

IMPOSIBILIDAD DE READMITIR A TRABAJADOR EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO SIN PERMISO DE TRABAJO EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE

(Comentario a la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social,
de 24 de julio de 2007, rec. núm. 3090/2007) *

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho. Profesora Titular de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Europea de Madrid*

Extracto:

TRABAJADORES migrantes. Contrato de trabajo. Efectos sobre la declaración del despido improcedente de la falta de autorización de residencia y trabajo. El deudor –el empresario– no tiene derecho a elegir las prestaciones imposibles, y no siendo posible la readmisión, por su inactividad y pasividad a la hora de solicitar los permisos de trabajo y residencia, ha de estar a la prestación alternativa, esto es, a la indemnización.

Palabras clave: extranjeros, falta de autorización de residencia y trabajo, despido improcedente, opción empresarial, readmisión e indemnización.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300, enero 2008 o en *Normacef Social*.

Sumario

- I. Hechos de la sentencia.
- II. Sobre la validez del contrato de trabajador extranjero extracomunitario sin autorización para trabajar.
- III. Los efectos del despido de trabajadores extracomunitarios sin autorización para trabajar.
- IV. Fundamentos jurídicos de la STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2007.

I. HECHOS DE LA SENTENCIA

La sentencia objeto de este comentario plantea las consecuencias de los despidos improcedentes de trabajadores que se encuentran en España sin autorización para trabajar. Tanto la sentencia del Juzgado de lo Social como la del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) reconocieron al empresario la posibilidad de optar entre la readmisión o el abono de indemnización. La empresa optó por la readmisión, pese a lo cual no procedió a ejecutar esta decisión, ni tampoco abonó las indemnizaciones señaladas en la sentencia firme de despido. Las trabajadoras instaron la ejecución de la sentencia firme de despido, lo que determinó que el Juzgado *a quo* dictase auto en el que declaraba extinguida la relación laboral que les vinculaba, con los efectos contemplados en el artículo 279 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), es decir, ampliando la indemnización y los salarios de tramitación fijados en la sentencia hasta el momento en que se procedió a declarar la rescisión del vínculo laboral.

Contra dicho auto se interpusieron cinco motivos de recurso que se mueven fundamentalmente en torno a la alegación de que el auto de extinción de los contratos de trabajo era contrario a lo establecido en las sentencias del Juzgado y del TSJ, por lo que la empresa no podía ser sancionada mediante la ampliación de indemnizaciones y salarios de trámite, por haber cumplido las referidas sentencias en sus propios términos.

Existe abundante doctrina judicial, por otro lado contradictoria, acerca de los efectos del despido improcedente de trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular. La novedad de esta sentencia radica en que tras reconocerse en el proceso declarativo el derecho del empresario a optar entre la indemnización y la readmisión, es un auto dictado en fase de ejecución de sentencia el que elimina uno de los términos de la alternativa: la readmisión.

II. SOBRE LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE TRABAJADOR EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO SIN AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

2.1. Las soluciones ofrecidas por la cambiante legislación de extranjería.

El marco legislativo que en la actualidad regula los efectos de los contratos concertados con trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular en nuestro país, se recoge en el ar-

título 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹ –en adelante LOE–. Dicho precepto, tras señalar que para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización administrativa previa para trabajar, indica que: «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

Para comprender el alcance de este precepto es preciso analizar la evolución legislativa que desde el año 1985 se ha venido produciendo en esta materia. Siguiendo a TARABINI-CASTELLANI AZNAR² podemos distinguir tres etapas: la primera, marcada por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio; la segunda, el breve año en el que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, estuvo en vigor y la tercera, iniciada por la Ley Orgánica 8/2000 que introduce una nueva redacción en el artículo 36.3 y que, en lo que respecta al tema que nos ocupa, no fue afectada por la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. En esta etapa nos encontramos actualmente.

