

LA DOCTRINA UNIFICADA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

Extracto:

LA normativa sobre extranjería exige que el trabajador extranjero no comunitario que pretenda prestar servicios laborales en España deba proveerse de una autorización de residencia y de trabajo. Sin embargo, la realidad demuestra que muchos de los extranjeros prestan un trabajo por cuenta ajena (que reúne los requisitos exigidos por el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores) sin la preceptiva autorización. La ley y los tribunales pretenden dar respuesta a esta situación, aunque no siempre de manera clara. Este breve estudio busca un objetivo doble. Por una parte, compendiar los pronunciamientos jurisprudenciales que el Tribunal Supremo ha ido vertiendo sobre la controvertida cuestión de los efectos que sobre el contrato de trabajo y la Seguridad Social acarrea la falta de autorización administrativa para trabajo del extranjero extracomunitario. Por otra, resaltar las interrelaciones que entre el poder judicial y el legislativo se están produciendo en esta materia. En efecto, el legislador ha dejado abierto el elenco de derechos laborales y de Seguridad Social que «pudieran corresponderle» al trabajador extranjero en situación administrativa irregular, y la doctrina jurisprudencial ha inspirado alguna de las reformas de la Ley Orgánica de Extranjería en esta materia.

A pesar de ello, y de que el Tribunal Supremo en los últimos casi 10 años ha ido perfilando y aquilatando la interpretación del artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería, con pronunciamientos cada vez más fundamentados, la cuestión sigue planteando muchos interrogantes que deberían ser solucionados por el legislador de forma clara, evitando construcciones jurisprudenciales controvertidas.

Palabras clave: trabajador extranjero, permiso de trabajo, derechos laborales y derechos de Seguridad Social.

THE SUPREME COURT'S UNIFIED DOCTRINE ON LABOR RIGHTS AND SOCIAL SECURITY OF FOREIGN WORKERS IN AN IRREGULAR SITUATION

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos*

Abstract:

IMMIGRATION regulations require that non-EU foreign workers seeking employment in Spain provide both work and residence permits. However, the reality is that many foreigners provide work services on their own accord (which meets the requirements of article 1.1 ET) without the required authorization. The law and the courts seek to address this situation, although not always in the clearest manner. This brief study has two goals. On one hand, it aims to summarize the legal statements the Supreme Court has been pouring over, contemplating the controversial question of the potential effects that the lack of official work authorization for non-EU foreign workers may have on employment contracts and Social Security. In addition, it seeks to highlight the relationships between the judiciary and the legislature that exist in regard to this issue. In effect, the legislature has left the list of labor and Social Security rights open, which foreign workers would be entitled to in exceptional situations, and the case law has inspired some of the reforms of LOEx in relation to this topic.

In spite of this, and that in the last 10 years the Supreme Court has been shaping and refining the interpretation of article 36 LOEx with increasingly more informed statements, the issue still raises many questions that should be resolved by the legislator as clearly as possible, avoiding controversial legal constructs.

Keywords: foreign workers, work permits, labor rights and Social Security rights.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Efectos de la irregularidad laboral del trabajador extranjero sobre el contrato de trabajo.
- III. El derecho a percibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo (SSTS, unificación de doctrina, de 9 de junio de 2003 y 7 de octubre de 2003).
 - A) Supuesto de hecho de la STS de 9 de junio de 2003.
 - B) Supuesto de hecho de la STS de 7 de octubre de 2003.
 - C) Fundamentación jurídica.
 - D) Reflexión crítica.
- IV. Despido de trabajadora extranjera embarazada en situación administrativa irregular (STS de 29 de septiembre de 2003).
 - A) Supuesto de hecho.
 - B) Fundamentación jurídica.
 - C) Reflexión crítica.
- V. Prestación contributiva por desempleo (SSTS, unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008 y 12 de noviembre de 2008).
 - A) El supuesto de hecho de la STS, unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008.
 - B) El supuesto de hecho de la STS, unificación de doctrina, de 12 de noviembre de 2008.
 - C) La fundamentación jurídica.
 - D) Reflexión crítica.
- VI. Suplantación de la personalidad por trabajador extranjero y efectos sobre el contrato de trabajo (STS, unificación de doctrina, de 21 de enero de 2010).
 - A) Supuesto de hecho.
 - B) Fundamentación jurídica.
 - C) Reflexión crítica.
- VII. El derecho del trabajador extranjero despedido en situación administrativa irregular al percibo de los salarios de tramitación (STS, unificación de doctrina, de 21 de junio de 2011).
 - A) Supuesto de hecho.
 - B) Fundamentación jurídica.
 - C) Reflexión crítica.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la política migratoria española de los últimos años, que arranca con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), ha estado marcada por la finalidad de incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad. Esta finalidad se ha visto reforzada con las modificaciones operadas por las Leyes Orgánicas 8/2000, 14/2003 y 2/2009, que apuestan decididamente por la lucha contra la inmigración ilegal.

El sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios exige que el trabajo de extranjeros extracomunitarios quede supeditado a la concesión de una autorización de trabajo,¹ que se erige en un valioso expediente de control del mercado de trabajo y de control de las actividades que desarrollan los extranjeros. El ejercicio de la actividad laboral cuando se carece de dicha autorización provoca la irregularidad de la situación administrativa en la que se encuentra el trabajador extranjero.²

Sin embargo, a pesar del loable propósito de apostar por la inmigración legal, existe una bolsa recurrente de inmigración laboral en situación irregular que de facto se incorpora al mercado de trabajo y que los distintos procesos de regularización extraordinaria no han conseguido erradicar. La propia normativa vigente es consciente de ello. Un ejemplo significativo se encuentra en la regulación de la figura de la residencia por arraigo (art. 31.3 LOEx)³ que, en última instancia, supone que el legislador prevé de antemano el incumplimiento de la regulación legal establecida y la ineficacia de la técnica meramente sancionadora, instrumentando un remedio «sanador» posterior que permite alcanzar la residencia legal.

¹ El párrafo 1 del artículo 36.1 de la LOEx declara que los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar. Por su parte, el artículo 63.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RLOEx) establece que la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena «habilitará a los extranjeros que residen fuera de España, siempre que hayan obtenido el correspondiente visado y hayan sido dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dentro del plazo de tres meses desde su entrada legal en España, a residir y trabajar por cuenta ajena en España».

² Ha de advertirse que la irregularidad del trabajador extranjero, lejos de constituir un concepto unívoco, responde a múltiples situaciones: falta absoluta de autorización de trabajo, ausencia de correspondencia entre la autorización concedida (por cuenta propia) y el tipo de actividad que desarrolla el extranjero (por cuenta ajena), inadecuación del trabajo prestado a los términos en que la autorización se hubiera concedido (para un determinado sector de actividad), exceso en el ámbito geográfico autorizado, falta de renovación de la autorización, extralimitación de los requisitos impuestos en la habilitación para trabajo de otras autorizaciones administrativas (estudiantes, familiares reagrupados, etc.) son solo algunos ejemplos de esa situación. Pues bien, todas las situaciones de irregularidad tienen el mismo tratamiento en la normativa de extranjería, lo que no parece razonable y se ha venido denunciando desde hace tiempo.

³ Los artículos 123 a 130 del RLOEx regulan la residencia temporal por circunstancias excepcionales, entre las que se encuentra el arraigo. En concreto, el artículo 124 establece las distintas modalidades de arraigo: laboral, social y el llamado «familiar».

En esta misma línea se enmarca también la regulación contenida en el artículo 36.5 de la LOEx, que ha permitido que los extranjeros en situación irregular hayan visto, normativa y jurisprudencialmente (aunque no siempre por este orden), el reconocimiento progresivo de derechos laborales y de Seguridad Social haciendo abstracción de su situación administrativa, creando lo que se ha denominado un «estatuto jurídico del trabajador extranjero irregular».⁴

Con este breve estudio se pretende compendiar los –todavía– escasos pronunciamientos jurisprudenciales que el Tribunal Supremo (en adelante, TS), en unificación de doctrina, ha ido vertiendo sobre la controvertida cuestión de los efectos que sobre el contrato de trabajo y la Seguridad Social acarrea la falta de autorización administrativa para trabajo del extranjero extracomunitario. Asimismo, resaltar las sinergias entre el poder judicial y el legislativo. En efecto, por una parte, el legislador parece que conscientemente ha querido dejar abierto el elenco de derechos laborales y de Seguridad Social que «pudieran corresponderle» al trabajador extranjero en situación administrativa irregular para que sean los tribunales quienes doten de contenido concreto la previsión legal; por otra, la doctrina jurisprudencial ha inspirado alguna de las reformas de la LOEx en esta materia.

El TS, en las sentencias que en las siguientes líneas se analizan, ha proporcionado un importante cuerpo interpretativo del discutido precepto sobre el alcance de los derechos laborales y de Seguridad Social que se reconoce a los extranjeros que carecen de la preceptiva autorización administrativa de trabajo, con pronunciamientos cada vez más extensos y mejor fundamentados, lo que le ha llevado incluso a cuestionarse la revisión de la doctrina anteriormente vertida. La cuestión sigue planteando muchos interrogantes que deberían ser solucionados por el legislador de forma clara, evitando construcciones jurisprudenciales controvertidas.

