

# NOTAS SOBRE LA NULIDAD «RELATIVA» DEL CONTRATO DE TRABAJO DE TRABAJADOR EXTRANJERO SIN PERMISO DE TRABAJO Y SOBRE SU NO INVALIDACIÓN RESPECTO A LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR<sup>1</sup>

Francisco Gómez Abelleira

Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, los contratos de trabajo celebrados con extranjeros sin permiso de trabajo se calificaban de nulos por una jurisprudencia mayoritaria<sup>2</sup> que arrastraba su doctrina desde décadas atrás, desde antes de la promulgación de la Ley de Extranjería de 1985<sup>3</sup>.

Como es fácil suponer, esta doctrina jurisprudencial, conforme a la cual el contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo era nulo, producía importantes efectos en los derechos laborales del trabajador extranjero, hasta el punto de que podía incluso llegar a dudarse de que, en general, tales derechos existieran en absoluto<sup>4</sup>. Sólo el apoyo en un precepto de tenor literal poco ambicioso y de escasa virtualidad en la corriente jurisprudencial mayoritaria —me refiero al artículo 9.2 del ET, según el cual, «[e]n caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido»—, permitió, durante todos estos años anteriores a la promulgación de la L.O. 4/2000, salvaguardar alguno de los derechos laborales básicos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, pero sin que tal salvaguarda permita hablar de un panorama jurídico protector del conjunto de esos derechos laborales básicos.

Esta conclusión es fácil de demostrar si se analiza la jurisprudencia vertida durante la vigencia de la Ley de Extranjería de 1985<sup>5</sup>, en temas tan básicos para los trabajadores como los del derecho al salario, el derecho a una protección frente al despido y el derecho a una protección social adecuada, en especial en casos de accidente de trabajo.

---

1 «LEx» es la L.O. 4/2000, de 11 de enero, modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre.

2 Véase, sobre las tesis manejadas por los tribunales para declarar nulo o anulable el contrato de trabajo celebrado con extranjero sin permiso de trabajo, M. RAMOS QUINTANA, *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, 1989, p.p. 84-92.

3 Véase M. A. BALLESTER PASTOR, *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Valencia, 1997, p. 140.

4 En especial cuando la propia Jurisdicción Laboral se declaraba incompetente por no poder considerar que existiera un contrato de trabajo sobre el que fundar su competencia (cfr., p.ej., STSJ Castilla y León / Burgos, de 30 enero 1992, AS 32), una conclusión radicalmente criticable (en el mismo sentido, M. MOYA ESCUDERO, M.L. TRINIDAD GARCÍA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España. Una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Granada, 1993, p. 95).

5 L.O. 7/1985, de 1 de julio.

En materia de **despido**, la jurisprudencia de suplicación ha sido constante a la hora de declarar la inexistencia de despido en casos de terminación por decisión empresarial de la prestación de servicios del extranjero sin permiso de trabajo<sup>6</sup>. Congruentemente, se ha resuelto también, que los años trabajados sin permiso de trabajo no computan a efectos de integrar los años de servicio para el cálculo de las indemnizaciones por despido<sup>7</sup>. Particularmente rechazable parece la doctrina de alguna sentencia según la cual, caducando el permiso de trabajo durante la tramitación del proceso por despido, deviene imposible la opción por la readmisión y el empresario no puede ser siquiera condenado a pagar la indemnización por despido improcedente<sup>8</sup>.

En materia de **salarios**, en cambio, la opción jurisprudencial, con el apoyo explícito del artículo 9.2 ET, se encaminó hacia el reconocimiento de los derechos salariales a los trabajadores extranjeros, pero con muchas dudas y discrepancias entre tribunales a la hora de reconocer las responsabilidades, por ejemplo, del Fondo de Garantía Salarial<sup>9</sup>, así como también con dudas, generalmente despejadas en sentido negativo, a la hora de reconocer su derecho a salarios de tramitación<sup>10</sup>.

En fin, quizá haya sido la materia de **accidentes de trabajo** la más tortuosamente tratada por nuestros tribunales laborales, y donde más radical se presenta la divergencia doctrinal entre, por un lado, pronunciamientos judiciales que, pese a la inexistencia de permiso de trabajo, reconocen la plena virtualidad del accidente laboral del extranjero a efectos de causar prestaciones de Seguridad Social por dicha contingencia<sup>11</sup>, con todas las consecuencias legales —entre otras la responsabilidad de la mutua o del INSS, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el empresario—, y, por otro lado, sentencias que rechazan la posibilidad de hablar de accidente de trabajo propiamente dicho en una relación laboral radicalmente nula<sup>12</sup>, sin perjuicio, aquí, de una hipotética responsabilidad patrimonial extracontractual del empresario por los daños causados al extranjero.

