

**SUPUESTOS Y EFECTOS JURÍDICOS DE
LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS
PARA EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS**

**Núm.
11/2003**

JOSÉ ALBERTO NICOLÁS BERNAD

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Zaragoza

Extracto:

EL permiso de trabajo constituye el principal documento para la regularización laboral del trabajador extranjero en España. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, otorga importantes cambios en el significado jurídico de esta autorización administrativa. El presente estudio parte de los derechos laborales de los extranjeros en España y analiza los requisitos y condiciones para la obtención de las distintas clases de permisos, diseñados por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. Se pasa, a continuación, a exponer la problemática jurídica de determinadas tipologías contractuales concertadas y se concluye con un estudio sobre los nuevos efectos de la falta del permiso de trabajo, desde una lectura jurisprudencial, en lo que respecta a los derechos laborales del trabajador extranjero y a la afiliación y cotización a la Seguridad Social.

Sumario:

- I. Los derechos laborales de los extranjeros en España.

- II. El permiso de trabajo como título habilitante para el acceso al empleo.
 - 1. Clases de permisos de trabajo.
 - 2. La concesión de los permisos: condiciones, preferencias y tramitación.
 - 3. Tipos de contratos a celebrar con los trabajadores extranjeros.
 - 4. Efectos de la falta del permiso de trabajo.

I. LOS DERECHOS LABORALES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

La Constitución Española ¹ establece en su artículo 13.1 la obligación de los trabajadores extranjeros de proveerse del correspondiente permiso de trabajo. Dicha regulación se encuentra desarrollada en el Capítulo III de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores extranjeros son idénticos a los de los nacionales desde el momento en que se concede el permiso de trabajo.

La Ley 4/2000 establecía inicialmente, en su artículo 10, que los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, en los términos establecidos en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo ².

Ahora, el citado artículo exige, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000, que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

La anterior regulación era, en apariencia, más permisiva, pues el artículo se iniciaba con el reconocimiento del derecho al trabajo y al acceso al sistema de la Seguridad Social, al menos para *todos los extranjeros*, estableciéndose al final un condicionante, «(...) *en los términos establecidos en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo*».

Con la actual redacción parece, al menos a primera vista, que su campo de aplicación se ve reducido, ya que comienza estableciendo que *sólo a los extranjeros que reúnan los requisitos legales* se les reconocerá ese derecho.

Pero, desde el punto de vista práctico, tanto antes como ahora, sólo a los extranjeros que reúnan los requisitos, es decir, tengan permiso de trabajo, pueden ejercer su actividad en España y se les reconoce el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, aunque en una primera aproximación, y desde un punto de vista subjetivo y psicológico, parecía que con la anterior regulación el campo de aplicación de estos derechos fuese mayor ³.

Respecto al reconocimiento del derecho a la huelga, la actual regulación ha venido a modificarlo sustancialmente. Con la anterior se establecía, con carácter general, el reconocimiento del derecho a la huelga, mientras que la actual, en cierto modo más precisa aunque también más problemá-

tica, establece que podrán ejercer el derecho de huelga cuando estén autorizados a trabajar. No pienso que con la normativa actual se haya restringido el campo de actuación, pues analizando el concepto de este derecho, según la propia Constitución Española en su artículo 28, la huelga se reconoce a los trabajadores para la defensa de sus intereses, por lo que, tanto con la anterior como con la nueva Ley, un extranjero es trabajador cuando ha obtenido el correspondiente permiso de trabajo. Por ello, este derecho a la huelga siempre ha estado reconocido a los trabajadores legales, ya sean españoles o extranjeros, puesto que el régimen jurídico de su ejercicio, incluida la referencia al salario, suspensión de la relación laboral y cotización a la Seguridad Social, únicamente puede ser aplicado a los trabajadores legales con un contrato de trabajo y en alta en la Seguridad Social. Además, la eliminación del derecho de huelga a los inmigrantes ilegales adquiere matices inverosímiles, ya que se trata de personas que están continuamente al margen de los derechos laborales, siendo un derecho escasamente ejercitable, por no decir nulo, por parte de los trabajadores ilegales, por lo que desde un punto de vista práctico, apenas va a tener trascendencia la regulación actual ⁴.

Procede destacar la modificación producida en el artículo 11 de la Ley en lo referente a la libertad de sindicación, pues en la actualidad se exige para el ejercicio de este derecho que el extranjero obtenga autorización de estancia o residencia en España. Antes de la reforma cabía la posibilidad de que los extranjeros que no tuviesen residencia legal en España se sindicaran. Éste es uno de los artículos cuya nueva redacción ha sido más criticada al limitar el acceso al derecho de sindicación a los trabajadores legales, lo cual puede estar en contradicción con la Constitución Española. En ella se establecen aquellos derechos reconocidos indistintamente a extranjeros o españoles, entre los que algún sector doctrinal ha apuntado la inclusión de este derecho de sindicación ⁵.

Sigue manteniéndose el derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios sociales, planteándose problemas, como se analizará más adelante al tratar las consecuencias del contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, así como la obligación de los extranjeros de estar sujetos a los mismos impuestos que los españoles, sin diferenciación entre residentes legales o no, y sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos de doble imposición internacional.

En el actual artículo 36 se sigue manteniendo la obligación para el trabajador extranjero que desee ejercer en España una actividad, ya sea por cuenta propia o ajena, de proveerse del permiso de residencia o autorización de estancia y de la autorización administrativa para trabajar. Advuértase que ya no se habla de permiso de trabajo, sino de autorización administrativa para trabajar, aunque sigue siendo lo mismo, un permiso o autorización para poder trabajar, y sin perjuicio de cómo se regule por el futuro Reglamento de desarrollo de la Ley.