II. EFECTOS DE LA IRREGULARIDAD LABORAL DEL TRABAJADOR EXTRANJERO SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

Durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985 y sus Reglamentos de desarrollo, y ante la ausencia de pronunciamiento expreso en la normativa de extranjería sobre las consecuencias que acarrea la falta de permiso de trabajo sobre la relación contractual, fue lugar común declarar la nulidad del contrato de trabajo así suscrito derivada de la realización de un acto contrario a una norma imperativa (la exigencia de autorización de trabajo) según dispone el artículo 6.3 del Código Civil (en adelante, CC).⁵

En otro momento se defendió⁶ que conforme a la regla general del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) aun cuando el extranjero careciese de la preceptiva autorización, nacía una relación laboral, aunque no estuviese formalizada ni dada de alta en Seguridad Social, pues tal relación existe entre quien presta su trabajo en los términos del artículo 1.1 del ET y quien lo recibe

⁴ CHARRO BAENA, P.: «Trabajo irregular del extranjero y prestación por desempleo», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2006, BIB 2005/2739.

⁵ Por todas, STS, unificación doctrina, de 21 marzo 1997 (NSJ000983).

⁶ CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Pamplona: Aranzadi, 2000.

a cambio de una remuneración. Dicho de otro modo, la relación entre las partes, conforme al artículo 1.1 del ET, es una relación jurídica de naturaleza laboral, en cuanto constituida por la prestación personal, voluntaria, dependiente y por cuenta ajena del trabajo prestado por el extranjero –aun careciendo de la correspondiente autorización– a favor del empleador, a cambio de una retribución. Pero ello no era la opinión mayoritariamente defendida por la doctrina científica, ni mucho menos en sede judicial.

Otra cosa es que la normativa sobre extranjería exija como condición de eficacia del contrato de trabajo que el extranjero sea titular de un permiso de trabajo (ahora, una autorización de residencia y trabajo) ex artículo 36.1 de la LOEx (como así hacían sus precedentes), de forma que la nulidad del contrato derivaría de la realización de un acto contrario a una norma imperativa (la exigencia de autorización de trabajo) según dispone el artículo 6.3 del CC. Y si el ordenamiento jurídico anudaba la eficacia del contrato de trabajo a la obtención del permiso de trabajo, las consecuencias derivadas de la falta del mismo serían jurídicamente exigibles cuando así se dispusiera de modo expreso (en materia de retribución se pronunciaba el art. 9.2 ET).

Así las cosas, la LOEx, en su primera versión dada por la Ley Orgánica 4/2000, en el artículo 33,⁷ tras imponer que «los empleadores que contraten a un extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», mantenía que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Se trataba de un precepto ciertamente confuso⁸ pero que permitió a la doctrina laboral enfatizar que el tratamiento de la ineficacia/eficacia del contrato de trabajo concertado sin la correspondiente autorización había sufrido un «giro radical»⁹ que permitía reconocer en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pudiera exigir posteriormente al empresario infractor los derechos laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el ET, incluida la obligación de cotizar a la Seguridad Social.¹⁰

Por su parte, la Ley Orgánica 8/2000 modificó la primera parte de dicho artículo, que pasa a ser el 36.3, disipando la duda acerca de la eventual necesidad de una autorización por parte del empleador, pero manteniendo la previsión referida a que la carencia de autorización no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. En concreto, establecía que:

⁷ «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

⁸ Introduce la duda acerca de la creación de una nueva autorización, la de los empleadores que quisieran contratar a un extranjero para que llevara a cabo actividades laborales lucrativas, duda que es despejada de inmediato con la reforma de Ley Orgánica 8/2000 en el sentido de que la única autorización administrativa para trabajo de extranjero era la que este debía obtener.

⁹ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pág. 259, advierte de que con aquel precepto se acababa *ex lege* con la doctrina jurisprudencial por la que los extranjeros en situación irregular solo tenían derecho, en caso de ser cesados, a la contraprestación por el tiempo trabajado en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del ET, sin que pudieran percibir otros derechos derivados del contrato ni de su terminación.

¹⁰ CAMÓS VICTORIA, I.: «Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2004, pág. 59.

«Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

Si en ese momento resultaba incuestionable que era necesaria una única autorización (el permiso de trabajo) y que el precepto legal exclusivamente refería a la obligación empresarial previa –antes del comienzo de la prestación laboral– de solicitar dicho permiso, ¿qué alcance debía darse a la expresión «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario»? La explicación podría venir si se entendiese limitada esta previsión al supuesto en que el empresario está legitimado y obligado a solicitar el permiso de trabajo, esto es, al permiso inicial por cuenta ajena. Desde esta perspectiva, la previsión legal tendría un alcance limitado o parcial, pues no se pronunciaba acerca de las consecuencias que acarrearía la ausencia de autorización por falta de renovación del permiso de trabajo.

Por otra parte, parecía que la ley no pretendía validar los derechos del empresarios –y correlativas obligaciones del trabajador– sin duda con propósito sancionador frente a la parte más fuerte del contrato falto de un requisito legal; se estaría ante lo que pudiera llamarse una *validez asimétrica* del contrato, esto es, validez en lo que beneficia al trabajador y obliga al empresario, pero no a la inversa.¹¹

En fin, quedaba por determinar a qué derechos se refiere el precepto ¿todos?, ¿los básicos enumerados en el artículo 4 del ET?, ¿también derechos de Seguridad Social?, probablemente hubiese que limitarlos a los derechos derivados de la relación de trabajo.

Así las cosas, la Ley Orgánica 4/2000 conoce otra reforma mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, dando la siguiente redacción al artículo 36.3, «la carencia de la correspondiente autorización por parte de 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 nuevo texto permitiría reconocer al trabajador extranjero que careciera de la correspondiente autorización de residencia y trabajo también prestaciones de Seguridad Social. De nuevo asaltaba la duda ¿solo las derivadas de contingencias profesionales?, ¿también por contingencias comunes? Probablemente debía limitarse a las derivadas de contingencias profesionales, pues el Convenio núm. 19 de la OIT parecía dar cobertura a la igualdad de trabajo de los trabajadores extranjeros, con independencia de su situación administrativa, respecto de las contingencias profesionales.

Tan solo un mes después es aprobada la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en cuyo artículo 48 se regulaba el incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, y de la que parecía deducirse que, aun acreditada la existencia de relación laboral y sin que se desconozcan los derechos laborales derivados de la misma, el incumplimiento empresarial de solicitar la autorización previa para trabajar no conllevará obligaciones empresariales en orden a la afiliación, alta y cotización, lo que incidirá nega-

¹¹ MONTROYA MELGAR, A.: «El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», www.westlaw.es, BIB 636/2006.

tivamente en la posibilidad de lucrar prestaciones de Seguridad Social, a salvo de las derivadas de las contingencias profesionales.

A mayor abundamiento, el Real Decreto 1041/2005, de 5 septiembre, reformó el artículo 42 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 enero. Respecto a los nacionales de Estados que hubieran ratificado el Convenio núm. 19 de la OIT, quienes presten sus servicios careciendo de las correspondientes autorizaciones de residencia y trabajo, «se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». Para el resto de extranjeros, que no sean nacionales de Estados que hubieran ratificado el citado convenio, el nuevo precepto disponía que «Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley».

Finalmente, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido modificada por la Ley Orgánica 2/2009. El debatido precepto, que pasa a contenerse en el apartado 5 del artículo 36 de la LOEx,¹² recoge la interpretación más restrictiva respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de contingencias comunes al trabajador en situación irregular, advirtiendo, por una parte, que la eventual obtención de prestaciones de Seguridad Social derivada de convenios internacionales debe resultar siempre compatible «con su situación», y, por otra, que en todo caso «el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo». Bien es verdad que la imposibilidad del acceso tanto al sistema de Seguridad Social como al reconocimiento de prestaciones al extranjero no residente que carece de autorización de trabajo no es óbice para que exija, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, la responsabilidad civil contractual (que se valoraría de acuerdo con el monto de las prestaciones por contingencias comunes que hubiera percibido) del empresario que no solicitó su preceptiva autorización para trabajar, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social pueda imputarse al empresario, como así ha venido interpretando el TS.

En suma, una cabal interpretación del controvertido precepto lleva a afirmar que el legislador sigue partiendo de una nulidad de base del contrato, aunque esa nulidad es relativa (no otra cosa puede deducirse del inciso «no invalidará el contrato de trabajo respecto a...»), porque no afecta a los derechos del trabajador extranjero ni impide acceder a determinadas prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle, probablemente limitadas a las derivadas de contingencias profesionales, pues tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009 se refuerza la limitación al aludir «que sean compatibles con su situación».

¹² «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 con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

III. EL DERECHO A PERCIBIR ASISTENCIA SANITARIA Y PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO (SSTS, UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, DE 9 DE JUNIO DE 2003¹³ Y 7 DE OCTUBRE DE 2003¹⁴)

A) Supuesto de hecho de la STS de 9 de junio de 2003

Un súbdito ecuatoriano, sin permiso de trabajo –circunstancia que conocía el empleador–, fue contratado por una empresa como ayudante de cocina, conductor y comprador de efectos, sin proceder al alta en Seguridad Social. Cuando conducía un vehículo propiedad de la empresa sufre un accidente de tráfico.

El Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en Sentencia de 5 de noviembre de 2001, estima la demanda interpuesta por el trabajador extranjero, frente a la empresa, la Mutua Patronal, el INSS y la TGSS, sobre accidente de trabajo, y declara el derecho a percibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo sufrido, con cargo a la empresa, sin perjuicio de que la Mutua anticipe las prestaciones y con derecho a repetir contra la empresa, y sin perjuicio de la responsabilidad del INSS y la TGSS.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS, dictando el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Aragón Sentencia desestimatoria el 9 de septiembre de 2002.¹⁵ El INSS interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

B) Supuesto de hecho de la STS de 7 de octubre de 2003

Un trabajador extranjero, de nacionalidad colombiana, que venía prestando servicios como oficial de 1.ª albañil, sufre un accidente laboral. En su momento, interpuso demanda en reclamación de prestaciones de incapacidad temporal (en adelante, IT), que fue estimada en instancia y confirmada en suplicación.