Lo que caracteriza a la Ley Orgánica 7/1985 es el silencio que guardó sobre las consecuencias del contrato de un trabajador sin permiso de trabajo, silencio que se mantuvo en los reglamentos de desarrollo, el Real Decreto 1119/1986 y el Real Decreto 155/1996 que derogó al anterior. La solución vino de la jurisprudencia que se inclinó por considerar el contrato como nulo. Fueron varios los argumentos esgrimidos a favor de esta interpretación. Por un lado, se acudió al artículo 7 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), precepto que regula la capacidad para trabajar y a tenor del cual, todavía hoy podemos leer que: «podrán contratar la prestación de trabajo (...) c) los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia». Los Tribunales consideraron que la falta de permiso de trabajo exigido por la ley de extranjería equivalía a la falta de capacidad para trabajar, asimilándolo de esta forma a la falta de edad o a una falta de capacidad de obrar conforme a las reglas del Código Civil. Al carecer de capacidad el trabajador se concluía que el contrato, en consecuencia, era nulo.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la contratación se había realizado al margen del artículo 15 de la Ley Orgánica 7/1985 en cuya virtud no se podía trabajar sin permiso de trabajo, se consideró que el empleador había incurrido en infracción de una norma prohibitiva, dando lugar a la nulidad del contrato. Esta interpretación se apoyaba en el artículo 6.3 del Código Civil conforme al cual: «los actos contrarios a las normas imperativas y a la prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

La nulidad que afectaba al contrato era, además, plena por lo que en aplicación del artículo 9.2 del ET el trabajador solo podía exigir «por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». Es decir, se consideraba que el contrato nunca había existido, por lo

¹ BOE de 12 de enero de 2000.

² TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002», *Actualidad Laboral*, 2003/I, págs. 157-169. *Vid.*, también un estudio sobre la evolución legislativa doctrinal y judicial de esta materia en BALLESTER PASTOR, M.A., «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ de Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002», *Actualidad Laboral*, 2003/I, págs. 493-500.

que difícilmente podía calificarse como despido el cese en la prestación de servicios³. De ahí que las sentencias condenaron solo al abono de los salarios correspondientes a los servicios prestados y no condenaran al abono de la indemnización por despido ni de los salarios de tramitación.

Resultaba cuando menos sorprendente que los mismos empresarios que habían cometido una ilegalidad al contratar a trabajadores en situación irregular, invocaran esa misma ilegalidad como argumento para evitar las consecuencias de un despido improcedente. La solución no solo era injusta para los trabajadores, sino que, como señaló la doctrina se apoyaba en argumentos jurídicos endebles⁴.

Respecto de la falta de la capacidad para contratar, con independencia de que la falta de capacidad no provoca la nulidad plena sino la anulabilidad, la doctrina judicial se confundía «al tratar como falta de capacidad lo que es una cuestión de autorización administrativa»⁵.

Con relación al artículo 6.3 del Código Civil, los Tribunales laborales no tuvieron en cuenta la interpretación que desde el orden jurisdiccional civil se venía haciendo de dicho precepto. De forma muy resumida, la nulidad se aplicaba en casos extremos. Así, no se declaraba cuando la finalidad de la norma vulnerada había quedado satisfecha con la sanción que ella misma preveía, porque en estos casos la nulidad resultaba inoperante. Tampoco se declaraba la nulidad cuando esta resultaba contraria «a la justicia contractual, a la reciprocidad de riesgos y prestaciones e, igualmente, cuando la nulidad perjudicaba al interés protegido por la norma»⁶.

Aplicando esta interpretación jurisprudencial al caso de extranjeros contratados sin permiso, resultaba evidente que el interés de la prohibición de trabajar sin permiso quedaba protegido por la sanción que la norma imponía tanto al empleador como al trabajador y, por otro lado, que la nulidad «no solo resultaba inoperante sino que, además, perjudicaba a una parte contratante frente a otra que, incluso, se beneficiaba de ello»⁷.

La segunda etapa viene marcada por la reducida vigencia de la Ley Orgánica 4/2000, cuyo artículo 33.1 exigía la solicitud del permiso de trabajo a los extranjeros que desearan trabajar en España, pero, además, señalaba en el apartado tercero que «los empleadores que contraten a un trabajador deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales». Ambos párrafos parecían referirse a dos autorizaciones distintas, el permiso de trabajo y una autorización

³ Son representativas de esta interpretación las SSTs de 8 de junio de 1987 y de 21 de marzo de 1997 (rec. núm. 2068/1996), en la que se concluye que un contrato de trabajo sin obtención del permiso de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil, en relación con el artículo 7 c) del ET, y tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.2 del ET.