En el caso de que el empresario desee contratar a un extranjero que no está autorizado deberá obtener previamente dicho permiso, no invalidándose el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

La actual Ley ha venido a clarificar el tema, pues anteriormente al distinguirse entre el permiso de trabajo que solicitaba el trabajador y la autorización que debía instar el empresario cuando desease contratar a un trabajador extranjero no autorizado, parecía que se refería a documentos distintos ⁶. Desde el punto de vista técnico se ha procedido a una corrección terminológica de conceptos que, antes de la reforma, ocasionaron algunos problemas interpretativos.

II. EL PERMISO DE TRABAJO COMO TÍTULO HABILITANTE PARA EL ACCESO AL EMPLEO

El artículo 36 de la LODLEE establece que el permiso de trabajo es obligatorio siempre que se desarrolle trabajo por cuenta propia o ajena ⁷. En muchas ocasiones esta concesión del permiso es prácticamente automática, como por ejemplo, en el caso de las preferencias del artículo 68 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sin atender a la situación nacional de empleo, o cuando se trata de nacionales de ciertos países con los que se ha llegado a acuerdos que implican esta concesión automática (Chile, Perú) ⁸. Pero, aun así, también en estos casos resulta necesaria la solicitud del correspondiente permiso de trabajo, salvo excepciones recogidas en la norma.

El permiso de trabajo tiene como causa necesaria un contrato de trabajo, hasta el punto de que la oferta de trabajo es documento esencial para la concesión del permiso. El hecho de que éste se encuentre vinculado a un contrato concreto en el momento de la concesión inicial hace que, tanto ésta como la aplicación de las preferencias establecidas en la normativa de extranjería, dependan de ese contrato de trabajo y no de un hipotético volumen de inmigración máximo (cupó). En consecuencia, cuando la normativa española establece un sistema de preferencias para la concesión y renovación del permiso no puede estar estableciendo preferencias entre extranjeros, sino que debe entenderse como una preferencia de unos regímenes jurídicos respecto de otros ⁹.

1. Clases de permisos de trabajo.

El permiso de trabajo es la autorización para realizar en España actividades lucrativas por cuenta ajena ¹⁰, si bien no es preciso para el ejercicio de determinadas actividades: artísticas, cooperativistas, culturales, docentes, informáticas, religiosas, sindicales. Tampoco es preciso que obtenga permiso de trabajo el trabajador extranjero que se encuentra en situación de residencia permanente (art. 41 LO 4/2000).

El permiso de trabajo, de duración inferior a 5 años, puede limitarse a un determinado territorio, sector o actividad, y renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial o se cuenta con una nueva.

A partir de la primera concesión, los permisos se conceden sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad, y, transcurridos 5 años, adquieren carácter permanente.

El empleador que contrate a un trabajador extranjero no autorizado para trabajar debe solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, aunque su falta no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero.

La concesión del permiso de trabajo para el ejercicio de una profesión que exige una especial titulación está condicionada a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condiciona a la colegiación cuando las leyes así lo exijan.

El permiso de trabajo de tipo A, contemplado en el artículo 78 del Real Decreto 864/2001, puede limitarse a una actividad y ámbito geográfico concretos, es un permiso de trabajo de temporada que autoriza al trabajador por cuenta ajena la realización de actividades de duración limitada, como el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones.

Su duración debe coincidir con la del contrato de trabajo, con el límite de 1 año, si bien puede prorrogarse en función de la duración de la actividad que motivó el contrato.

El permiso de trabajo de tipo B (inicial), previsto en el artículo 69 del Real Decreto 864/2001, es un permiso del trabajador por cuenta ajena que puede limitarse a un sector o actividad y ámbito geográfico concretos, sin perjuicio del derecho a circular y elegir residencia libremente, y su validez es de 1 año. El permiso de trabajo de tipo B (renovado) es un permiso que puede obtener el trabajador por cuenta ajena titular de un permiso tipo B (inicial) al término de su vigencia y permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de 2 años.

El permiso de trabajo de tipo C es un permiso que puede obtener el trabajador por cuenta ajena titular de un permiso tipo B (renovado) al término de su vigencia y permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de 2 años.

El permiso de trabajo de tipo F es un permiso que puede obtener el trabajador por cuenta ajena, residente en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresa diariamente, que desarrolla actividades lucrativas laborales en una zona fronteriza del territorio español a la que está limitado su ámbito geográfico. Tiene una vigencia máxima de 5 años y es renovable a su expiración en tanto el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

El permiso de trabajo de tipo G (art. 77 RD 864/2001) es un permiso que autoriza la realización de una actividad lucrativa a un trabajador extranjero que depende de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo cuando:

- Se desplace a España por cuenta y bajo la dirección de la empresa, que puede prestar servicios en España en virtud de lo establecido en convenios internacionales, en ejecución de un contrato celebrado entre la misma y el destinatario de la prestación de servicios que está establecido o que ejerce su actividad en España.
- Se desplace a un centro de trabajo en España de la propia empresa extranjera o de otra empresa del grupo de que forme parte.

El permiso de trabajo de tipo G puede limitarse a una actividad y ámbito geográfico concretos y su duración debe coincidir con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de 1 año, prorrogable por el mismo período si se acreditan idénticas condiciones.

El permiso de trabajo de tipo T (art. 78), que puede limitarse a una actividad y ámbito geográfico concretos, es un permiso de trabajo que autoriza al trabajador por cuenta ajena la realización de actividades o servicios de temporada o campaña.

Su duración debe coincidir con la del contrato de trabajo, con el límite de 9 meses, dentro de un período de 12 meses consecutivos.