Como consecuencia del accidente sufrido padece de determinadas dolencias y secuelas. El INSS, tramitado el oportuno expediente, por Resolución de 18 de abril de 2001, le deniega la prestación de incapacidad permanente por no estar incluido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social (sic). El día 30 de octubre de 2001, el Juzgado de lo Social núm. 2 de León dicta sentencia en virtud de la demanda formulada por el trabajador frente a la empresa, el INSS y la TGSS, en reclamación sobre Seguridad Social, declarando que está afecto de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, con derecho a percibir pensión en cuantía de 100 por 100 de la base reguladora, a cuyo pago condena solidariamente a los codemandados, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS y la que pudiera alcanzar a la TGSS. Asimismo, a que estas dos entidades, dentro de su respectiva responsabilidad legal anticipen las prestaciones con derecho a

¹³ NSJ013386.

¹⁴ NSJ013710.

¹⁵ Rec. núm 132/2002.

repetir contra los dos codemandados. El TSJ de Castilla y León (Valladolid) en Sentencia de 30 de abril de 2002,¹⁶ revoca la sentencia de instancia.

C) Fundamentación jurídica

Recuerda el TS su doctrina sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por un trabajador que no se halla en situación de alta, que partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones (art. 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS–), declara la responsabilidad directa de la empresa, obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua Patronal y las correspondientes responsabilidades subsidiarias del INSS y de la TGSS. Se trataría, pues, de precisar si dicha doctrina es aplicable al supuesto de extranjero no autorizado legalmente a trabajar.

La clave de la respuesta se encontraba en la interpretación que hubiera que darle al contenido del novedoso artículo 33.3 de la LOEx (hoy, 36.5). La doctrina más autorizada se encontraba hasta el momento dividida. Para un sector doctrinal, el precepto, aun reconociendo su mayor generosidad (no se refiere solo a remuneraciones ex art. 9.2 del ET, sino también a la retribución de vacaciones y otros descansos devengados), insiste en la nulidad contractual.¹⁷ Para otro, sin embargo, se trataba de un «precepto rompedor y avanzado de la legislación social»,¹⁸ que permitía vincular los derechos laborales y de Seguridad Social al trabajo y no al contrato.

Tratándose de contingencias profesionales, en particular las derivadas de accidente de trabajo, la doctrina judicial venía reconociendo la protección a todo extranjero, aun sin residencia legal en España, frente a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.¹⁹ Esta doctrina judicial se fundamentaba no solo en la normativa internacional (Convenios núms. 19 y 97 OIT) sino en disposiciones legales internas, pues respecto de la reciprocidad expresa o tácita que delimita el campo subjetivo de aplicación del sistema de Seguridad Social (art. 7.5 LGSS) encontramos el artículo 1.4 b) de la Orden 28 diciembre 1996.

El TS en las Sentencias de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 lleva a cabo una interpretación del citado artículo 33.3 de la LOEx, concluyendo que «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo». Y siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. A mayor abundamiento, llama la atención de la inexistencia de precepto alguno que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta.

Refuerza tal conclusión el que, conforme al artículo 57.5 d) de la LOEx, la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a «los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo», lo que pone manifiesto la posibilidad legal de que un extranjero no autorizado haya recibido protección legal al sufrir un accidente de trabajo.

¹⁶ NSJ011939.

¹⁷ ALONSO OLEA, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000* (BIB 2001, 2034), Madrid: Civitas, 2001, pág. 61.

¹⁸ Por todos, LÓPEZ CUMBRE, L.: «La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros», *Tribuna Social*, núm. 187, 2006, pág. 18.

¹⁹ SSTSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999, Baleares de 18 de julio de 2002, Castilla y León (Burgos) de 30 de julio de 2004.

En relación con el Convenio núm. 19 de la OIT, que establece la obligación de dispensar el mismo trato a los extranjeros que a los súbditos nacionales, si bien queda condicionado a que el país del trabajador lo haya ratificado, hay que distinguir los dos supuestos de hecho. En la STS 9 de junio de 2003, se trataba de un ciudadano ecuatoriano, y puesto que Ecuador no ha ratificado el citado convenio, deviene inaplicable; no obstante lo anterior, entiende el TS que la reciprocidad respecto a las contingencias profesionales se prescribe en el artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966. Asimismo, el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano ecuatoriano de 1 de abril de 1960 establece también la igualdad de trato respecto a sus nacionales. En la STS de 7 de octubre de 2003, el trabajador extranjero era de nacionalidad colombiana, y Colombia sí que ha ratificado el Convenio núm. 19 de la OIT, por lo que no hay obstáculo alguno para que se aplique.

Por su parte, la ratificación por España del Convenio núm. 97 de la OIT, sobre trabajadores migrantes (revisado) 1949, el 23 de febrero de 1967, que fija los términos en que dichos trabajadores han de ser equiparados a los nacionales en materia de Seguridad Social, determinó la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, que indicaba que la reciprocidad se entendía reconocida en todo caso respecto a las contingencias profesionales.

Concluye el TS que a tenor de las normas expuestas se evidencia una tendencia progresiva a la protección social de los inmigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000, que responden a las obligaciones que imponen los tratados y convenios suscritos por España, así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución Española, sobre el régimen público de Seguridad Social.

D) Reflexión crítica

En las sentencias de 2003 antes referenciadas, el TS tiene por primera vez la ocasión de pronunciarse acerca del alcance e interpretación del artículo 33.3 de la LOEx (hoy, 36.5) antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003, cuyo contenido era ciertamente confuso, y que las posteriores reformas, con mayor o menor acierto, han ido perfilando. Por de pronto, tan solo hacía referencia a que la carencia de la correspondiente autorización «no invalidará» el contrato de trabajo, sin aludir expresamente a la posibilidad de obtener prestaciones de la Seguridad Social. No cabe duda de que el carácter omnicompreensivo de los términos utilizados, «los derechos de trabajador extranjero», abría un abanico amplio de interpretaciones, entre ellas, aquella que incluyera también derechos en materia de Seguridad Social. La realidad ha demostrado que el legislador ha ido limitando esta posibilidad, advirtiendo actualmente que el trabajador extranjero en situación irregular podrá obtener solo determinadas prestaciones de Seguridad Social, que deriven de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, pero siempre que «sean compatibles con su situación».

Por otra parte, los términos rotundos en los que se pronuncia, «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo», se ha ido matizando en sucesivos

pronunciamientos, como se verá en las páginas que siguen, llegando a plantearse en este momento la revisión de dicha doctrina. Desde luego, no es interpretación que defienda un sector doctrinal, y que se comparta plenamente, en el sentido de que la LOEx sigue partiendo de una nulidad de base del contrato, aunque esa nulidad es relativa, lo que no impide reconocer ciertos derechos del trabajador extranjero ni acceder a determinadas prestaciones de Seguridad Social.

IV. DESPIDO DE TRABAJADORA EXTRANJERA EMBARAZADA EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR (STS DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2003)²⁰

A) Supuesto de hecho

Los hechos son sencillos de relatar. Una ciudadana argentina presta desde el 24 de agosto de 2000 servicios con la categoría de ayudante de *catering* para una empresa que se dedica al ramo de hostelería (venta ambulante en ferias y eventos de patatas fritas, *frankfurts*, etc.). Las tareas profesionales que desarrolla son las de responsable de la *roulotte* ambulante, trabajando sola y realizando los trabajos de preparación de los productos, venta y cobro de los mismos.

El día 30 de julio de 2001 el empleador le notificó verbalmente que no volviera a trabajar en el puesto ambulante por estar despedida; la trabajadora días antes había planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada.

La trabajadora presenta demanda por despido, y el Juzgado de lo Social núm. 20 de Barcelona dicta Sentencia el 22 de octubre de 2001, estimando la demanda y condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido así como al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la comunicación de la sentencia.

La empresa interpone recurso de suplicación, y el TSJ de Cataluña dicta Sentencia el 30 de mayo de 2002,²¹ confirmando el pronunciamiento de instancia.

Presentado en tiempo y forma e interpuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina por parte de la empresa, se denuncia la contradicción con la STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2001.²² En esta, un nacional marroquí que venía prestando servicios laborales con antigüedad de 2 de junio de 1999, que había solicitado permiso de residencia y trabajo el 31 de marzo de 2000, el día 3 de julio de 2000 es despedido verbalmente por la empresa. Ante esta situación, el trabajador marroquí formula reclamación telegráfica a la empresa para que reconsiderase su postura, a lo que la empresa le contesta «que no podía habersele despedido por no haber empezado su relación laboral por no disponer de permiso de trabajo y que cuando estuviese en disposición de dicho permiso o documento equivalente podía incorporarse a la plantilla».

²⁰ NSJ013709.

²¹ Rec. núm. 969/2002.

²² Rec. núm. 675/2001.

El TS considera que existe contradicción respecto a la primera de las cuestiones abordadas por la sentencia debatida, es decir, la referente a la existencia o no de contrato de trabajo válido entre las partes cuando el trabajador es extranjero no comunitario que carece de permiso de trabajo y residencia, pero lo ha solicitado y se encuentra en trámite cuando se formulan los ceses de los trabajadores.

