



Acceso y permanencia en el empleo de los grupos vulnerables: extranjeros

por José Rafael García de la Calle

1.- Acceso al empleo

1.1 Requisito de capacidad

La obtención del permiso de trabajo y residencia por parte del extranjero no comunitario se ha considerado como un requisito de capacidad tanto a nivel legal, pues así está recogido en el artículo 7.c) del Real Decreto Legislativo 2/2015 que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), como también por la doctrina científica y la jurisprudencia.

1.2 Efectos de su carencia

No obstante lo anterior, esta falta de capacidad del trabajador extranjero para contratar, si bien lleva aparejada la consecuencia de que el contrato está afectado de la sanción de nulidad, ello no va a significar que no despliegue ningún efecto. Así, siguiendo el régimen general previsto en el ET para la nulidad del contrato, la propia Ley de Extranjería, pese a la nulidad, salva la validez de los derechos laborales que, con carácter general, pudieran corresponder al extranjero como trabajador afectado, para evitar los abusos y el enriquecimiento injusto del empleador.

En relación con la Seguridad Social, el apartado 5 del citado artículo 36 de la Ley de Extranjería, determina el alcance del reconocimiento de las prestaciones, y los no efectos del posible reconocimiento en la situación administrativa del extranjero. Pese a la aparente claridad del precepto, el reconocimiento o denegación al extranjero carente de permiso de trabajo de las prestaciones por desempleo fue objeto de un arduo debate jurisprudencial, zanjado finalmente en sentido desestimatorio por el Tribunal Supremo, citando por todas, la Sentencia de 17 de septiembre de 2013 –RJ 2013/7109–.

2.- Pérdida de la autorización administrativa y sus efectos sobre el contrato

2.1 Pérdida de la autorización administrativa

Dentro del prolijo y complicado régimen de autorizaciones administrativa para residir y trabajar por cuenta ajena que regula el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su inclusión social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en adelante Reglamento de Extranjería), con numerosas modificaciones posteriores, el primer paso más habitual para los extranjeros no residentes en España que quieren trabajar en nuestra nación, es solicitar la autorización inicial temporal a favor de concretos no residentes en España para realizar una primera actividad por cuenta ajena. Si se obtiene dicha autorización, el extranjero podrá obtener el visado que permitirá

residir y trabajar en España y ser dado de alta en la Seguridad Social en el régimen que proceda, por un periodo temporal entre 90 días y 5 años.

Si a la fecha de expiración de la autorización temporal, el ciudadano extranjero continúa manteniendo su puesto de trabajo, en principio la renovación del permiso de trabajo debería resultar sencilla y cuasiamatemática, pues así parece desprenderse del artículo 37.7 de la Ley de Extranjería y del artículo 73.2 a) del Reglamento de Extranjería. Sin embargo, no cabe olvidar que esta aparente automaticidad puede verse truncada por diversos factores, que pueden ir desde errores del propio extranjero a la hora de iniciar el expediente de renovación o problemas de notificación por cambios de domicilio, hasta la existencia de informes negativos de la Administración respecto a la escolarización de los menores a su cargo, o del llamado “esfuerzo de integración”, o incluso la posible comisión por parte del ciudadano extranjero de alguna infracción de las previstas en la Ley de Extranjería. Por tanto, habrá situaciones en las que, bien por algún tipo de error administrativo, o por la mala actuación del extranjero, la renovación se vea truncada, mientras continua vigente su contrato de trabajo.

2.2. Efectos sobre el contrato de trabajo: extinción y sus causas

Esta situación de vigencia de un contrato de trabajo cuando ha expirado la vigencia de la autorización administrativa de trabajo y residencia legal en España del trabajador nos devuelve a una situación de falta de capacidad del interviniente en el contrato, y de la nulidad del mismo, si bien con las previsiones específicas que hemos especificado en los apartados anteriores.