2. La concesión de los permisos: condiciones, preferencias y tramitación.

Las condiciones para la concesión inicial de un permiso de trabajo por cuenta ajena son la insuficiencia o escasez de mano de obra en la profesión, actividad y zona geográfica para la que se solicita el permiso, inexistencia de trabajadores españoles, comunitarios o extranjeros residentes legalmente en España inscritos como demandantes de empleo en la zona geográfica correspondiente y en la actividad solicitada y el régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero ¹¹. Por ello, se desprende que la concesión del permiso se sujeta a la concurrencia de alguna de las siguientes condiciones que se analizan:

1. La reciprocidad.

A la hora de constatarse la existencia de reciprocidad o no deberá realizarse un estudio comparativo entre las disposiciones aplicables al español en el país de origen del inmigrante extranjero; como resultado de la comparación podrá denegarse el permiso o condicionarlo.

Se añade la posibilidad de aplicación de este criterio, cuando el principio de reciprocidad se ha ido desechando paulatinamente por su poca operatividad ¹².

2. El significado de la situación nacional de empleo.

En este condicionante se recoge la principal causa de limitación y denegación de permisos de trabajo. Sin duda alguna, va a ser el informe del INEM, que a pesar de que su solicitud es voluntaria para la Autoridad, el que resultará necesario para justificar adecuadamente la denegación de un permiso de trabajo con fundamento en la situación nacional de empleo. Para la justificación de que la situación nacional del empleo no aconseja la concesión del permiso de trabajo no basta con la alegación de que existe desempleo en la actividad para la que se solicita el permiso de trabajo, sino que resulta necesario que los trabajadores desempleados dispongan de la capacidad necesaria para desempeñar el concreto puesto de trabajo para el que el extranjero solicita el correspondiente permiso ¹³.

Por ello, el concepto de la situación nacional del empleo no deja de ser un concepto jurídico indeterminado ¹⁴ que ha sido interpretado por la jurisprudencia española de modo restrictivo: tan sólo puede justificar una denegación del permiso cuando existan demandantes de empleo españoles, comunitarios o residentes legales en España adecuados al puesto de trabajo ofertado. Adviértase que, en la actualidad, la situación nacional de empleo ya no es sólo de los españoles, sino también la de los trabajadores comunitarios y la de los extranjeros legales, desempleados y residentes en España.

3. La oferta de empleo.

Uno de los más importantes requisitos documentales para obtener el permiso de trabajo es la existencia previa de una oferta de trabajo, no ya de un contrato de trabajo, sino de una oferta que, evidentemente, va a tener que ser individualizada.

El empresario deberá justificar, cuando se lo pida la Administración, que ha solicitado demandantes de empleo a los servicios públicos de colocación, así como que ha dado publicidad a su oferta. A través de estas actuaciones del empresario resultará posible determinar si la contratación afecta o no a la situación nacional de empleo.

Particular interés presentan las modificaciones introducidas en la tramitación de los permisos de trabajo, sobre todo en lo referente a los efectos del silencio administrativo. Así, para los casos de solicitud inicial, el transcurso del plazo sin resolución expresa implica la desestimación, mientras que si se trata de renovación de falta de resolución en plazo tiene efectos estimatorios. La nueva regulación contenida en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 4/2000 altera los efectos del silencio administrativo que regían anteriormente ¹⁵.

3. Tipos de contratos a celebrar con los trabajadores extranjeros.

Se ha visto cómo para la concesión de un permiso de trabajo hace falta la existencia de una oferta de trabajo; posteriormente, cuando se haya concedido el permiso se podrá celebrar el contrato de trabajo, pero ¿qué contratos de trabajo se pueden celebrar con los trabajadores extranjeros?

En principio, el empresario puede celebrar cualquier tipo de contrato siempre que se reúnan los requisitos legales para celebrar ese concreto tipo de contrato. La reforma del mercado de trabajo, operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, ha motivado el cambio de alguno de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, entre el que destaca de manera singular la reforma del artículo 11 relativo al contrato de formación. Tradicionalmente, este contrato ha venido teniendo como límite a su celebración la edad del trabajador; sin embargo, tras la reforma se puede celebrar dicho contrato, con independencia de la edad del trabajador, cuando, entre otros supuestos, el trabajador sea un extranjero, durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo.

Sin duda alguna, la reforma, en este aspecto, ha sido ventajosa porque permitirá la formación de trabajadores extranjeros que carecían de cualificación, como ha demostrado la experiencia de la última década, especialmente la de los extranjeros provenientes de los países africanos, y va a permitir al extranjero adquirir la formación necesaria.

La limitación que se establece es la celebración del contrato durante los dos primeros años de vigencia del permiso de trabajo. Evidentemente, tampoco cabrá la celebración de este contrato cuando el extranjero tenga la titulación requerida para celebrar un contrato en prácticas. Dicha titulación deberá ser la exigible por la legislación española y, en su caso, deberá estar homologada. El problema que se plantea al respecto es a partir de cuándo se computarán los dos años de vigencia, es decir, tras finalizar la vigencia del permiso tipo «B» inicial y concederse el tipo «B renovado», ¿procederá

sumar los períodos de los dos permisos o, tras la concesión del tipo «B renovado» se inicia un nuevo período de dos años? La solución más acertada parece ser la de acumular todos los períodos, de tal forma que este tipo de contrato sólo se pueda celebrar en los dos primeros años de vigencia desde el primer permiso. La opinión contraria supondría que el trabajador extranjero podría estar hasta un total de cinco años con sucesivos contratos de formación, ya que un contrato se podría celebrar con un permiso tipo «B» inicial con una duración de un año, luego otro contrato con el permiso «B renovado» por dos años, ya que durante el primero no ha superado los doce meses [art. 11.2 d) ET].

Otra de las ventajas de este tipo de contratos es que va a resultar interesante para los empresarios, puesto que el abono de cuotas a la Seguridad Social es sensiblemente inferior al de otro tipo de contratos, al abonarse una cuota fija ¹⁶, y además el salario será el fijado en convenio colectivo sin que pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional.