\* \* \*

La nueva legislación española sobre extranjeros aprobada en el año 2000 —Leyes Orgánicas números 4 y 8 de tal año<sup>13</sup>—, *parece* que ha de producir un *notable cambio* en el tratamiento legal de los efectos de la falta de permiso de trabajo en el contrato de trabajo —hasta el punto de que autores de lo más solvente han afirmado ya que con la nueva legislación «parece notorio que de la falta de permiso no deriva la nulidad del contrato»<sup>14</sup>.

---

6 Véase SSTSJ Cataluña de 2 julio 1996 (AS 2894) y de 12 septiembre 1994 (AS 3489), y STSJ Andalucía / Granada de 13 julio 1993 (AS 3262).

7 STSJ Cataluña de 11 enero 1999 (AS 308).

8 Cfr. STSJ Valencia de 19 junio 1996 (AS 2420).

9 Sentencias que reconocen la responsabilidad del Fondo son, p.ej., STSJ Canarias / Tenerife de 12 julio 1994 (AS 2913), STSJ Andalucía / Granada de 27 mayo 1998 (AS 2654), STSJ Madrid de 2 febrero 2000 (AS 1480). En contra, STSJ Cataluña de 16 junio 1994 (AS 2578), STSJ Andalucía / Sevilla de 3 julio 1998 (AS 3498).

10 Véase, denegándolos, STSJ Madrid de 2 febrero 2000 (AS 1480), y reconociéndolos sólo hasta la fecha de caducidad del permiso de trabajo, STSJ Valencia de 19 junio 1996 (AS 2420).

11 Véase, p.ej., STSJ Cataluña de 25 abril 1997 (AS 2430), STSJ Andalucía / Granada de 7 enero 1998 (AS 378), STSJ Madrid de 16 abril 1998 (AS 1392), STSJ Murcia de 4 octubre 1999 (AS 3206), entre otras.

12 Véase, p.ej., SSTSJ Aragón de 14 septiembre 1995 (AS 3296), de 1 abril 1998 (AS 1415).

13 De 11 de enero y de 22 de diciembre, respectivamente.

14 ALONSO OLEA & CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Madrid, 2000, p. 144.

El ya mencionado artículo 36.3 LEx obliga a los empleadores que deseen contratar a un extranjero a obtener previamente autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Esta obligación de obtener la autorización administrativa pesa sobre los empleadores respecto de la contratación de trabajadores extranjeros que no contasen ya, en el momento de la contratación, con permiso de trabajo en vigor. Con la LEx, la regla general sigue siendo la de la necesidad del permiso de trabajo para estipular un contrato de trabajo válido: la establece el artículo 36.1 LEx, según el cual, «[l]os 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». De esta manera, cuando el trabajador aún no disfrutara de esta autorización, el empleador que quisiera contratarlo deberá obtenerla previamente, según el artículo 36.3 LEx. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, y aquí viene lo importante, *no invalidará*, conforme a ese mismo artículo 36.3, *el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero*.

No hay duda de que el legislador, a la hora de redactar el último inciso del artículo 36.3 LEx, debió tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos laborales de extranjeros sin permiso de trabajo, así como también las consecuencias legales de tal nulidad: la no producción de efecto válido alguno por el contrato nulo, con excepción de lo dispuesto en el artículo 9.2 ET, precepto que, como se sabe, limita su alcance a la «remuneración» del trabajador. Si esto es así, la frase introducida por el legislador, contundente en el tiempo verbal utilizado —«*no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero*»— ha de tener el preciso sentido de repeler la jurisprudencia tradicional sobre el tema, que no sólo dejaba ciertamente indefenso al trabajador extranjero, sino que además «premiaba» al empresario que empleaba a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, al privar a dichos trabajadores, por ejemplo, de toda protección frente al despido.

Ahora bien, ¿qué significado preciso cabe dar a este importante precepto legal?, y en particular, ¿se puede seguir afirmando que el contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo es nulo? En mi opinión, sí cabe seguir hablando de nulidad del contrato de trabajo con extranjero sin permiso de trabajo, pero de una nulidad «**relativa**», distinta de la «**total**» del artículo 9.2 ET y distinta, también, de la «**parcial**» del artículo 9.1 ET. De haber querido el legislador repeler de raíz la doctrina jurisprudencial de la nulidad del contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo, podría haberlo hecho afirmando rotundamente que el contrato de trabajo sería válido o eficaz, o que no sería nulo por el mero hecho de la falta del permiso de trabajo. Pero no habiendo hecho el legislador tan rotunda afirmación, sino la más moderada de que la falta del permiso *no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero*, cabe sostener que el legislador sigue partiendo de la nulidad de base del contrato, aunque ahora se añada el importantísimo matiz de que esta nulidad es *relativa*, porque no afectará a los derechos del trabajador extranjero, derechos que, puede adelantarse ya, y parece obvio, no son sólo los de carácter remuneratorio, como se contempla en el artículo 9.2 ET.