El contrato, por tanto, debe tenerse por extinguido de forma inmediata, sin perjuicio de que, en todo caso, y por exigencia del más elemental principio de buena fe, el extranjero esté obligado a comunicar esta circunstancia al empleador, en cuanto le resulte conocida, para evitar que éste se pueda ver implicado en algún tipo de infracción muy grave en materia de extranjería, sin entrar en otras consideraciones como las relativas a la situación de alta y cotizaciones de Seguridad Social.

El contrato, pues, debe tenerse por extinguido por esta pérdida sobrevenida del requisito de capacidad dimanante de la no renovación del permiso de trabajo. La cuestión que ahora se plantea es que esta causa extintiva no está prevista de forma específica en ninguno de los 12 apartados que recoge el artículo 49.1 del ET sobre las causas de extinción del contrato de trabajo, ni tampoco en ninguna otra causa extintiva contemplada en el resto del texto legal.

Ante esta situación, la doctrina judicial se ha debatido entre incardinarla, bien dentro de las causas válidamente consignadas en el contrato recogidas en el apartado b) del artículo 49.1 ET, bien dentro de la extinción por causas objetivas a las que se refiere el apartado l) del artículo 49.1, en relación con el artículo 52 ET.

a) Causa consignada válidamente en el contrato

Esta causa extintiva entronca con el régimen del cumplimiento de una condición resolutoria. Dicha condición ha de mencionarse expresamente en el contrato, y ha de ser posible y lícita. Esta imposibilidad o ilicitud determinan, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores, que se tenga por no puesta, alejándose del régimen común de las obligaciones y contratos previsto en el artículo 1.116 del Código Civil, que opta por anular la obligación de la que ella dependa.

Además, hay que tener en consideración que, dentro del concepto de ilicitud, se encuentran aquellas condiciones que constituyan un abuso manifiesto por parte del empresario, como pueden ser las condiciones potestativas, o que supongan una renuncia de los derechos legales o convencionales del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.5 ET.

b) Ineptitud sobrevenida del trabajador

Esta causa extintiva se enmarca en los llamados “despidos por causas objetivas”. Estos despidos fueron regulados de forma expresa por primera vez por el Real Decreto-Ley 4/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, para facilitar y abaratar el despido individual motivado por circunstancias variopintas, que pueden ir desde determinadas situaciones de la empresa a circunstancias personales del trabajador, eso sí, sin que medie culpa o dolo de este, en contraposición a los despidos disciplinarios. Esta modalidad o causa de extinción fue luego recogida ET en su inicial redacción por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, concretamente en su artículo 52, en su apartado a). Este prolijo artículo sufrió múltiples modificaciones, ampliando, reduciendo o matizando las causas justificativas, hasta su redacción actual. Respecto del apartado a), la redacción vigente reza: “El contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterior a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá con posterioridad a dicho cumplimiento”.

Esta redacción tan genérica permite que la ineptitud sobrevenida conocida una vez superado el periodo de prueba pueda deberse a múltiples causas. Se trataría de supuestos, no muy habituales pero posibles, en los que el trabajador fuera declarado no apto por el servicio de prevención, dicha declaración no fuera contradicha por otros informes o documentos, no fuera posible la adaptación de su puesto con un ajuste razonable, ni su recolocación en otro puesto compatible, como exige el artículo 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Y también cabe aquí la ineptitud provocada por la pérdida sobrevenida de alguno de los requisitos legales necesarios para el desarrollo de la profesión o actividad laboral, incluyendo tanto las autorizaciones administrativas y las habilitaciones profesionales necesarias para poder prestar los servicios. En esta situación nos podemos encontrar, por ejemplo, cuando un chófer pierde de forma definitiva el carné de conducir; cuando un deportista profesional pierde la licencia federativa, o cuando a un médico, abogado u otro profesional que precise habilitación colegial, la misma le es retirada de forma definitiva.

Todas las situaciones descritas en el párrafo precedente tienen como denominador común el hecho de que la Administración Pública o las organizaciones federativas o colegiales a las que se haya encomendado el control de los requisitos de realización de una actividad profesional ha revocado o no ha renovado la preceptiva autorización para que el trabajador pueda desarrollar su prestación.