La desventaja de este tipo de contratos es que el salario es muy reducido y no se tiene derecho a la prestación por desempleo ni a la indemnización por fin de contrato. Además, finalizado su contrato con la empresa nada impide que el empresario vuelva a contratar a otro trabajador extranjero en las mismas condiciones.

Por otro lado, el legislador no ha querido entrar a regular determinados sectores de la actividad económica en los que tradicionalmente existe economía sumergida, dándose ocupación a trabajadores extranjeros ilegales, en algunos casos difícilmente detectables. Así, a título de ejemplo, durante 1998, los 28.000 puestos de trabajo ofertados a extranjeros no comunitarios, cerca de 14.000 se referían al servicio doméstico, unos 8.000 a agricultura y apenas 1.000 a construcción. Hay que destacar, por lo tanto, que el servicio doméstico, con una regulación española deficiente y difícil de controlar, al chocar con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, es el sector de actividad al que queda abocada la mayor parte de la inmigración femenina ¹⁷.

4. Efectos de la falta del permiso de trabajo.

Pero, ¿a qué derechos derivados del contrato se refiere la ley? A pesar de la importancia de la cuestión, la Ley Orgánica 4/2000 no contiene ninguna previsión clara con relación a las consecuencias que acarrea la falta de la referida autorización sobre el contrato de trabajo. Sí que contiene, por el contrario, las sanciones administrativas, tanto para el empresario como para el extranjero infractor, pero ninguna previsión sobre la eficacia o no del contrato de trabajo.

Sobre este tema existe una amplia opinión doctrinal y jurisprudencial dividida, básicamente, entre dos opciones: los que consideran que el extranjero tiene derecho sólo a la retribución correspondiente al trabajo realizado, mientras que otros consideran que tiene derecho a todos los derivados del trabajo, como derecho al alta en la Seguridad Social. Las diferentes posturas van a depender del alcance que se le dé a la omisión del requisito del permiso de trabajo, es decir, si su falta acarrea la nulidad o, por el contrario, sólo la anulabilidad.

Así, y sobre la base del artículo 7 del ET, relativo a la capacidad para contratar ¹⁸, y al artículo 6.3 del Código Civil sobre la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibi-

tivas, y considerándose que la exigencia del permiso de trabajo se configura como un requisito de orden público, se ha venido considerando por la jurisprudencia que la falta de permiso de trabajo motiva que el contrato sea nulo de pleno derecho y que el trabajador no pueda acceder al sistema de la seguridad social ¹⁹.

Otra postura avalaría la tesis contraria de que dicho trabajador sin permiso de trabajo deba ser dado de alta en la Seguridad Social y el empresario deba abonarle la correspondiente indemnización por despido y cotizar por los períodos trabajados, basándose en el enriquecimiento injusto del empresario, en caso contrario y al margen de que el contrato de trabajo reúna todos los requisitos válidos, como el objeto, el consentimiento y la causa. Se dice que el contrato de trabajo suscrito por extranjero que carece de permiso es válido porque en él concurren los elementos esenciales de todo contrato. Pero, además, la propia normativa de extranjería ha venido exigiendo que ese contrato exista para que el extranjero pueda solicitar el correspondiente permiso de trabajo ²⁰.

Sin embargo, esta postura contrasta con la mantenida por el Tribunal Supremo que considera que no es conforme a derecho contratar a un trabajador extranjero que no dispone del preceptivo permiso de trabajo, por lo que las cuotas a la Seguridad Social por el período de tiempo en que estuviese prestando servicios no pueden ser exigibles, por cuanto que carece del citado permiso y, por lo tanto, si por ello se ha extendido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actas de liquidación, procede su anulación.

Los órganos jurisdiccionales españoles se han definido mayoritariamente a favor de la nulidad del contrato, ante la falta de permiso de trabajo, y minoritariamente a favor de la anulabilidad del contrato de trabajo ²¹.

Además, en nuestro régimen jurídico se exige el permiso de trabajo para el alta y la afiliación del trabajador extranjero. Así, el artículo 37 LODLEE exige, entre otros requisitos, el de «obtener del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la autorización prevista en el artículo 36 de esta Ley»; el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, sobre regularización de extranjeros, establece en su artículo 4.7, entre otras previsiones, que cuando se trate de solicitudes de permiso de trabajo y residencia, una vez instruido el expediente, se dictará la correspondiente resolución laboral que, en el caso de ser positiva, permitirá la afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social. En consonancia con todo ello el artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, exige que en las solicitudes de afiliación y alta de los extranjeros, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo.

Por todo ello, únicamente el trabajador extranjero con permiso de trabajo en vigor puede ser dado de alta en la Seguridad Social y reconocerle los derechos derivados del contrato de trabajo.

Además, la Circular de la Tesorería General de la Seguridad Social de 13-2-2001 se mantiene en esta línea, considerándose que las afiliaciones y altas de extranjeros producidas sin el cumplimiento del requisito de concesión del permiso de trabajo, por cuenta propia o ajena, cuando ello sea necesario, serán nulas por tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico en los supuestos en los que se carece de un requisito esencial para la adquisición de la condición legal de trabajadores por cuenta propia o ajena ²².

Ahora bien, todo ello se entiende sin perjuicio del derecho del trabajador ilegal a ser remunerado en contraprestación a los servicios prestados en la empresa. En este sentido, los derechos que pudieran corresponderle por el tiempo trabajado y no abonado, o por las prestaciones devengadas y no satisfechas, podrá hacerlos valer ejercitando la correspondiente acción contra quien haya sido realmente el empresario en evitación del enriquecimiento injusto que, en otro caso, se produciría en beneficio de la empresa. Se trata de un derecho que de manera expresa es reconocido en el artículo 9.2 del ET al establecer el derecho a exigir la remuneración correspondiente a un contrato válido, pero sólo por el trabajo que ya se hubiese prestado y no por conceptos distintos ²³.