B) Fundamentación jurídica

Resulta de aplicación el artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2000, en su primigenia redacción, en el que tras exigir que «los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o un permiso de trabajo», para a continuación, como se sabe, matizar que «la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador [...] no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

Entiende el TS que tal matización establece con claridad que desde la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 4/2000, el contrato de trabajo no es un contrato nulo, según sentó la STS, unificación de doctrina, de 9 de junio de 2003, y que asume plenamente. Esta conclusión, en palabras del TS, es reafirmada en la Ley Orgánica 8/2000.

En consecuencia, desestima el recurso de casación por la unificación de doctrina interpuesto por el empleador.

C) Reflexión crítica

El TS en la sentencia que ahora se comenta, con una fundamentación excesivamente escueta, reitera la doctrina sentada en los pronunciamientos de 2003 antes reseñados, y siguiendo la línea doctrinal mayoritariamente defendida en ese momento mantiene que del contenido del tan reiterado artículo 33.3 (hoy, 36.5) el contrato de trabajo, a pesar de que el trabajador no sea titular de la preceptiva autorización de trabajo, ha de reputarse válido. Entre los derechos que han de reconocerse al trabajador extranjero en situación irregular se incluye también una eventual reclamación por despido. Siendo un despido improcedente, la doctrina judicial ha defendido que habría de limitarse la condena al empresario al pago de la indemnización (además de los salarios de tramitación), «sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto a unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo y a salvo de que alguno de ellos pueda haberlo obtenido al hacerse efectiva una eventual readmisión».²³ Pero, declarada la nulidad del despido, no queda sino condenar a la empresa a la readmisión de la trabajadora. ¿Cómo soslayar en este caso la carencia de la preceptiva autorización de trabajo?, el TS desaprovecha la ocasión de pronunciarse sobre esta relevante cuestión puesto que en el supuesto concreto, tal y como señala la sen-

²³ SSTSJ de Cataluña de 5 de julio de 2006 (NSJ022030), País Vasco de 11 octubre de 2005 (rec. núm. 1933/2005), Cataluña de 7 de octubre de 2005 (rec. num. 5270/2005), Madrid de 13 de septiembre de 2005 (NSJ020586), Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2005 (rec. núm. 844/2004) y 11 de mayo de 2004 (rec. núm. 842/2004), entre otras.

tencia de suplicación, «tiene aspectos fundamentales que han de tenerse en cuenta: aquel de estar en trámite los preceptivos permisos y autorizaciones, sin constancia negativa». Pero ¿y si no hubiese sido así, la trabajadora no hubiese solicitado la autorización de trabajo, o solicitada hubiese sido denegada? La respuesta queda en suspenso... hasta un nuevo pronunciamiento jurisprudencial.

V. PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO (SSTS, UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, DE 18 DE MARZO DE 2008²⁴ Y 12 DE NOVIEMBRE DE 2008²⁵)

Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales y la ambigüedad de los términos legales (art. 36.3 LOEx en la redacción dada por la LO 14/2003) —«la carencia de la correspondiente autorización... [no] será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle [al trabajador extranjero]»— hacían presagiar que más tarde o más temprano se plantearía si entre esas prestaciones que «pudieran corresponderle» se incluían las derivadas de contingencias comunes y, en particular, la prestación por desempleo.

La cuestión no estaba siendo resuelta pacíficamente por los Tribunales Superiores de Justicia. Así, algunos apoyaban el otorgamiento de la cobertura por desempleo contributivo,²⁶ utilizando, con carácter general, los siguientes argumentos:²⁷

- a) Recuerdan que el contrato de trabajo del extranjero en situación irregular no es nulo y de él puede derivar el derecho de los extranjeros en situación irregular a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social a las que pudieran tener derecho. Donde la ley no distingue, no cabe establecer la exclusión de ninguna de las posibles prestaciones a las que tiene derecho el trabajador extranjero en situación administrativa irregular.

²⁴ Sobre esta sentencia, pueden consultarse los comentarios realizados por ALFONSO MELLADO, C.L.: «La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J.: «Prestaciones de Seguridad Social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular», *Temas Laborales*, núm. 97, 2008; CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: renacimiento del derecho (TS 18-3-2008, REC 800/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RDL 4/2008)», en AA.VV., *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea* (coord. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO), Murcia: Laborum, 2008; CARRASCOSA BERMEJO, D. y CHARRO BAENA, P.: «El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del TS de 18 de marzo de 2008», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, 2008; DESDENTADO BONETE, A.: «El desempleo del extranjero "sin papeles"», *Diario la Ley*, núm. 36.889, 2008; y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTS de 18 de marzo de 12 de noviembre y el anteproyecto de la ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2008.

²⁵ NSJ027601.

²⁶ SSTSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2004 (NSJ016178), Castilla y León de 7 y 21 de noviembre de 2005 (sentencias núms. 2050/2005 y 2051/2005). Ver un comentario sobre estas dos primeras sentencias del TSJ de Castilla León (Valladolid) en CHARRO BAENA, P.: «Trabajo irregular del extranjero y prestación por desempleo», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2006 (BIB 2005/2739) y Voz «Derecho al Trabajo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 12, 2006, pág. 153 y ss.

²⁷ Véase CABEZA PEREIRO, J.: «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, núm. 3, pág. 295 y ss. Tomo I. y AA.VV., *Memento Práctico de Seguridad Social 2008-09*, Francis Lefebvre, pág. 878 y ss.

- b) El mencionado artículo 36.3 de la LOEx hace recaer en el empleador la responsabilidad, también en materia de Seguridad Social, por la omisión de su deber de haber solicitado la autorización para trabajar.²⁸
- c) Respecto de estas prestaciones de desempleo existe un deber de anticipo por parte del Servicio Público de Empleo y, además, una responsabilidad empresarial en los supuestos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta y cotización. La entidad gestora posteriormente podrá repetir las cantidades abonadas contra el empresario que es el que tiene responsabilidad en el abono de las prestaciones (art. 220 LGSS).
- d) Se alude, en fin, a que durante la percepción de la prestación de desempleo no se puede llevar a cabo la expulsión del extranjero irregular beneficiario [art. 57.5 d) LOEx]. Siendo además la concesión de la prestación por desempleo contributiva causa de renovación de la autorización administrativa [actuales, arts. 38.6 b) LOEx y 70.2 d) RD 557/2011].

En sentido contrario, ciertas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia dene-gaban el derecho a las prestaciones por desempleo contributivo de los trabajadores extranjeros en situación irregular,²⁹ sobre la base de las siguientes consideraciones:

- a) Se advierte que el extranjero en situación irregular está, con carácter general, fuera del sistema de Seguridad Social (art. 42 RD 84/1996), sin perjuicio de poder obtener ciertas prestaciones entre las que no se encuentra mencionado expresamente el desempleo.
- b) Se llama la atención sobre la existencia de impedimentos legales insalvables para el extranjero en situación irregular que no puede cumplir los requisitos de acceso a la prestación de desempleo que solicita: no puede buscar activamente empleo, suscribir compromiso de actividad o aceptar colocación adecuada [arts. 207 c) y 231 i) LGSS]. Si el extranjero no autorizado por el mero hecho de ser beneficiario de una prestación por desempleo pudiera acceder al mercado de trabajo, se estaría vulnerando la legalidad vigente establecida en la normativa de extranjería.

A) El supuesto de hecho de la STS, unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008

Un extranjero de nacionalidad cubana tiene reconocida, en sentencia firme dictada en instancia el 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, la improcedencia del des-

²⁸ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, págs. 259 y ss.

²⁹ En este sentido, SSTSJ de Murcia 13 de febrero de 2006 (rec. núm. 129/2006) y Madrid de 16 de enero de 2007 (rec. núm. 3847/2006) confirmada esta última por la STS que ahora se comenta. En este sentido, resulta interesante la STSJ de Madrid de 1 de diciembre de 2007 (rec. de apelación núm. 470/2007), aunque relativa a una solicitud de Renta Activa de Inserción de extranjera en situación irregular víctima de violencia de género, en la que se deniega dicha prestación por la imposibilidad total de empleabilidad de la solicitante, a pesar de que en los casos de víctimas de violencia de género se recomienda atemperar requisitos como el relativo a la búsqueda de empleo.

pido que llevó a cabo la empresa donde prestó servicios durante 21 meses careciendo de autorización para trabajar y residir. Aportando dicha sentencia, el trabajador solicitó ante el Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SPEE) que resolviera expresamente sobre su derecho a recibir prestaciones por desempleo, petición que no obtuvo respuesta. También solicitó, en dos ocasiones, resolución al Servicio Regional de Empleo sobre su derecho a inscribirse como demandante de empleo, que tampoco consta que le respondiese.

Reclamado en vía judicial el referido derecho, el Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid desestimó la demanda interpuesta inicialmente por el trabajador contra ambas entidades públicas, su empresario y, curiosamente, contra el FOGASA. Dicha sentencia fue confirmada por el TSJ de Madrid en fecha 16 de enero de 2006, desestimando el recurso de suplicación que el extranjero había formulado. Este, disconforme, procedió a plantear el recurso de casación para unificación de doctrina que da lugar a la sentencia que se analiza. Como sentencia de contraste aporta la del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2005,³⁰ pronunciamiento que el TS considera prácticamente idéntico a la sentencia impugnada, salvo algunos aspectos que considera no relevantes, como la nacionalidad del extranjero (en la de contraste rumano)³¹ o el tiempo de prestación de servicios en cada caso.

