administrativo, porque no tendría constancia fehaciente del devenir de ese procedimiento, pero sí el segundo motivo, en la medida en que no es posible una extinción lícita

del contrato en tales casos sino por la vía del artículo 52 a) del ET. Para sostener esa afirmación, se acoge a otra doctrina, más antigua, de la propia Sala de lo Social del TSJ de Madrid que, en línea divergente a la invocada por la primera instancia –que pertenece a otra sección de la sala–, exige justificar objetivamente la extinción contractual –STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2010 (rec. núm. 4506/2010)–.

La empresa presenta recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contraste, como es lógico, la STSJ de Madrid dictada por la misma sala, pero diferente sección, de 13 de junio de 2012, citada.

3. CLAVES DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL MANTENIDA EN LA SENTENCIA

La [STS de 16 de noviembre de 2016 \(RCUD 1341/2015\)](#) desestima el recurso de casación, confirmando con ello la doctrina de suplicación. Si bien reconoce que los precedentes anteriores de la Sala de Casación no afrontan tan directamente la cuestión de las consecuencias de la pérdida de la autorización de forma sobrevenida, sí entiende que de la jurisprudencia social precedente se desprende claramente la protección por despido improcedente en tales casos.

Para el Tribunal Supremo la utilización del [apartado b\) del artículo 49.1 del ET](#) para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho, ni tan siquiera cuando las partes del contrato previeran como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negociadora del trabajador. Por una parte, porque el precepto legal «solo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley», lo que aquí no sucedería, porque, a su juicio, esta situación «puede encajar en el apartado 1) del art. 49 ET y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52 ET». Por otra, porque, en todo caso, «resultaría cláusula abusiva aquella que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador».

La sala admite que el empresario tiene facultad suficiente como para despedir al trabajador por la pérdida de la autorización para –residir y– trabajar en España, ya que esta situación «imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero», siendo una causa de finalización del contrato «ajena a la empresa». Ahora bien, esta situación objetiva es merecedora de «determinado marco de protección a (favor de) los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y, como ya hemos expresado, 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». En consecuencia, concluiría que «la congruencia con la doctrina que hemos venido construyendo desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 nos ha de llevar a compartir la solución adoptada por la sentencia recurrida».

4. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO Y PREVISIBILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

La extrema relevancia práctica del criterio jurisprudencial establecido en la sentencia comentada contrasta de forma notable con la pobreza, e imprecisión de su doctrina, basada en dudas y razones de descarte, por cuanto el tribunal parece saber «lo que no es», pero duda de lo que es realmente. Por una parte, sorprende que la sentencia reclame una serie de precedentes con una conexión con el caso solo difuminada –muchos de ellos trataban casos de inexistencia total de autorización, también inicial–, y sin embargo deje fuera un análisis más detenido de otros en los se ha tratado de manera central la cuestión de los efectos de la pérdida sobrevenida de la autorización para trabajar. En este sentido, resulta llamativa la tangencial referencia que hace a la [STS de 17 de septiembre de 2013 \(rec. núm. 2398/2012\)](#), pese a que resulta crucial en la materia.

Hasta esa sentencia, el Tribunal Supremo había renunciado a dar una respuesta directa para las empresas a esta cuestión, pese a ser consciente de las discrepancias existentes y de su trascendencia práctica, dada la relevancia de este colectivo de población activa de nuestro mercado de trabajo. Así, ni la [STS de 11 de diciembre de 2012 \(rec. núm. 438/2012\)](#), ni el ATS de 16 de abril de 2013 entraron a conocer del fondo de esta cuestión, pese a dejar clara constancia de la contradicción jurídico-doctrinal existente, por no apreciar contradicción jurídico-procesal. Ha de recordarse la trascendencia práctica que le otorga la sala del Tribunal Supremo «a la inclusión en el contrato de una específica cláusula resolutoria» que contemplaba la eventualidad de la falta de renovación del permiso de trabajo, trasladándole al trabajador la carga de informar en cada momento de cuál es su situación administrativa. Tal circunstancia alteraría el resultado de la comparación pues «fuera cual fuera (1) la conclusión a alcanzar respecto del mecanismo por el que, en abstracto, la empresa pudiera acudir a la ruptura del vínculo contractual [...] en el supuesto de autos había que analizar y tener en cuenta la (2) validez y el juego, en su caso, de la indicada cláusula resolutoria; circunstancia que no concurría».

Ciertamente, la razón esgrimida por el Tribunal Supremo era frustrante, porque daba un valor extremo a una cláusula contractual –principio de autonomía privada y solución civilista– cuando en juego están normas imperativas de especial trascendencia. Por lo tanto, todavía en 2013, no quedaba clara la respuesta a la situación producida cuando durante el transcurso de la relación laboral, al extranjero que presta sus servicios en una empresa no se le renueva la autorización de residencia y trabajo, ni tampoco la validez que había que otorgar a la inclusión de cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad en caso de ausencia de información suficiente sobre la renovación. La citada [STS de 17 de septiembre de 2013](#) no zanjaba el problema, dada su pobreza argumental, incluso tangencial en torno a las bases de su decisión, pues remitía a una doctrina precedente que no resolvía exactamente la misma cuestión, omitiendo cualquier cita a la comentada que, si bien por falta de contradicción, expresaba con nitidez la dualidad de vías. Además, no daba respuesta a la cuestión de la validez de las cláusulas contractuales resolutorias, análoga a la contemplada por la [STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2011 \(rec. núm. 3663/2011\)](#), que fue convalidada.

Pues bien, la sentencia que ahora se analiza permite resolver ambas cuestiones, aun arras-trando ese déficit de razonamiento del que hace gala el Tribunal Supremo desde hace años en esta materia. Así, por una parte, clarifica que es abusiva una cláusula de ese tipo, aunque esgrime argumentos poco exactos, pues parte de que el trabajador no tiene influencia alguna en la deci-sión, cuando lo cierto es que tiene la carga de la tramitación, aunque no dependa de él la decisión final. Por otra, indica que la vía correcta para la extinción, al margen de la gestión diligente o no del trabajador al respecto, es la del [artículo 52 a\) del ET](#). Ello supone que siempre generará una indemnización a cargo del empleador, cuya cuantía dependerá de que cómo se gestione la deci-sión extintiva que, como reconoce la sentencia, no es imputable al empleador aunque se trate de un hecho objetivo merecedor de una protección básica para el trabajador.

La corrección de la decisión final es manifiesta, si bien resulta criticable que se exprese con argumentos tan débiles. Se considera que no es de recibo que una cuestión de esta trascenden-cia se despache indicando que la extinción «puede encajar en el apartado l) del art. 49 ET y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52 ET». El significado de «guarda visos de completa similitud» con la causa de la ineptitud sobrevenida no se entiende, puesto que o encaja en el supuesto o no, o se aplica de forma analógica o no, pero la indefinición del Tribunal Supremo respecto de este aspecto es incomprensible cuando existen firmes argumentos para reconducir esta situación por esa vía.

En suma, se comparte con la sala la necesidad de un enfoque de protección para este colec-tivo de trabajadores especialmente vulnerables, siendo tal protección un auténtico principio en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, no puede asumirse, en un plano de coherencia de las decisiones jurisprudenciales con el orden jurídico y con la exigencia de previsibilidad de sus decisiones en casos futuros, que la sala no atienda con mayor precisión las razones que le llevan a resolver en este sentido, evitando dar una más firme y sólida respuesta a cuestiones que tenía pendientes de resolver desde hacía largo tiempo.