Cuestión distinta se suscita cuando el trabajador extranjero tiene permiso de trabajo, pero trabaja en un puesto que no coincide con el ámbito geográfico y funcional para el que fue concedido. La tipificación legal en que quedaría amparada la conducta empresarial para la propuesta de una posible sanción es el artículo 54.1 d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre) que establece la consideración de infracción muy grave *la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido (éstos) con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo (...)*. Pero, ¿significa esto que la relación laboral amparada en la concesión de este permiso sea nula?

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 1996 (inédita en colecciones jurisprudenciales) considera que dicha conducta no se tipifica en precepto alguno, por tanto, no es sancionable, e implícitamente el trabajador sí posee documento hábil para trabajar y para que el contrato de trabajo despliegue plenos efectos ²⁴.

Habría que señalar, por último, que la jurisprudencia recaída en esta materia de extranjería se refería a supuestos en los que les era aplicable la legislación anterior a la Ley Orgánica 4/2000. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, tras el lamentable suceso de Lorca, extendió acta de liquidación, en contra de la línea jurisprudencial y de los criterios técnicos de la TGSS, respecto del período de tiempo en que los trabajadores extranjeros afectados llevaban prestando servicios, a pesar de carecer del correspondiente permiso de trabajo, al apreciar la existencia de relación laboral conforme al artículo 1 del ET y el artículo 36.3 de la LODLEE ²⁵. Resultaría útil conocer la postura de los Tribunales, de conformidad con la Ley Orgánica 4/2000, si el acta fuera recurrida ²⁶.

En cualquier caso, la doctrina legal y jurisprudencial hasta la entrada en vigor de esta Ley fue la de 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 Estatuto de los Trabajadores, pudiendo tan sólo el trabajador exigir la remuneración por el trabajo que ya hubiere prestado.

Sin embargo, tal doctrina debe ser cambiada, en mi opinión, por lo establecido en el artículo 33.3.º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, actual artículo 36.3.º de esta Ley, tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Este artículo establece en su párrafo primero una regulación similar a la contenida en el artículo 15.1.º de la antigua Ley Orgánica 7/1985, para señalar que «Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar», pero introduce una sustancial y vital diferencia

en su párrafo tercero cuando dice 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 de los derechos del trabajador extranjero». Tan contundente aserto tan sólo puede ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo²⁷. Se han querido dejar de esta forma a salvo 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 la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Como es de ver, la regulación actual señala de forma expresa que la carencia de la preceptiva autorización administrativa «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero», introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación.

La aplicación a este precepto de los criterios hermenéuticos que sobre interpretación de las leyes establece el artículo 3.11 del Código Civil, abunda en esta conclusión.

El elemento gramatical, «sentido propio de sus palabras», no puede ser más claro y preciso cuando se dice que la falta de autorización administrativa «no invalidará el contrato de trabajo», por lo que ya no puede considerarse nulo el contrato con las consecuencias previstas en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, a la vez que se añade que su validez lo será «respecto a los derechos del trabajador extranjero», con lo que se quiere destacar que tales derechos han de respetarse en su integridad con independencia de las consecuencias jurídicas que la irregular concertación de la relación laboral pudiere desplegar en otros ámbitos.

El elemento sistemático lo ratifica, pues el «contexto» en el que se contiene este precepto no hace sino abundar en ella al establecer el párrafo primero del artículo 33 el requisito general de la necesidad del permiso de trabajo, para luego dejar a salvo en su párrafo tercero y en todo caso los derechos del trabajador extranjero «sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar» esta irregular contratación, modificando de esta forma el régimen jurídico hasta ese momento aplicable que conducía inexorablemente a la aplicación del artículo 9.3.º del Estatuto de los Trabajadores para permitir tan sólo la reclamación de posibles salarios adeudados como única consecuencia derivada de la misma.

De igual forma los antecedentes históricos y legislativos, ya que de haber querido el legislador mantener la misma situación jurídica preexistente a la entrada en vigor de la Ley 4/2000 resultaba del todo innecesaria la precisión que se hace en el párrafo tercero del artículo 33 para dejar a salvo la validez del contrato de trabajo, cuando la anterior regulación de la materia y los antecedentes jurisprudenciales ya contenían una completa ordenación de las consecuencias jurídicas derivadas de la carencia de permiso de trabajo, que en la conjunta aplicación de los artículos 7 c) y 9.3.º del Estatuto de los Trabajadores y 15.11 de la Ley Orgánica 7/1985 que se revoca y sustituye, conllevaban no sólo a generar frente al empresario «las responsabilidades a que dé lugar», sino también a la completa ineficacia de un contrato de trabajo que se consideraba por este motivo invalidado. Con estos antecedentes la nueva Ley indica de forma expresa que la falta de la autorización admi-

nistrativa no invalidará el contrato de trabajo, modificando de esta manera los efectos que anteriormente se derivaban de esta situación, en lo que sólo puede interpretarse como una voluntad del legislador de dar un tratamiento jurídico diferente a la misma. En lo que abunda una circunstancia nada desdeñable, cual es el hecho de que en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, operada por la Ley Orgánica 8/2000, no se modifica el contenido de este artículo cuando se altera su numeración, pese a que en el largo período transcurrido entre la vigencia de una y otra norma la doctrina científica ya había puesto de manifiesto las consecuencias jurídicas derivadas del mismo, sin que el legislador hubiere considerado necesario variar en este punto la redacción de la Ley Orgánica 4/2000 que reformaba profundamente la anterior regulación sobre la materia.