B) El supuesto de hecho de la STS, unificación de doctrina, de 12 de noviembre de 2008

Un interno extranjero desarrolla una actividad laboral en los talleres productivos de un centro penitenciario por un periodo superior a un año, se supone. Ya liberado de prisión, presenta ante el SPEE una solicitud de reconocimiento de prestación por desempleo, quien dicta resolución denegatoria sobre la base de que el solicitante no se encontraba autorizado ni para residir ni para trabajar. Presentada demanda en reclamación por desempleo frente al SPEE de la Comunidad de Madrid, Organismo Autónomo de Trabajos y Prestaciones Penitenciarias y Servicio Público de Empleo Estatal, el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid desestima la demanda formulada por el actor, quien recurre en suplicación. El TSJ de Madrid, en Sentencia de 18 de julio de 2007, desestima el recurso de suplicación basándose en que «el actor carece de residencia legal en España y de permiso de trabajo [...] y no se dan los requisitos exigidos en los artículos 207, 209, 231 de la LGSS, al no ser posible que el actor acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada ni poder suscribir el compromiso de actividad normativamente establecido».

Disconforme con el fallo del TSJ, el ciudadano extranjero plantea recurso de casación para la unificación de doctrina, presentando como Sentencia contradictoria la del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de marzo de 2006,³² que se admite a trámite. El Ministerio Fiscal considera improcedente el recurso.

³⁰ Rec. núm. 2051/2005, comentada. Una referencia a la misma puede consultarse en el número 11 de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, voz «Derecho al Trabajo», págs. 137 a 145.

³¹ Téngase en cuenta que en el momento en que ocurren los hechos todavía no se había producido la adhesión de Rumanía y Bulgaria a la UE.

³² Rec. núm. 1969/2007.

C) La fundamentación jurídica³³

La STS de 18 de marzo de 2008 del Pleno de la Sala IV confirma la Sentencia del TSJ de Madrid de 16 de enero de 2007, que deniega al trabajador extranjero en situación irregular el derecho a inscribirse como demandante de empleo y a percibir las prestaciones de desempleo contributivo, sobre la base de las siguientes consideraciones.

Tras descartar las normas y jurisprudencia que alega el recurrente, pues se refieren a la protección respecto de contingencias profesionales, el TS concluye que la pretensión del recurrente se funda básicamente en el artículo 36.3 de la LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2004, sin embargo, considera que esta disposición tampoco tutela su derecho a la prestación solicitada, en relación con el contenido del artículo 14 de la LOEx.

Se recuerda que el artículo 36.3 de la LOEx (en su redacción dada por la LO 14/2003) dispone que la falta de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos que pudieran asistir al extranjero ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que puedan corresponderle. Por su parte, según dispone el artículo 14 de la LOEx, los residentes legales –definidos como aquellos que tienen autorizaciones para residir en España (art. 30 bis LOEx)– son los únicos que están equiparados a los españoles a efectos de cobertura de la Seguridad Social en sus modalidades contributiva y no contributiva. Respecto de los extranjeros en situación irregular, el precepto solo reconoce su derecho respecto a «los servicios y prestaciones sociales básicas» [haciendo un esfuerzo interpretativo, el TS incluye en el marco de estas últimas expresiones a: las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere necesario (arts. 53 y 38.1 LGSS); la asistencia sanitaria urgente al extranjero (art. 12 LOEx); e, incluso, la asistencia social de las comunidades autónomas (ex CE, art. 148) externa a la Seguridad Social].³⁴

Consecuencia de la interpretación conjunta de ambos preceptos es que la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato de trabajo, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social a las que el extranjero residente tiene derecho y, además, en las mismas condiciones que los españoles. Pero si el extranjero carece también de autorización de residencia, «las prestaciones que pudieran corresponderle», a las que alude el tantas veces mencionado párrafo 3 del artículo 36 de la LOEx, no puede sino referirse a «los servicios y prestaciones de asistencia sanitaria de urgencia».

Asumiendo el TS su doctrina acerca del derecho del extranjero irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales, justifica la falta de correspondencia entre el reconocimiento al extranjero irregular de las prestaciones indeterminadas ex artículo 36.3 de la LOEx («las prestaciones que pudieran corresponderle») y la limitación de derechos de Seguridad

³³ Tan solo se va a detallar aquí la fundamentación jurídica de la STS de 18 de marzo de 2008, pues la STS de 12 de noviembre de 2008 se remite a la anterior.

³⁴ Por ejemplo, ayudas periódicas de atención personal que se reconocen en algunas comunidades autónomas, aunque sea a favor de beneficiarios de una prestación familiar de hijo a cargo (STS de 26 de mayo de 2004 –NSJ015491–); o las ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario reconocidas por una comunidad autónoma a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas (STCo 239/2002 –NSJ012027–).

Social a los extranjeros residentes que contiene el artículo 14.1 de la LOEx, en la aplicación de los convenios internacionales suscritos por España que ordenan la protección del trabajador en dicho sentido (por ejemplo, el Convenio OIT núm. 19 al que hace referencia el art. 42.2 del RD 84/1996 reformado en 2005). Sin embargo, afirma que no existe convenio internacional que obligue al trato igual entre españoles y extranjeros en situación irregular en materia de desempleo. Es más, el Tribunal recuerda que el referido artículo 42.2 excluye a los extranjeros del sistema de Seguridad Social, «sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley». Esas «determinadas prestaciones» no son otras que las que se puedan adquirir de acuerdo con la LGSS, y para el caso del desempleo contributivo exige al beneficiario requisitos de imposible incumplimiento por el trabajador extranjero en situación irregular (no puede trabajar, ni podrá realizar una búsqueda activa de empleo, o aceptar una colocación adecuada; tampoco será posible su inscripción como demandante de empleo).

Otras argumentaciones sirven de apoyo al TS en esta sentencia: 1) La perspectiva finalista de la LEOx en orden a estimular la inmigración legal; 2) El hecho de que el extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización comete una falta grave sancionable, incluso, con la expulsión del territorio nacional [art. 53 b) y 57.1 LOEx], por lo que no debería beneficiarse de todas las prestaciones de Seguridad Social que le corresponden al extranjero en situación regular.

La argumentación jurídica en su conjunto lleva al Alto Tribunal a declarar que solo si el extranjero recurrente tuviera autorización para residir (parece que en el momento de la solicitud), tendría derecho a percibir la prestación por desempleo que reclama, aunque hubiera trabajado sin autorización.

Por otra parte, advierte que la imposibilidad del acceso tanto al sistema de Seguridad Social como al reconocimiento de prestaciones al extranjero no residente no es óbice para que este exija, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, la responsabilidad civil contractual (que se valoraría de acuerdo con el monto de las prestaciones por contingencias comunes que hubiera percibido) del empresario que no solicitó su preceptiva autorización para trabajar, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social pueda imputarse al empresario.

D) Reflexión crítica

Vaya por delante que es plausible que de una vez por todas, y en un panorama legal confuso, el tribunal, en la Sentencia de 18 de marzo de 2008, se esforzara en desbrozar la normativa aplicable al supuesto de hecho. En más ocasiones de las deseables, se utilizan disposiciones haciendo caso omiso de si se está en presencia de prestaciones derivadas de contingencias comunes o profesionales,³⁵ se aplica equivocadamente normativa internacional respecto a nacionales de Estados que no han ratificado un determinado instrumento convencional, pasan inadvertidas condiciones personales, profe-

³⁵ Así, por ejemplo, en la sentencia de contraste –TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2005 (rec. núm. 2051/2005)– la autorización administrativa para trabajar es concedida con posterioridad a la solicitud de la prestación por desempleo, pero antes de que resuelva el TSJ, por lo que desaparecen los obstáculos legales para que suscriba un compromiso de actividad y que busque activamente empleo.

sionales y administrativas que pudieran condicionar la solución judicial, etc. En la sentencia que ahora se comenta, certeramente se pone en la palestra cuál es la fundamentación jurídica relevante.

De la argumentación de la sentencia que se comenta no resulta fácil extraer un esquema de cobertura de las prestaciones de Seguridad Social. Aun así, parece que puede concluirse³⁶ lo siguiente:

1. Los extranjeros que presten servicios sin las preceptivas autorizaciones de residencia o residencia laboral tendrán derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, pero en régimen de responsabilidad empresarial en aplicación de lo dispuesto en los artículos 36.3 de la LOEx y 42 del Real Decreto 84/1996, y tratados y convenios internacionales.
2. A los trabajadores extranjeros que no cuenten con autorización de residencia (lógicamente, tampoco de trabajo), podrá reconocérseles las prestaciones por contingencias comunes, aunque solo como indemnizaciones a cargo del empresario, sin anticipo por parte de las entidades gestoras. De esta conclusión se exceptúa la prestación por desempleo porque el extranjero no residente legalmente no cumple los requisitos específicos de la situación protegida (art. 203.1, 207 y 209.1 LGSS).
3. Solo el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin la preceptiva autorización para trabajar puede obtener la prestación por desempleo contributivo.

Este esquema es que ha asumido la Ley Orgánica 2/2009, en la reforma llevada a cabo en el tan repetido artículo 36.3 de la LOEx (hoy, 36.5). Sin embargo, resulta insuficiente, dejando multitud de interrogantes en el tintero. En particular, no queda claro qué prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes, al margen del desempleo, pueden obtener los extranjeros residentes que no cuentan con autorización de trabajo. Tampoco satisface plenamente la aplicación de la doctrina unificada sobre el reconocimiento de la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros, al no resolver los problemas mencionados respecto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la LGSS para ser beneficiario de prestaciones por desempleo. En particular, la disponibilidad para trabajar y la asunción del compromiso de actividad son requisitos que solo cumplen quienes sean titulares de una autorización para trabajar.