Como podemos observar, existe una gran similitud con la situación objeto de estudio, ya que aquí también es una Administración Pública quien, en el ejercicio de sus competencias, y sin que el trabajador haya cometido una conducta dolosa o culposa, revoca o, mejor dicho, no renueva una autorización administrativa para realizar la actividad laboral. La única diferencia reseñable es que, mientras que, en los casos analizados, no se impedía al trabajador desarrollar otro puesto o profesión, en el caso de la pérdida de vigencia de la autorización de residencia y trabajo, el empresario va a tener imposibilitado encomendar al trabajador cualquier otro puesto o profesión. Pero esta diferencia no impide que podamos hablar de una causa extintiva distinta.

La Sala IV del Tribunal Supremo, en los casos resueltos por las Sentencias de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 1341/2015) y 23 de junio de 2021 (Rec. 3444/2018), analiza las circunstancias de cada caso. En ambos supuestos, las empresas, al conocer la situación por la Tesorería General de la Seguridad Social que dio de baja de oficio al trabajador, procedieron a extinguir el contrato del trabajador al amparo del artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, por carecer de permiso de trabajo y residencia imprescindibles para realizar la prestación laboral, y en ambos casos los trabajadores demandaron por despido. Tras el correspondiente iter procesal, el Tribunal Supremo determina que, ante la falta de regulación legal específica, la pérdida de vigencia del permiso de trabajo de un ciudadano extranjero, en tanto que afecta a un requisito de capacidad para trabajar, se asimila al despido por ineptitud sobrevenida regulado en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, al no seguir el cauce formal previsto para estos despidos en el artículo 53.1 ET, determina de forma automática la improcedencia del despido, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 122.1. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, si bien, al resultar imposible la readmisión y continuidad de la actividad laboral, solo cabe la extinción del contrato y el abono de la indemnización legal prevista para el despido improcedente.

Resulta claro, pues, que, en tanto en cuanto el legislador no haga una regulación específica de la extinción del contrato de trabajo por la pérdida de vigencia del permiso de trabajo y residencia del extranjero, esta se configura como un supuesto de despido por ineptitud sobrevenida, regulado en el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores, y que cuando la empresa se encuentre con dicha situación deberá seguir el cauce formal previsto en el artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien sustituyendo el preaviso por el abono de los salarios del periodo correspondiente.

3.- Conclusiones

La pérdida de vigencia del permiso de trabajo y residencia del trabajador migrante es un supuesto que no viene regulado específicamente como causa extintiva del contrato en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, pese a que se configure como un requisito que afecta a la propia capacidad de contratar del trabajador extranjero.

Ante esta falta de regulación específica, la doctrina judicial se dividió entre considerarla asimilada a una causa válidamente consignada en el contrato recogida en el art. 49.1.b del Estatuto de los Trabajadores; o, por el contra, a un despido por causas objetivas, en concreto a la ineptitud conocida o sobrevenida del trabajador con posterioridad al periodo de prueba regulada en el art. 52.a) del Estatuto de los Trabajadores.

La Sala IV del Tribunal Supremo en las Sentencias citadas *ut supra*, se inclina por la segunda de las opciones indicadas, por lo que, ante esta situación, el empresario debe seguir el cauce formal previsto en el artículo 53.1 ET. Es decir, la entrega de una carta explicando la causa, la puesta a disposición de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio, y la concesión de un preaviso de quince días, que al no ser posible la realización de trabajo, debe sustituirse por su compensación en metálico. Si no hiciera así, el cese sería constitutivo de despido improcedente, con las consecuencias previstas en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, si bien al resultar imposible la readmisión solo cabe la extinción indemnizada del contrato.

Esta solución es coherente con las restricciones que la doctrina y jurisprudencia han venido estableciendo a la validez de las cláusulas resolutorias pactadas en el contrato, de tal forma que solo resultan admisibles cuando se sitúen dentro de la esfera de actuación del trabajador, lo que no sucede en los supuestos de renovación (salvo que el trabajador no la hubiera instado).

José Rafael García de la Calle

Magistrado y Profesor Asociado de la Universidad de Alcalá