En otro orden de cosas, entre las medidas adoptadas para poner fin a la situación de trabajadores ilegales se encuentra la regularización²⁸; en la disposición transitoria cuarta se produce una habilitación para la regulación de ilegales más restrictiva que las anteriores, dando por terminadas los poderes públicos las regularizaciones anuales y extraordinarias para iniciar, a partir de ahora, regularizaciones más estrictas. Pero, a pesar de ello, y de los controles fronterizos, siguen entrando en nuestro país trabajadores ilegales, situación para la que la legislación actual no confiere una solución satisfactoria y a la que, *de lege ferenda*, debería llegarse.

NOTAS

- ¹ La Constitución Española regula los requisitos legales para que el extranjero permanezca como trabajador en España, y los derechos que se le reconocen. Los extranjeros son titulares de derechos fundamentales contenidos en el Título I de la Constitución Española, aunque limitados a lo que dispongan los tratados y la ley. Cfr. RODRÍGUEZ-PINERO B.-F.M.: «Legislación de extranjería y política de inmigración», *RL*, n.º 20/2000, pág. 5 y ss.; PÉREZ VERA, E.: *El derecho español de extranjería*, Madrid, 1996, pág. 15 y ss.
- ² Vid. ALONSO GARCÍA, B.: «El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la Constitución Española», Civitas, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 110/2002.
- ³ La Ley Orgánica 4/2000 refuerza los derechos de los «inmigrantes con papeles», siendo más represiva y restrictiva para los ilegales. Cfr. RAMOS QUINTANA, M. I.: *Trabajadores extranjeros e integración social*, Madrid, 1989, pág. 16 y ss., manifiesta que no es fácil que a través de medidas legales represivas se consiga evitar y suprimir la inmigración ilegal.
- ⁴ En esta misma línea BALLESTER PASTOR, M.A. en «El contenido laboral de la Ley de Extranjería 8/2000 (reducciones, cautelas y desconfianzas)», *Aequalitas*, n.º 6/2001, pág. 22, en donde señala lo siguiente «...si la razón de ser del derecho de huelga es la imposibilidad de aplicar sanciones de cualquier naturaleza cuando se ejercita ¿qué sentido tiene sustraerlo a los inmigrantes ilegales que están continuamente al margen del derecho y de las garantías laborales? Sin duda, por tratarse de un derecho escasamente ejercitable para los trabajadores y trabajadoras extranjeros ilegales carece de demasiado sentido el hecho de que se sustraiga su titularidad a los mismos (...)».
- ⁵ Sobre la titularidad por los extranjeros de los derechos constitucionales destacan los estudios de TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Estatuto constitucional del trabajador no comunitario en España*, Valencia, 1995; BALLESTER PASTOR, M. A. en «El contenido laboral ...», *cit.*, pág. 22, apoyándose en la STC 115/1987, de 7 de julio, en la cual el Tribunal interpretó que no resultaba legítimo que los extranjeros y extranjeras acreditaran la autorización para el ejercicio del derecho de reunión, porque alteraba el contenido esencial del mismo, manifiesta que la misma argumentación cabría aplicar a los derechos de sindicación y huelga; VARONA MARTÍNEZ, G.: *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria, 1994, pág. 37 y ss., analiza los derechos reconocidos a toda persona, independientemente de su nacionalidad y su condición de regular o no, señalando que la nacionalidad no puede ser considerada como límite para el ejercicio de determinados derechos, siendo necesario que los Estados examinen la cuestión del ejercicio de los derechos sindicales por parte de los inmigrantes irregulares.