En cualquier caso, la doctrina que sienta el TS en este pronunciamiento que ahora se comenta es recogido en la modificación de la LOEx que incorpora la Ley Orgánica 2/2009, de forma que el nuevo artículo 36 dispone expresamente que «En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».

Requiere, finalmente, un comentario especial la conclusión que alcanza la STS de 12 de noviembre de 2008. Como se ha dicho anteriormente, reitera la fundamentación jurídica vertida en el anterior pronunciamiento jurisprudencial. Sin embargo, existe una diferencia sustancial en los hechos –al tratarse de un interno extranjero que no tiene regularizada su situación de residencia– de la que puede extraerse una nueva conclusión. El artículo 36.1 de la LOEx advierte de que la autorización de residencia y trabajo se otorga de forma conjunta y bajo un mismo procedimiento, a excepción del supuesto de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condena en España. Las instrucciones

³⁶ DESDENTADO BONETE, A.: «El desempleo del extranjero "sin papeles"», *La Ley*, núm. 6986, 10 de julio de 2008.

aprobadas por el Consejo de Ministros el 1 de julio de 2005 establecen que la resolución de la autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo, a los efectos de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, sin que sea necesaria la realización de ningún trámite adicional; la validez de la resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en dichos talleres. A los efectos que ahora interesan, la autorización de trabajo no otorgará por sí misma, y en ningún caso, la condición de residente extranjero, lo que dificultará los efectos *ad futurum* de ese trabajo legal, en especial respecto el reconocimiento de algunas prestaciones de Seguridad Social, como el desempleo, para el que se exige la residencia legal, como se acaba de comprobar.

VI. SUPLANTACIÓN DE LA PERSONALIDAD POR TRABAJADOR EXTRANJERO Y EFECTOS SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO (STS, UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, DE 21 DE ENERO DE 2010)³⁷

A) Supuesto de hecho

En los hechos probados de la Sentencia de instancia de 18 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén, se recoge que un ciudadano de Guinea Conakry, que carecía de autorización de residencia y trabajo en España y que en el año 2005 había sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada, comenzó a trabajar a favor de una empresa como peón agrícola en la campaña de la aceituna, presentado para formalizar el alta en la Seguridad Social la documentación de otra persona, cuya identidad asumió a estos efectos. La empresa desconocía que la identidad fuese falsa, y realizó las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. El 28 de diciembre de 2004, el extranjero sufrió un accidente de tráfico al acudir al trabajo. Como consecuencia del accidente, y descubierta su verdadera identidad, se inician diligencias previas por supuesto delito de usurpación de estado civil. El 28 de junio de 2006, el extranjero solicita al INSS la declaración de incapacidad permanente, que le es denegada por no estar incluido en el campo de la Seguridad Social y encontrarse en situación irregular en España. Presentada demanda, fue estimada en instancia, por Sentencia de 18 de enero de 2008, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén, en la que se reconoció el derecho a una pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo, condenando a la Mutua de accidentes de trabajo a su abono. La sentencia fue recurrida, y el pronunciamiento revocado por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada) de 3 de diciembre de 2008,³⁸ sobre la base de que el error sobre la persona del trabajador provocado por la suplantación de la identidad de otra persona que sí tenía las correspondientes autorizaciones para trabajo, determinaba la nulidad del contrato de trabajo, que a su vez implicaba la del encuadramiento en la Seguridad Social y excluía de la responsabilidad a la empresa y a la entidad que asumía la cobertura del accidente.

Hasta el momento, algunos tribunales de justicia venían conociendo de supuestos de suplantación de la personalidad por trabajador extranjero de quien sí cuenta con la pertinente autorización administrativa, mayoritariamente declarando la inaplicación del artículo 36.3 (ahora, 36.5) de la

³⁷ NSJ032992.

³⁸ NSJ028337.

LOEx.³⁹ Significativamente, la STSJ de Murcia de 22 de febrero de 2010⁴⁰ considera que dicho artículo «cuando deja a salvo los derechos del trabajador a las prestaciones que pudieran corresponderle, cuando sufre un accidente laboral pero careciendo de la correspondiente autorización, son aplicables a los casos en los que el empresario facilita colocación al extranjero conociendo o pudiendo conocer que carece de la preceptiva autorización para trabajar, en tanto que tal circunstancia es la que determina la responsabilidad del empresario, pero tales derechos no existen cuando no cabe exigir tal responsabilidad a la empresa respecto de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, en un caso como el presente en el que la empresa le ha facilitado ocupación en el convencimiento de que reunía todos los requisitos legales». En la misma línea, y al no quedar acreditado de quién partió la iniciativa de suplantar la personalidad, la STSJ de Cataluña, de 5 de marzo de 2007,⁴¹ declara que «no queda sino reconocer la existencia de una relación laboral» y aplicar la doctrina unificada que sobre la vigente normativa de extranjería ha expresado que «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresa Ley [LO 4/2000, modificada por LO 8/2000] un contrato nulo», por lo que «no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo».

B) Fundamentación jurídica

Como se ha señalado anteriormente, la STSJ de Andalucía (Granada) de 3 de diciembre de 2008 estima el recurso interpuesto por Mutua Universal Mugenat, absolviéndola, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén de 18 de enero de 2008, que había declarado «que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para su trabajo habitual derivada de accidente de trabajo [...] condenando a la Mutua Universal a abonar al actor una pensión equivalente al 55 por 100 de su base reguladora, con los mínimos, incrementos, mejoras y revalorizaciones que procedan y con efectos desde el día 21/02/07, con responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS y absolviendo de responsabilidad en el pago a la empresa».

Como sentencia contradictoria se aporta la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2006,⁴² en la que se trata de un trabajador extranjero, de Guinea Bissau, que comenzó a trabajar sin autorización de residencia y trabajo para una empresa el 4 de agosto de 1997, y que fue dado de alta en la Seguridad Social con el nombre de otra persona que no precisaba permiso de trabajo. Sufrió un accidente de trabajo *in itinere* el 29 de diciembre de 1997, lo que determinó el reconocimiento de una pensión de gran invalidez, también con identidad falsa. En 2004, se anuló el reconocimiento de dicha pensión. Entiende la Sala que aunque en el momento de producirse el accidente (1997) pudiera considerarse afectado de nulidad el contrato de trabajo (sería de aplicación la Ley de Extranjería de 1985), ello no determinaría la exclusión de la cobertura de los accidentes de trabajo, pues en virtud de lo

³⁹ Las SSTSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2008 y de 12 de noviembre de 2007 (rec. núm. 5821/2006 y núm. 705/2004, respectivamente) declararon que el contrato de trabajo con manifiesto error en la persona del trabajador/a, provocado por ellos mismos al aportar documentos falsos, constituye un vicio invalidante del consentimiento en tal grado que provoca la nulidad del contrato.

⁴⁰ NSJ035501.

⁴¹ Sentencia núm. 1686/2007.

⁴² Rec. núm. 75/2005.

establecido en el Convenio núm. 19 de la OIT, esa cobertura debe concederse a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales, sin ninguna condición de residencia. Concluye que el trabajador tiene derecho a la pensión, aunque se encuentre en situación irregular y aunque haya incurrido en una suplantación de la personalidad.

El Ministerio Fiscal informó de la improcedencia del recurso al entender que había diferencias sustanciales entre las dos sentencias: 1) La sentencia recurrida funda su decisión en una nulidad del contrato de trabajo por error sustancial en la persona del trabajador y en el dolo del trabajador, mientras que la sentencia de contraste lo hace en la aplicación del Convenio núm. 19 del OIT, a lo que se añade que Guinea Bissau lo ha ratificado, pero no Guinea Conakry; 2) La legislación vigente en materia de extranjería en 1997 (LO 7/1985) era distinta de la vigente en el momento del hecho causante de la prestación que se debate en la sentencia recurrida (LO 4/2000, modificadas por LO 8/2000 y LO 14/2003). El TS considera que dichas diferencias son irrelevantes, pues la contradicción no se centra en la nulidad del contrato de trabajo (que se admite por el recurrente) sino en el de la relación jurídica de protección, que el recurso considera independiente de esa nulidad en el marco de un funcionamiento autónomo, en el que lo decisivo sería la realización práctica del trabajo y no inclusión en el marco jurídico del contrato de trabajo.

La cuestión a resolver por el TS, entonces, es la determinación de si un trabajador extranjero que carecía de autorización de residencia y trabajo y que sufre un accidente de trabajo mientras está prestando servicios para una empresa que le había contratado y dado de alta en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, tiene derecho a las prestaciones derivadas de dicha contingencia profesional, cuando se acredita que había suplantado la personalidad de otro.

La STS de 21 de enero de 2010, dictada en Sala General, unifica la doctrina señalando que la protección que otorga el artículo 36.3 de la LOEx (ahora, art. 36.5) no cabe extenderla en los supuestos de suplantación de la personalidad. Por de pronto, el TS entiende que la doctrina unificada en las SSTS de 9 de junio de 2003 y 7 de octubre de 2003, antes reseñadas, alegada por el recurrente, parte de una situación fáctica distinta, cual es que el empresario era conocedor de la circunstancia de que el trabajador extranjero carecía de la preceptiva autorización de residencia y trabajo, circunstancia que permite activar el mecanismo de protección por contingencias profesionales. Ahora, el empleador contrató con la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, error no solo calificable de sustancial sino producido dolosamente por el trabajador. Así el contrato de trabajo es nulo por la inexistencia de un requisito esencial para su celebración como es el consentimiento (arts. 1265 y 1261 CC).