⁴ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo...», *op. cit.*, págs. 161-162. Recoge las distintas opiniones de la doctrina científica BALLESTER PASTOR, M.A., «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios...», *op. cit.*, pág. 495.

⁵ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo...», *op. cit.*, pág. 161.

⁶ *Ibidem*, pág. 162.

⁷ *Ídem*.

para contratar de la que debía proveerse el empresario. El mismo párrafo tres añadía que: «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». Una interpretación literal y sistemática de los dos párrafos señalados llevó a considerar a un sector de la doctrina que lo que no invalidaba el contrato era la falta de autorización para contratar, no así la falta de permiso de trabajo. En consecuencia, la ausencia de este último continuaba provocando la nulidad de aquel ⁸.

La oscuridad que caracterizaba a la redacción del precepto permitía, no obstante, otra interpretación: aquella que veía en el artículo 33.3 un error terminológico, rechazando en consecuencia la existencia de dos autorizaciones distintas y refiriendo la validez del contrato al caso de ausencia de permiso de trabajo ⁹. No faltaron pronunciamientos judiciales de los TSJ, principalmente de Cataluña, que vieron en el artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000 un cambio sustancial en relación con la situación anterior considerando que ponía fin a la doctrina que defendía la nulidad de los contratos ¹⁰.

Finalmente, el Tribunal Supremo (TS) puso fin a la controversia y en sentencia en unificación de doctrina de 9 de junio de 2003, en relación con un accidente de trabajo, afirmó 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» ¹¹. De forma expresa se pronunció sobre un despido la STS de 29 de septiembre de 2003 ¹² que declaró nulo el despido de una trabajadora embarazada sin permiso de trabajo, si bien el permiso en el momento del cese había sido solicitado y no constaba denegado.

La tercera etapa se inicia con la Ley Orgánica 8/2000 que puso fin a la polémica sobre la existencia de dos autorizaciones distintas para trabajar. Mientras el artículo 36.1 exigía que los extranjeros obtuvieran permiso de trabajo cuando quisieran trabajar en España, el párrafo 3 indicaba que «los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán contar, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo con autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales». La remisión realizada al apartado primero dejaba claro que se trataba de una misma y única autorización. En consecuencia el efecto de no invalidar el contrato respecto de los derechos del

⁸ Esta interpretación era defendida, entre otros por CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 128 y 131 y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo...», *op. cit.*, pág. 162.

⁹ BALLESTER PASTOR, M.A., «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios...», *op. cit.*, pág. 499.

¹⁰ SSTSJ de Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002; Andalucía/Granada de 16 de mayo de 2001. En contra, sin embargo, la STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003 (rec. núm. de 715/2003) consideró que conforme a la Ley Orgánica 4/2000 «la falta no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, pero sí invalida el contrato, ya que el contrato se ha celebrado y requisito del mismo es el correspondiente permiso». En consecuencia califica el contrato como nulo y niega la existencia de despido.

¹¹ *Id.*, también en relación con accidente de trabajo, STS de 7 de octubre de 2003. Interpretación que siguen las SSTJ de Cataluña de 10 de febrero de 2004 (rec. núm. 570/2002), de 5 de julio de 2005 (rec. núm. 1401/2005) [despido], de 28 de abril de 2006 (rec. núm. 2185/2005), Castilla y León/Burgos de 25 de noviembre de 2003 (rec. núm. 1074/2003) [despido], Castilla y León/Burgos de 21 de marzo de 2006 (rec. núm. 1209/2005), Cantabria de 5 de marzo de 2005 (275/2005) [despido].