- ⁶ En este mismo sentido lo expone acertadamente TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. en «Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso de trabajo», *Tribuna Social*, 120/2000, pág. 37, en donde al tratar las previsiones del entonces proyecto de ley, ya consideraba que la autorización de ambos apartados era la misma, considerándose que lo más apropiado hubiese sido señalar claramente que el empresario que desee contratar con extranjeros deberá solicitar el permiso de trabajo o bien contratar a quien estuviese provisto del mismo, y no tratar de mantener la literalidad del precepto del anterior texto. Sobre el tema de la autorización, puede verse también a CHARRO BAENA, P. en «Las autorizaciones para el trabajo de extranjeros», *Aranzadi*, 2000, pág. 121 y ss.
- ⁷ Incluso, la realización de trabajos de artesanía para el taller familiar requiere la concesión del correspondiente permiso de trabajo. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 10-11-1992 (AR 7280). Así, BALLESTER PASTOR, M.A. en «El contenido laboral...», *cit.*, pág. 24, señala, al analizar las reformas operadas por la Ley Orgánica 8/2000, que el trabajo por cuenta ajena no puede realizarse en nuestro país después de haber solicitado el permiso correspondiente, sino que requiere su expresa autorización. MIGUEL CALATAYUD, J. A.: *Estudios sobre extranjería*, Barcelona, 1987, pág. 135 manifiesta que el inmigrante carece del derecho a acceder al mercado de trabajo, pero autorizado su acceso, tiene derecho a ejercer una actividad remunerada.
- ⁸ De ahí que se anulara el acta de infracción a quien contrató a un ciudadano peruano carente de permiso de trabajo en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12-6-1998 (RJCA 1998/2645).
- ⁹ CONDE MARTÍN DE HIJAS: «Permiso de trabajo de extranjeros», *AL*, n.º 14, 1993, pág. 638.
- ¹⁰ Sobre su alcance y naturaleza muy interesantes las reflexiones de POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*. Madrid (CES), 1994, pág. 54.
- ¹¹ Sobre el tema de la concesión inicial de los permisos, condiciones, preferencias y tramitación, puede verse a BALLESTER PASTOR, M. A. en *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 126 y ss. Un comentario sobre el carácter y efectos de la potestad discrecional de la Administración, *vid.* MOYA ESCUDERO, M. y otros: *Régimen jurídico del permiso de trabajo*, Granada, 1993, pág. 39.
- ¹² De igual parecer BALLESTER PASTOR, M.A. en «El contenido laboral...», *cit.*, pág. 24, quien estima que tal vez pudiera considerarse esta recuperación como un elemento más a disposición de la autoridad gubernativa para justificar eventuales arbitrariedades.
- ¹³ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-1990 (AR 4687/1990) reconoce el derecho del permiso de trabajo de un trabajador extranjero en la actividad de bollería congelada una vez que queda probado que había desarrollado este tipo de actividad específica en su lugar de origen, no resultando probado que exista personal español desempleado en una actividad tan específica. Sobre el tema puede verse a MOYA ESCUDERO, A. y TRINIDAD GARCÍA, M.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. en *El régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia*, Comares, 1993, pág. 25 y ss.
- ¹⁴ El concepto actual de «la situación nacional del empleo» difiere de los recogidos por la normativa anterior, la Ley Orgánica 7/1985, de «existencia de trabajadores españoles en paro, o de insuficiencia de mano de obra española en la actividad, profesión y zona geográfica». *Vid.* LÓPEZ GANDÍA, J.: «El acceso al empleo de los extranjeros en España», *RL*, II, 1986, pág. 244 y ss.
- ¹⁵ Para BALLESTER PASTOR, M.A. en «El contenido laboral ...», *cit.*, pág. 25, con esta nueva regulación no sólo se garantizan en menor medida los derechos de los inmigrantes, al desconocer los motivos y dificultar consiguientemente los correspondientes recursos, sino que también se anticipa la predisposición negativa y restrictiva de los poderes públicos frente al fenómeno migratorio.
- ¹⁶ Así, para el año 2003, el artículo 81 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año establece una cotización única para el contrato de formación de 30,37 euros para contingencias comunes, de los que 5,05 serán a cargo del trabajador, y 3,49 euros por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario.
- ¹⁷ *Vid.* BERNARDO RODENAS, S.: «Mujer e inmigración», *Aequalitas*, n.º 6/2000, pág. 34 y ss., analiza los tres sectores ocupados por trabajadoras extranjeras, el servicio doméstico, cuidado de enfermos y prostitución, señalando que el sector de actividad al que queda abocada la mayor parte de la población inmigrante femenina, el servicio doméstico, adolece en el ordenamiento español de notables tratos peyorativos en relación con los trabajadores de otros colectivos puesto que su situación no sólo se sitúa muy frecuentemente al margen del trabajo declarado, sino también del trabajo controlado sindical e institucionalmente. Sobre la situación de las trabajadoras inmigrantes puede verse en SOLÉ, C.: «La inmigración en las ciudades españolas», en *Vivienda e integración social de los inmigrantes*, Seminario Europeo, MTAS, 1996, pág. 50.

- ¹⁸ Éste ha sido uno de los argumentos utilizados por la jurisprudencia más criticados por la doctrina, como puede verse en ESPINAR VICENTE, J. M. en «Sección jurisprudencia española. Derecho internacional privado», *REDI*, 1980, pág. 199; MOYA ESCUDERO, M. en «La capacidad del trabajador extranjero en el derecho internacional privado», *REDT*, 1982, pág. 229.
- ¹⁹ Un estudio pormenorizado sobre las consecuencias de la falta de permiso de trabajo puede verse en TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. en «Sobre la nulidad del contrato de trabajo del extranjero sin permiso de trabajo», *Tribuna Social*, 120/2000, pág. 35, en donde considera que los tribunales no deberían admitir que la nulidad de la relación fuese alegada por el empresario al ser la parte que se beneficiaría de la nulidad, ya que no tendría que indemnizar al trabajador ni pagar las cuotas a la Seguridad Social.
Sin embargo, considero que nos podemos encontrar con que no sólo es el empleador el que se beneficia del trabajo realizado por el extranjero sin permiso de trabajo, sino también el propio trabajador extranjero que acepta trabajar sin tener permiso de trabajo, lo cual va a conllevar que, a diferencia de otros trabajadores extranjeros ocupados en el mismo trabajo y percibiendo un salario igual o similar, el ilegal no va a aportar su parte correspondiente de cuotas a la seguridad social ni tampoco va a estar sujeto a los impuestos como el resto de los extranjeros legales y los españoles, como establece el artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2000, al señalar que los extranjeros estarán sujetos, con carácter general, a los mismos impuestos que los españoles. Confróntese cómo en la actualidad, y tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, ya no se hace referencia a que dicha sujeción de los extranjeros a los mismos impuestos que los españoles sea respecto a los ingresos obtenidos en España y a las actividades desarrolladas aquí.
- ²⁰ En esta línea cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 1995 (AL 39/1995) en donde se establece lo siguiente: «... y aunque esta relación de servicios mantenida por un extranjero, sin permiso de trabajo, adolezca del vicio de nulidad, como relación laboral, no por ello deja de producir sus efectos, por aplicación analógica de la propia normativa del Régimen General de la Seguridad Social, ya que de no ser así, se produciría un fraude en el empleo que posibilitaría la ocupación de extranjeros en situación irregular en territorio español eludiendo la normativa de la contratación laboral en perjuicio de la política de empleo y de la financiación de la Seguridad Social...».
En relación con el incremento del número de inmigrantes ilegales la justificación parece estar en la falta de preparación de las sociedades europeas en ser receptoras de inmigrantes. Vid. HOFFMANN-NOWOTNY, H.J.: «Oportunidades y riesgos de las sociedades multiculturales de emigración», *RIEE*, 1994, pág. 155.
- ²¹ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 20-3-1997 (*Lex Nova Laboral*, recurso de apelación núm. 381/91), señala «...es obligado atender a la argumentación del apelante respecto a la infracción consistente en no haber dado de alta al trabajador extranjero en la Seguridad Social, por no poder contratarlo válidamente al carecer del preceptivo permiso de trabajo... ello conduce a que deba estimarse parcialmente la presente apelación, en el sentido de que por la Administración debe levantarse nueva acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por el período correcto»; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 21-3-1997 (*Lex Nova Laboral*, recurso 7725/90), manifiesta «...debe estimarse que un contrato como el de autos, sin obtención de los permisos de residencia y trabajo, que ni siquiera se han instado, 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 ya citado artículo 7 del ET. Tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.3 del ET»; y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 14-11-1997 (*Lex Nova Laboral*, recurso de apelación núm. 2163/91) en donde declara «...por su parte, señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1984, que los derechos reconocidos a los extranjeros son todos, sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de esta Sala de 20-3-1997, puesto que, efectivamente, no puede contratarse válidamente a un trabajador extranjero que no dispone de permiso de trabajo».
- ²² La citada Circular establece la revisión de oficio de los actos de afiliación y alta cursados con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000. Cuando se deba proceder a dicha revisión de oficio, sus efectos serán los establecidos en los artículos 59 y 60 del Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 305/2000 (Sala de lo Social, Sección 4.ª), de 6 mayo (AS 2000/3192) estableció que la TGSS no puede proceder al alta en el sistema de Seguridad Social del trabajador, ni a instancia de éste ni de oficio, al quedar sujetos los trabajadores extranjeros a la legislación específica sobre la materia (art. 7.5 LGSS, art. 7.3 ET, y disposiciones concordantes), con independencia de la infracción administrativa en que incurra la empresa y el reproche social que merece su conducta; y en todo caso el contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, es nulo por aplicación de los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil, en relación con el artículo 7 c) del ET.
- ²³ Vid. MOYA ESCUDERO, M.: *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Comares, Granada, 1999, pág. 81, y CHARRO BAENA, P.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 387- 388; ALMANSA PASTOR, J.M. en «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», *RPS*, n.º 67/1995, pág. 23 y ss.