Al tratarse de un contrato inexistente (o, en su caso, nulo), el régimen del protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable, en el entendimiento de que desde la Ley protectora de accidentes de trabajo de 1900 hasta el momento actual, «todo el andamiaje protector de aquel se halla sustentado sobre la inexistencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador»; dicho de otro modo, ese modelo de protección «no alcanza a ser un sistema socializado de cobertura de prestaciones, la existencia previa de una vinculación contractual de esta naturaleza sigue siendo requisito sine qua non para la obtención de la protección». Y siendo un contrato nulo, señala el tribunal que los únicos efectos serán los

que se derivan del artículo 9 del ET, esto es, el derecho a la remuneración que le hubiese correspondido si el contrato hubiese sido válido, a fin de evitar el enriquecimiento injusto del empresario, así como los derechos que deriven del artículo 14.3 de la LOEx o los que pudieran derivar de responsabilidad extracontractual (de tráfico, en el supuesto de hecho que resuelve la sentencia objeto de comentario). En ningún caso puede admitirse, afirma el TS, que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallen en la situación de ilegalidad del extranjero. Entiende que en este caso no puede afirmarse que la carencia de la autorización sea imputable al empleador, y por ello no podrá sostenerse tampoco por esta vía ninguna responsabilidad a él imputable con las derivaciones de todo tipo que de ello devienen, incluidas las de Seguridad Social.

La sentencia que ahora se comenta cuenta con dos votos particulares.

El primero, formulado por el magistrado Desdentado Bonete, quien comparte plenamente el fallo de la sentencia y la apreciación del requisito de contradicción (si bien, considera irrelevante el hecho de que Guinea Conakry haya ratificado el Convenio núm. 19 de la OIT y no Guinea Bissau, por las razones que se explicarán a continuación), pero no su fundamentación. Asume el magistrado Desdentado la doctrina vertida en la STS de 18 de marzo de 2008 sobre la interpretación conjunta de los artículos 36.3 (ahora, 36.5) y 14 de la LOEx, que se ha reseñado en el epígrafe anterior y que diferencia entre los extranjeros que cuentan con autorización de residencia y los que no; respecto a los primeros también distingue si cuentan o no con autorización de trabajo. Concluye que respecto a la protección de Seguridad Social derivada de contingencias profesionales, rige también el esquema expuesto con anterioridad, de forma tal que los trabajadores con autorización de residencia, pero no de trabajo, tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en régimen de responsabilidad empresarial, mientras que los trabajadores sin autorización de residencia, solo pueden acceder a las prestaciones por vía indemnizatoria derivada de la responsabilidad del empresario.

Expresa, sin ambages, en el voto particular, que el tan repetido artículo 36.3 (ahora, 36.5) no establece un efecto distinto a la nulidad, sino que se limita a prever que la carencia de la autorización no invalida el contrato, pero esta exclusión de la invalidez afecta solo a los «derechos del trabajador extranjero» y a la obtención de «las prestaciones que pudieran corresponderle» por la vía de la responsabilidad en los términos ya indicados.

A la nulidad del contrato de trabajo derivada de la prohibición del trabajo del extranjero que no cuenta con las autorizaciones necesarias (art. 6.3 CC), se une la nulidad que surge del error en la persona del trabajador como consecuencia de una actuación dolosa de este y que vició el consentimiento de la empleadora; sin embargo considera que el error en la persona del trabajador tiene en este caso una proyección relativa, que se conecta funcionalmente con la primera, que es la decisiva.

Respecto a la aplicación del Convenio núm. 19 del OIT, el magistrado se cuestiona acerca de que efectivamente pretenda otorgar la cobertura otorgada respecto de las contingencias profesionales. De interpretarse la exigencia de trato igual a los extranjeros en situación irregular, la regulación vigente en España sería contraria al dicho Convenio núm. 19. Incluso, plantea la necesidad de revisar la doctrina de la STS, unificación de doctrina, de 9 de junio de 2003, que aplicó tal principio para reconocer las prestaciones sanitarias y económicas por accidente de trabajo a un trabajador ecuatoriano que carecía de autorización de residencia y trabajo.

En fin, mantiene que no se puede aplicar la asimilación al alta del artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que en su redacción dada por el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, establece que «los trabajadores por cuenta ajena de países que hayan ratificado el Convenio número 19 (...) que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», por resultar contrario a la LGSS.

El segundo de los votos particulares, formulado por la magistrada Segoviano Astaburuaga, al que se adhieren cinco magistrados, discrepa del fallo de la sentencia, y considera que el hecho de que el contrato sea nulo por la concurrencia de un vicio sustancial del consentimiento, esto es, el error respecto a la identidad del trabajador, no supone que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales. El derecho al reconocimiento de prestaciones del trabajador extranjero en situación irregular no deriva del incumplimiento del empleador de la obligación de solicitar autorización administrativa previa para dicho trabajador, sino de la efectiva prestación de servicios y los efectos que ello comporta en el marco del sistema de Seguridad Social al amparo del artículo 36.3 (hoy, 36.5) de la LOEx. En este sentido, el precepto señalado distingue dos planos perfectamente diferenciados, ante la carencia del trabajador extranjero de la pertinente autorización, por un lado, «responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social», por otro, «las prestaciones que pudieran corresponderle». Las primeras (las responsabilidades empresariales) se refieren a los supuestos en que ha habido incumplimientos empresariales; en este caso, debido a que el trabajador facilitó una identidad falsa, no se genera en el empresario ninguna responsabilidad. Las segundas (las prestaciones que pudieran corresponderles), por el contrario, son independientes del incumplimiento empresarial. Sentada la ausencia de responsabilidad de la empresa y el derecho del trabajador al percibo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido, el abono de las mismas ha de ser imputado a la entidad gestora o colaboradora, aseguradoras de las contingencias profesionales (arts. 124.4, 125.3 y 126 LGSS).

C) Reflexión crítica

Se trata de una sentencia relevante y bien fundamentada en la que se aquilata el alcance del artículo 36.3 (ahora, 36.5) de la LOEx. Como se ha visto en los comentarios precedentes, la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000 supuso un cambio sustancial en la doctrina jurisprudencial y doctrinal en relación con la determinación de los efectos del contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero que careciera de autorización de trabajo. El contenido del artículo 33.3 de la LOEx en su primigenia versión llevó a la doctrina científica y judicial a afirmar que, en ese caso, el contrato de trabajo no podía reputarse nulo, sino válido. Sin embargo, como se viene insistiendo, lo que el precepto pretendía era asegurar plenamente al trabajador todos sus derechos laborales, a la vez que exigir al empleador las demás responsabilidades a que su actuación (contratación de un extranjero no autorizado) hubiese podido dar lugar, laborales y de Seguridad Social (desde la reforma operada por la LO 14/2003). Y desde luego, no con carácter absoluto y en todos los supuestos

de falta de autorización de trabajo. Podría decirse que la previsión legal viene presidida por el principio de equidad respecto a las consecuencias de la falta de autorización: Si es el empresario al que corresponde solicitar la autorización administrativa no es posible hacer recaer en el trabajador extranjero las perjudiciales consecuencias que se pueden derivar de dicha falta de autorización, cuando esta última sea en exclusiva imputable al empresario por haberla omitido o por ser personalmente responsable de su denegación.

Desde luego, el precepto no puede amparar situaciones como la que se debate en la sentencia objeto de comentario, de suplantación de la personalidad por una actuación dolosa del trabajador. Entiende el tribunal que el contrato de trabajo es nulo por error en la persona del trabajador; el empresario no pudo prestar su consentimiento válido en dicha contratación, y al faltar uno de los requisitos esenciales del contrato, este es inexistente. Parece más correcto lo manifestado en el voto particular suscrito por el magistrado Desdentado, en orden a que la nulidad del contrato de trabajo deriva de la prohibición del trabajo del extranjero que no cuenta con las preceptivas autorizaciones (art. 6.3 CC), y a ello se une la nulidad que surge del error en la persona del trabajador, al utilizar una identidad falsa con el fin de ocultar su situación administrativa irregular que impedía su contratación. Ya se ha dicho al comienzo de estas páginas que se entiende que el legislador sigue partiendo de una nulidad de base del contrato, aunque esa nulidad es relativa porque no afecta a los derechos del trabajador extranjero o a las prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle (no otra cosa puede deducirse del inciso «no invalidará el contrato de trabajo respecto a...», y que tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009 se refuerza al aludir «que sean compatibles con su situación»).

VII. EL DERECHO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO DESPEDIDO EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR AL PERCIBO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN (STS, UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, DE 21 DE JUNIO DE 2011)⁴³

Una de las cuestiones debatidas en los últimos años en relación con la cuestión objeto de comentario ha sido la de los efectos que la declaración de improcedencia del despido acarrea cuando se está en presencia de una relación laboral en la que el trabajador extranjero carece de la correspondiente autorización de residencia y trabajo. Entre ellas, si el trabajador extranjero en dicha situación tiene derecho al percibo de los salarios de tramitación. A esta cuestión trata de dar respuesta la STS, unificación de doctrina, de 21 de junio de 2011.