¹² Recurso número 3003/2002.

trabajador extranjero, recogido en el artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y mantenido en el artículo 36.3 de la nueva ley, debía entenderse referido a la falta del permiso de trabajo¹³. Un sector de la doctrina considera, sin embargo, que cuando el artículo 36.3 utiliza la expresión «la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador» solo puede referirse al supuesto en que el empresario está obligado y legitimado para pedir el permiso de trabajo, esto es, la autorización inicial para trabajar. El precepto tendría pues un alcance parcial, ya que no estaría pronunciándose sobre las consecuencias de un contrato de un trabajador que no hubiera renovado su permiso¹⁴.

En conclusión, el trabajador sin permiso de trabajo tiene derecho a que en su relación laboral se le apliquen las normas previstas en el ET.

Como ha señalado GÓMEZ ABELLEIRA¹⁵, «la validez del contrato se pone paradigmáticamente a prueba en los procesos de despido, que junto con los de accidente de trabajo, vienen constituyendo en el orden laboral el grueso de la litigiosidad de los extranjeros en situación irregular». Durante la vigencia de las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000 los Tribunales se inclinaron mayoritariamente por reconocer la validez del contrato para otorgar derechos laborales a los trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar, que habían sido despedidos sin causa. De las sentencias de suplicación relevantes sobre esta materia, cinco afirman la validez del contrato, y dos afirman la nulidad¹⁶. En concreto, el TSJ de Cataluña se ha pronunciado hasta en siete ocasiones¹⁷, afirmando que el orden jurisdiccional social es competente para conocer de la impugnación de despido de extranjeros en situación irregular, que técnicamente cabe hablar de despido y que el juez debe entrar en su calificación siempre que se den los requisitos procesales.

Esta interpretación no resulta afectada por la modificación del artículo 36.3 llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, pues las reformas introducidas se limitaron a reconocer de forma expresa el derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social, dejando inalterada la redacción relativa a los derechos derivados del contrato de trabajo.

Veamos a continuación cómo repercute esta interpretación en las consecuencias de un despido.

-
- ¹³ Las posturas judiciales y doctrinales favorables a la nulidad del contrato no cesaron, sin embargo. *Id.*, sobre esta polémica TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo...», *op. cit.*, págs. 164-166.
- ¹⁴ CHARRO BAENA, P., «El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento Laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pág. 89.
- ¹⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar», *Relaciones Laborales*, 2004/1, pág. 529.
- ¹⁶ Los datos sobre la doctrina judicial se han tomado de GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero...», *op. cit.*, pág. 530.
- ¹⁷ SSTSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (rollo 6085/2001), de 30 de mayo de 2002 (rec. núm. 969/2002), de 4 de julio de 2003 (rec. núm. 206/2003), de 20 de enero de 2003, de 10 de febrero de 2004 (rec. núm. 570/2002), de 5 de julio de 2005 (rec. núm. 1401/2005), de 28 de abril de 2006 (rec. núm. 2185/2005). La primera de ellas señala que «se han querido dejar de esta forma a salvo [con la nueva redacción del art. 36.3] y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido».

III. LOS EFECTOS DEL DESPIDO DE TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS SIN AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

Si bien existe unidad doctrinal en cuanto a la validez del contrato de un trabajador extranjero sin autorización para trabajar, y se reconoce en consecuencia el derecho a impugnar ante los Tribunales un despido sin causa, existen, sin embargo, opiniones encontradas en cuanto a los efectos derivados de la calificación del mismo. El problema reside en la difícil conciliación entre el efecto de la «readmisión» que se anuda a un despido improcedente o nulo y la exigencia de la autorización para trabajar prevista en la legislación de extranjería.

Una primera interpretación mantiene que el reconocimiento de los derechos laborales de un contrato que previamente se ha calificado como válido, debe ser plena. Por lo tanto, en caso de despido improcedente se mantiene la opción del empleador entre readmitir al trabajador o indemnizarle, abonando en ambos casos los salarios de tramitación¹⁸.

Si el empresario optara por la readmisión pero no procediera a realizarla o lo hiciera de forma irregular, conforme al artículo 279.2 de la LPL, en trámite de ejecución de sentencia firme el juez dictaría auto en el que:

- a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución.
- b) Acordará que se abone al trabajador la indemnización propia del despido improcedente, que será algo mayor que la fijada en la sentencia ejecutada porque se finge que hay servicios hasta la fecha en que se dicta el auto. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades.
- c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada solución.