- 24 Es cierto que la Ley que tipificaba la infracción en el caso de autos era la antigua Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España, en concreto su artículo 28.1, cuya redacción es coincidente a la contemplada actualmente en el mencionado artículo 54.1 d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo*. No habiéndose variado, por tanto, la redacción con la entrada en vigor de la nueva Ley, la interpretación que debe darse, en mi opinión, es la misma que la imperante hasta ahora en la mencionada Sentencia. Pues bien, en el fundamento de derecho tercero de esta Sentencia se nos explica en qué consiste la presunta infracción: contrata a un trabajador marroquí que tiene un permiso de trabajo para la construcción y es contratado en comercio mayor de aves. Considerar que esto es una infracción constituye «una aplicación extensiva analógica del citado precepto sancionador, que por su rigor se revela arbitraria y contraria a derecho» (FD 4.º, párrafo 3), máxime cuando *no se observa ocultamiento por parte del empresario ante la Administración laboral de la realización de este contrato de trabajo, ni ningún intento de aprovecharse de la situación laboral (...) retribución pactada y estar dado de alta en el RGSS, por lo que no se infiere reprochabilidad alguna de esta acción a la luz de los fundamentos expresado* (FD 4.º, párrafo 1). No haber solicitado a la autoridad competente, por razón de ámbito territorial, la modificación del permiso de trabajo concedido, en relación con el alcance de la actividad y el ámbito geográfico autorizado, se considera en la mencionada Sentencia como una mera irregularidad administrativa formal, y no constituye infracción de ningún tipo, ni mucho menos invalida el permiso de trabajo, *cuando la tardanza de la Administración en resolver una nueva petición de permiso de trabajo haría inviable la incorporación al trabajo del ciudadano extranjero, yendo además en demérito de la capacidad productiva de la actividad empresarial* (FD 4.º, 4.º párrafo).
- 25 Existencia de relación laboral, a pesar de carecer del correspondiente permiso de trabajo, que ya ha sido apoyada en algún pronunciamiento jurisprudencial, precisamente, sobre la base del artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción, «ex» modificación, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; que establece, literalmente, «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». Añadiendo, que la carencia de la correspondiente por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, *no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero*. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 30 mayo de 2002 (AS 2002/1993), decretando la nulidad de un despido de una trabajadora sin permiso de trabajo, reconociendo, por tanto, a pesar de ello, la existencia de relación laboral. *Vid.* ARASTEY SAHÚN M.L.: «El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero». *Tribuna Social*, n.º 142/2002, Parte Colaboraciones, págs. 33-38.
- 26 Como precedente jurisprudencial, y en apoyo a estas actas de liquidación extendidas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 2 diciembre 1998 (RJ 1998/10268) estimó la obligación empresarial de cotizar en el caso de un trabajador extranjero que prestaba servicios sin contrato de trabajo, basándose en el principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, cuya aplicación debe hacerse extensiva a la cotización a la Seguridad Social, pues la referencia del artículo 7.4 LGSS/1974 (hoy 7.5 LGSS/1994) a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del artículo 9.2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada tiene su reflejo en el artículo 70.1 LGSS/1974 (hoy 106.1 LGSS/1994) al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad); y aún más, señala la norma (hoy art. 106.1) que la mera solicitud al antiguo INP, hoy Tesorería de la Seguridad Social, de la afiliación o alta del trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tales afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo precedente la afiliación, se cotiza en función al tiempo trabajado (FD 2.º de la Sentencia).
- 27 SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 mayo 2002», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 545/2002.
- 28 Sobre las regularizaciones en España en 1985, 1991, 1996 y 2000, *vid.* PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: «La regularización de extranjeros», en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, pág. 399 y ss.