A) Supuesto de hecho

Una trabajadora de nacionalidad brasileña presta servicios laborales como camarera a favor de empleador, en un establecimiento de hostelería de Castellón, desde el día 17 de diciembre de 2006 hasta el día 10 de diciembre de 2007, fecha en que cesa la relación laboral por ser detenida debido a

⁴³ NSJ040233.

su situación administrativa irregular en España. No obstante lo anterior, el 17 de abril de 2008, vuelve a trabajar de nuevo para el mismo empresario, en el mismo centro de trabajo y con igual categoría profesional. Después de algo más de un año, la Inspección de Trabajo lleva a cabo una visita en el establecimiento en la que detecta que la trabajadora prestaba servicios sin autorización para trabajar; se levanta la correspondiente acta de infracción, y la Subdelegación de Gobierno de Castellón impone la correspondiente multa al empleador. Cuatro días después de la visita de la Inspección, y detectada la irregularidad en la situación de la trabajadora, el empleador procede a despedirla, de forma verbal y sin alegar ninguna de las causas previstas en la legislación laboral.

El Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón dicta Sentencia el 20 de noviembre de 2009, en la que estimando en parte la demanda de despido de la trabajadora, declara su improcedencia y condena a la empresa a abonarle una cantidad en concepto de indemnización por su improcedente despido. La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la trabajadora extranjera; la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana dicta Sentencia el 7 de julio de 2010,⁴⁴ en la que se estima el recurso, revoca en parte la sentencia recurrida y condena a la empresa a abonarle una cantidad en concepto de salarios de tramitación «hasta la fecha de la sentencia de instancia, pues en la misma se declara extinguida la relación laboral».

La cuestión debatida, y que conoce el TS, no es otra que la de determinar si entre los efectos que sobre el contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero que carece de la preceptiva autorización se incluye el derecho a los llamados salarios de tramitación, como consecuencia de un despido declarado improcedente desde la fecha del despido a la de la notificación de la sentencia de instancia, en virtud de lo que prevén los artículos 56 del ET y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) (hoy, Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–), así como en el artículo 36.1 y 3 de la LOEx (en su redacción anterior a la reforma de la LO 2/2009).

El recurrente presenta como sentencia de contraste la dictada el 28 de enero de 2009 por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.⁴⁵ En esta, según resulta de los hechos probados, una ciudadana de nacionalidad peruana venía prestando servicios como ayudante de cocina con una antigüedad de casi cuatro años, cuando es despedida por escrito por el empleador alegando que había tenido conocimiento de alguna posible irregularidad en su permiso de trabajo, y al serle requerido, la trabajadora reconoce su expiración, sin haber solicitado la segunda renovación. La sentencia de instancia declara nulo el despido sin obligación del abono de los salarios de trámite, y la Sala de suplicación confirma tal decisión por entender que la extinción contractual viene motivada por una causa objetiva (la pérdida de vigencia de la autorización administrativa de trabajo), en concreto, por ineptitud en el trabajo [art. 52 a) ET], pero al no haber seguido el empleador las formalidades legalmente previstas para proceder a la extinción (preaviso, puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal y el otorgamiento de un permiso retribuido para la búsqueda de empleo ex art. 53 ET) declara la nulidad del despido; al no resultar posible la readmisión, la sustituye por una indemnización, aunque sin salarios de trámite. El hecho de que la situación de irregularidad administrativa obedezca a que la trabajadora no renovó su autorización de residencia y trabajo considera el TSJ de Madrid en la sentencia de contraste que es una situación «idéntica a la del trabajador que es contratado sin permiso de trabajo».

⁴⁴ Rec. núm. 1151/2010.

⁴⁵ Rec. núm. 4030/2018.

El TS entiende que concurre el presupuesto de contradicción exigido por el artículo 217 de la LPL, y procede a examinar la cuestión de fondo. Sin embargo, consideramos que ambas situaciones no son iguales. Se viene defendiendo que el tan repetido artículo 36.5 de la LOEx (hasta la reforma de 2009, art. 36.3) tiene un alcance limitado, de forma que sería de aplicación cuando el trabajador extranjero carece de la correspondiente autorización inicial de residencia y trabajo, pero no cuando la falta de la autorización obedece a la no renovación de la misma. La expresión contenida en el artículo 36.3 de la LOEx (en la redacción dada por las LO 8/2000 y 14/2003): «La carencia de la correspondiente autorización por parte de empresario, [...] no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero» ha de ser interpretada en el sentido de que siendo el empresario el legitimado a solicitar a autorización administrativa inicial que permite trabajar en nuestro país de forma regular, sobre el trabajador extranjero no deben recaer las perjudiciales consecuencias que se pueden derivar de dicha falta de autorización y la eventual declaración de nulidad del contrato de trabajo, cuando aquella falta sea en exclusiva imputable al empresario por haberla omitido o por ser personalmente responsable de su denegación, lo que provocaría, además, el efecto perverso de incitar la inmigración irregular. De hecho, diferentes Tribunales Superiores de Justicia han declarado la inaplicación del tan citado artículo 36.3 (hoy, 36.5) de la LOEx cuando se trata de denegación de la renovación de la autorización de trabajo.⁴⁶

B) Fundamentación jurídica

El TS entiende que la pretensión se funda en el artículo 36.3 de la LOEx (hoy, 36.5), de forma que pese a la situación irregular en España del extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, el mismo tribunal ha sentado doctrina –STS de 29 de septiembre de 2003– acerca de «la validez y consecuente eficacia de su contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita», por lo que no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación».

Sobre la base de tal consideración, puesto que los artículos 56.1 b) y 53.5 (este último equipara los efectos de la extinción por causas objetivas al despido disciplinario) del ET y 110.1 y 113 de la LPL (hoy, LRJS) establecen con claridad, en los casos de despidos improcedentes y algunos nulos, la condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, tales salarios –afirma el TS– forman parte de la protección legal, y tiene derecho a percibirlos el trabajador extranjero en situación irregular en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador que haya sido despedido contrariando la ley.

Frente a la alegación de que el abono de los salarios de trámite pretende compensar el perjuicio consistente en la ausencia de retribución durante la instrucción del procedimiento de despido, y que como era imposible la reanudación de la relación laboral al carecer el extranjero de la preceptiva autorización, no hay que compensar perjuicio alguno, el TS recuerda el carácter indemnizatorio de estos salarios, tal y como se ha mantenido en SSTS, unificación de doctrina, entre otras, de 28 de

⁴⁶ Véanse, SSTSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2009 (rec. núm. 7032/2008), Galicia de 9 de junio de 2007 (rec. núm. 6273/2006) y Madrid de 16 de mayo de 2006 (rec. núm. 1454/2006).

abril de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 2 de febrero de 2000,⁴⁷ «pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de despido y durante la instrucción del despido correspondiente».

C) Reflexión crítica

La cuestión había sido abordada por diferentes Tribunales Superiores de Justicia de forma discrepante. Algunas Salas de lo Social estimaban su concesión, reconociendo el derecho a los salarios de trámite⁴⁸ desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia de instancia «pues en esa misma se declara extinguida la relación laboral»,⁴⁹ sobre la base de que la LOEx deja a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pueda exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier prestación de servicios por cuenta ajena, con arreglo al ET, incluidas, por tanto, las correspondientes a los salarios de tramitación como indemnización por el tiempo de servicios que el trabajador pudo haber completado hasta la declaración de improcedencia por sentencia. Otras, por el contrario, consideran que no procede su abono pues «desde el momento en que se extinguió la relación laboral, por decisión del empleador, era imposible la reanudación de la misma, no podía prestarse servicios y no hay que compensar perjuicio alguno».⁵⁰

La doctrina unificada que ahora se comenta es bienvenida. Sin embargo, se echa en falta un mayor detenimiento en la fundamentación jurídica en una cuestión de tanto calado y es probable que en un futuro próximo el TS haya de pronunciarse expresamente sobre otras cuestiones, también controvertidas, que quedan tan solo apuntadas. En concreto, se está haciendo referencia a si en el supuesto de declaración de la improcedencia del despido, la condena ha de limitarse al abono de la indemnización correspondiente, «sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto a unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo y a salvo de que alguno de ellos pueda haberlo obtenido al hacerse efectiva una eventual readmisión», como mantiene mayoritariamente la doctrina judicial.⁵¹ Bien es verdad que ello puede deducirse del hecho de que limita la percepción de los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, que pone fin a la relación laboral, pero hubiese sido deseable un pronunciamiento expreso al respecto.

⁴⁷ NSJ006530, rec. núm. 1116/1999 y rec. núm. 3210/1999, respectivamente.

⁴⁸ SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2002 (rec. núm. 965/2002), Cantabria de 4 de octubre de 2006 (rec. núm. 805/2006) y Madrid de 25 de octubre de 2010 (rec. núm. 2866/2010).

⁴⁹ STSJ de Comunidad Valenciana de 7 de julio de 2010 (rec. núm. 1151/2010).

⁵⁰ STSJ de Madrid de 28 de enero de 2009 (rec. núm. 4030/2008), que da lugar a la sentencia de unificación de doctrina que ahora se comenta.

⁵¹ Véanse SSTSJ de Cataluña de 5 julio de 2006 (rec. núm. 1401/2005), País Vasco de 11 de octubre de 2005 (rec. núm. 1933/2005), Cataluña de 7 de octubre de 2005 (rec. núm. 5270/2005), Madrid de 13 de septiembre de 2005 (rec. núm. 2486/2005), Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2005 (rec. núm. 844/2004) y 11 de mayo de 2004 (rec. núm. 842/2004), entre otras.