Tratándose de un despido nulo, el efecto sería la readmisión. Si el empresario se negara a hacerlo, la sentencia se ejecutaría en sus propios términos (art. 280 de la LPL). En la STS de 29 de septiembre de 2003, anteriormente citada, la Sala, tras declarar el despido de la trabajadora embarazada nulo por vulneración de derechos fundamentales, condenó a la empresa a la readmisión y al abono de salarios de tramitación, ya que entendió que no cabía privar al trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo. Para CHARRO BAENA, no obstante, esta solución no es extrapolable a todo despido, ya que en este caso el Tribunal

¹⁸ *Vid.*, las siguientes sentencias de duplicación que confirman la sentencia de instancia que califican de improcedente el despido improcedente, concediendo al empresario la opción entre readmitir o indemnizar: SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2005 (rec. núm. 713/2005), Cataluña de 6 de mayo de 2005 (rec. núm. 1725/2005) –si bien en este caso el permiso de trabajo no había sido denegado, sino que se encontraba en suspenso–, Cataluña de 13 de julio de 2006 (rec. núm. 5415/2006) y Madrid de 16 de mayo de 2006 (rec. núm. 1331/2006).

entendió que la readmisión era posible porque la trabajadora había solicitado el permiso de trabajo y este no había sido expresamente denegado, pero dejó sin resolver cuál hubiera sido la solución si el permiso no se hubiera solicitado o hubiera sido denegado ¹⁹.

En apoyo de la interpretación favorable a la posibilidad de la readmisión se han esgrimido varios argumentos. Por un lado, se ha invocado la necesidad de no reducir la expresión «derechos del trabajador» contenida en el artículo 36.3 de la LOE, justamente para evitar el «efecto llamada». Una reducción de los derechos del trabajador extranjero, implicaría una reducción de los costes laborales del empresario favoreciéndose de esta manera el recurso a esta contratación irregular ²⁰.

Por otro lado, resultaría igualmente aplicable en este caso el argumento utilizado para justificar la propia validez del contrato: el empresario que ha incumplido la ley no puede aprovecharse de la falta de autorización administrativa para obtener ventajas legales o económicas ²¹. En este sentido, la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005 ²² considera que «la carencia de la correspondiente autorización para trabajar es imputable al empresario, y no pueden repercutir en el empleado los efectos negativos derivados de su conducta omisiva y antisocial, pudiendo perfectamente la empresa haber readmitido al trabajador solicitando para él el permiso de trabajo y residencia, y este podía haber prestado sus servicios durante todo el período de tramitación, por lo que los salarios dejados de percibir han de serle abonados» ²³.

Una segunda postura doctrinal y judicial defiende una interpretación sistemática de los preceptos de la LOE. Se afirma de esta forma que «el artículo 36.3 de la LOE debe ser interpretado de forma que no contradiga el resto de las previsiones de la LOE» ²⁴. El reconocimiento de la readmisión supondría la concesión de una especie de «autorización judicial» para trabajar, alterando así el sistema legal basado en la obligatoriedad de una autorización administrativa ²⁵. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2006 ²⁶ no ve problema en reconocer que la intervención judicial que admite la validez del contrato y califica como improcedente el despido produce una «regularización impropia», razón por la cual la readmisión en modo alguno es imposible.

El reconocimiento indirecto por la vía judicial de una autorización para trabajar ha sido criticado por GÓMEZ ABELLEIRA, para quien la «regularización del inmigrante que ha prestado servicios y ha terminado su relación laboral no debe producirse por esta vía, sino, en su caso, a través

¹⁹ CHARRO BAENA, P., «El trabajo de los extranjeros en España...», *op. cit.*, pág. 91.

²⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero...», *op. cit.*, pág. 533.

²¹ Ídem.

²² Recurso número 373/2005.

²³ Esta es también la interpretación que defiende MARTÍNEZ FONS, D., «Efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia TSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384)», *Ius Labor* 2/2006, pág. 7 (<http://www.upf.edu/iuslabor/022006/index022006.htm>).

²⁴ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo...», *op. cit.*, pág. 167.

²⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero...», *op. cit.*, pág. 533. Esta postura es defendida también por CHARRO BAENA, P., «El trabajo de los extranjeros en España...», *op. cit.*, pág. 91.

²⁶ Recurso número 740/2006.

de las que el ordenamiento jurídico establece: por arraigo, principalmente, en los términos de los artículos 31.3 de la LOE y 45.2 a) y b) RE»²⁷. Podría considerarse, además, que el empresario que readmite a trabajador en situación irregular está cometiendo de nuevo una infracción muy grave, siendo susceptible de sanción administrativa y, además, reincidente²⁸.

La eliminación de la opción por la readmisión en un despido improcedente no sería, por otro lado, una solución insólita, pues concordaría, como ha señalado SEMPERE NAVARRO, con la doctrina judicial sobre efectos del despido improcedente de un trabajador temporal cuyo contrato ha finalizado en el momento de recaer sentencia²⁹.

En caso de despido nulo la sustitución de la obligatoria readmisión por la extinción indemnizada del contrato es también la solución que arbitra el legislador en el artículo 284 de la LPL, cuando en trámite de ejecución de sentencia firme de un despido nulo la readmisión deviene imposible como consecuencia del cese o cierre de la empresa. Aunque, como recuerda BALLESTER PASTOR, hasta la fecha la doctrina científica y la jurisprudencia han considerado que dicha solución no puede aplicarse a otros supuestos no mencionados expresamente en el artículo 284. «Por ello es difícil pensar que dicho precepto permita sustituir la readmisión por la indemnización en caso de despido nulo de un trabajador carente de permiso de trabajo»³⁰.

La interpretación favorable a la limitación de la condena a la extinción con abono de indemnización parece ser hasta la fecha la posición dominante en la doctrina de suplicación³¹. Es la mantenida también por la doctrina científica³². Resulta interesante, en este sentido, la matización que hacen algunos autores en el caso en que antes de que recaiga la sentencia de despido, el trabajador hubiera obtenido la autorización para trabajar. En este supuesto, no habría obstáculo para mantener la opción entre la readmisión y la extinción del contrato³³.

Los defensores de esta interpretación, sin embargo, no la extienden a la condena al abono de los salarios de tramitación, pese a que la prestación de servicios durante la tramitación

²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: Los efectos de su carencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pág. 119.

²⁸ BALLESTER PASTOR, M.A., «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios...», *op. cit.*, pág. 502. En el mismo sentido, GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero...», *op. cit.*, págs. 119-120.

²⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., «Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 545, 2002, pág. 3.

³⁰ BALLESTER PASTOR, M.A., «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios...», *op. cit.*, pág. 502.

³¹ SSTSJ de Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002 (rollo 6085/2001 y rec. núm. 969/2002) y de 5 de julio de 2005 (rec. núm. 1401/2005) –esta última confirma la sentencia de instancia que había reconocido la improcedencia del despido declarando extinguida la relación laboral y condenando al empresario al abono de la indemnización–; Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2004 (rec. núm. 842/2004).

³² GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios...», *op. cit.*, pág. 121; CHARRO BAENA, P., «El trabajo de los extranjeros en España...», *op. cit.*, págs. 91-92.

³³ Véase nota anterior.

del procedimiento habría sido igualmente imposible por falta de autorización para trabajar³⁴. Para GÓMEZ ABELLEIRA esta alegación no es válida «al no venir respaldada por un principio jurídico lo suficientemente importante como para desplazar la aplicación del artículo 36.3 de la LOE y su expreso reconocimiento de los derechos laborales, sin exclusiones, del trabajador extranjero»³⁵.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 24 DE JULIO DE 2007

La ejecución de sentencias firmes de despido se sustancia a través del incidente de no readmisión o de readmisión irregular. El juez ejecutor afronta la discrepancia entre las partes, sobre el hecho de la readmisión o sobre su regularidad, la cual ha de atender, dentro de la ejecución misma con instrumentos cognitivos (alegaciones, pruebas en su caso, resolución motivada)³⁶.

En el caso analizado por la STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2007, el empresario no negaba que no hubiera procedido a la readmisión, sino que esta era imposible por carecer los trabajadores de los correspondientes permisos.

La Sala empieza recordando que las trabajadoras adquirieron desde la fecha del despido los derechos nacidos en virtud de la obligación establecida por el artículo 56 del ET. A continuación, señala que lo que no podrá bajo ningún concepto hacer el empresario –que no ha obtenido los permisos necesarios y que no ha desplegado conducta positiva alguna tendente a la regularización de la situación laboral en nuestro país de las trabajadoras extranjeras despedidas– es insistir en la validez de su opción inicial por la readmisión y ampararse en ella para negar derechos derivados del despido a las trabajadoras que irregularmente contrató, cuando nada ha hecho para hacer posible la vuelta al trabajo de estas, pues el deudor no tiene derecho a elegir las prestaciones imposibles (arts. 1.132³⁷ y 1.134 del Código Civil³⁸). No siendo posible la readmisión, por la inactividad y pasividad del empresario, se ha de estar a la prestación alternativa, esto es, a la indemnización.

³⁴ De forma expresa se pronuncia la STSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de mayo de 2007 (rec. núm. 227/2007) sobre la validez de los salarios de tramitación. Frente a la alegación de la empresa de que la causa que determinó la pérdida de la autorización de residencia y trabajo fue la condena penal del trabajador, la Sala recuerda que la condena al abono de los salarios de tramitación es una consecuencia legal que deriva del artículo 56 del ET, y es consecuencia de la culpa del deudor, quien ha despedido sin causa.

³⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, E., «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios...», *op. cit.*, pág. 120.

³⁶ MONTÓYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., RÍOS SALMERÓN, B., *Curso de Procedimiento Laboral*, Tecnos, 2001, págs. 533-535.

³⁷ «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor. El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación».

³⁸ «El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado, solo una fuere realizable».

Considera, por lo tanto, que no existió vulneración alguna en la resolución adoptada por el Juzgado, sino que, en virtud de los derechos que les correspondían a las trabajadoras a consecuencia de su contratación, actuó de conformidad con lo previsto en las normas reguladoras de la situación creada.

La culpa de que finalmente el empresario se sienta penalizado, pese a haber elegido una opción que la sentencia de instancia le permitía, solo a él es imputable ya que si hubiera optado inicialmente por la indemnización, habría evitado los incrementos en la indemnización y salarios fijados en los autos recurridos, generados únicamente por su propia pasividad e insistencia en ratificarse en la opción de readmisión ³⁹.

Con anterioridad a la sentencia objeto de este comentario la STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2006 ⁴⁰ se pronunció también en un incidente de no readmisión sobre los efectos del despido improcedente. En el caso analizado, la sentencia de instancia había concedido al empresario la opción entre readmitir e indemnizar. Habiendo optado por la primera alternativa, tampoco la llevó a cabo. En trámite de ejecución de sentencia, se condenó a la empresa al abono de indemnización, tras considerar «inadmisible la alegación de la empresa recurrente, de que no daría trabajo efectivo a los trabajadores hasta que no se produjera su regularización». Es decir, la sentencia no negaba la posibilidad de que tras la sentencia de instancia la empresa hubiera optado por la readmisión, ni que esta fuera posible.

La STSJ de Cataluña no dice de forma expresa que en caso de despido improcedente no proceda la condena alternativa a la readmisión o a la indemnización, sino que siendo posible que el contenido de la sentencia sea este, el empresario debe optar desde el principio por la indemnización, ya que, en todo caso, la readmisión será imposible. De esta manera, se desplaza desde el Tribunal que juzga los efectos del despido hacia el empresario la decisión de reducirlos a uno solo: la extinción indemnizada del contrato.

³⁹ Esta misma interpretación se recoge en las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004 (rec. núm. 844/2004) y País Vasco de 10 de octubre de 2006 (rec. núm. 1812/2006).

⁴⁰ Recurso número 3447/2006.