¿Qué significa, por consiguiente, «no invalidará»? A mi modo de ver, el legislador parte de la idea, bien sentada jurisprudencialmente, como se vio, de que el contrato de trabajo sin permiso de trabajo es nulo. A partir de aquí, el «no invalidará» se erige en excepción a la regla de la nulidad. Y si conforme a esta regla, un contrato de trabajo nulo no produce los efectos propios del contrato de trabajo válido, el «no invalidará» quiere decir que ese contrato de trabajo nulo sí producirá los efectos propios de un contrato de trabajo válido, aunque ceñida esta producción de efectos nada más que «a los derechos del trabajador extranjero».

La clave está, en fin, en cuáles son esos «derechos del trabajador extranjero» de que está hablando el artículo 36.3 LEx. Lo que en este orden de cosas parece más claro es que en el tantas veces citado artículo 36.3 LEx se está tratando, en primer lugar, de los derechos que nacen para el trabajador precisamente del contrato de trabajo. Son, por tanto, todos los derechos laborales que se pueden ejercitar por el trabajador contra su empresario «como consecuencia del contrato de trabajo» (artículo 2 a) LPL). Ahora bien, los derechos laborales que sí nacen para el trabajador extranjero sin permiso de trabajo son fundamentalmente los de contenido netamente económico (el derecho al salario, el derecho a indemnizaciones y suplidos de todo tipo a cargo del empresario como consecuencia del contrato de trabajo), no los de otro tipo, y me explico. Lo que el artículo 36.3 LEx garantiza al trabajador es que sus derechos económicos *devengados* no se perderán por la falta de permiso de trabajo, pero no es posible que el ordenamiento jurídico pueda en cambio proteger la continuidad de un contrato de trabajo nulo en el fondo: el trabajador no podría por ejemplo ejercer una acción declarativa de fijez a ante los tribunales, o una acción contra una decisión empresarial de movilidad geográfica, pues los tribunales, incluso de oficio, podrían declarar la nulidad radical del contrato, impidiendo por ello un pronunciamiento sobre el fondo, sin perjuicio, eso sí, del percibo por el trabajador de todos los derechos de contenido patrimonial ya devengados durante la vida del contrato.

En realidad, lo que protege el nuevo artículo 36.3 LEx que no protegiera ya el antiguo 9.2 ET es, en el plano estrictamente laboral, todos los derechos de contenido económico del trabajador extranjero sin permiso de trabajo, y no sólo los estrictamente salariales. Y lo más importante en la práctica es, sin duda, que el trabajador extranjero sin permiso de trabajo desde el principio —distinta será la situación cuando caduque o termine el permiso que inicialmente se tenía, en cuyo caso sí parece que hay «causa» para la extinción del contrato de trabajo— que ve abruptamente rota su relación laboral por decisión del empresario tiene claramente derecho al percibo de la indemnización correspondiente a un despido improcedente, al tratarse de un derecho que netamente nace del contrato de trabajo, el cual, recuérdese, no es inválido precisamente *respecto a los derechos del trabajador extranjero*. Esta conclusión la sostiene, además, la propia regla subyacente en todo este tema, desde siempre: la regla de la evitación del enriquecimiento injusto del empresario, que debe surtir efectos más allá de los meramente salariales, como se viene argumentando.

En mi opinión, sin embargo, los derechos de que trata el artículo 36.3 LEx no se quedan ahí. Hay un segundo orden de derechos que también deben quedar incluidos en el ámbito del artículo 36.3 LEx. Si se ha dicho que tales derechos son los que nacen del contrato de trabajo, habrá que llegar a la conclusión lógica que del contrato también nacen, aunque sea indirecta o mediamente, los derechos de Seguridad Social. En efecto, del contrato de trabajo nace la obligación empresarial de dar de alta, así como también de cotizar por las diversas contingencias en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social. Y de ahí, indirectamente, nace el derecho a las prestaciones de cada Régimen, en la medida en que se cumplan los requisitos generales y particulares para el acceso a las mismas.

Es en este punto de los derechos de Seguridad Social donde se plantean, sin duda, los más graves problemas de aplicación real de la protección conferida por el artículo 36.3 LEx —sin perjuicio de lo que se entienda comprendido en la expresión legal «servicios y prestaciones sociales básicas», a que todo extranjero, «cualquiera que sea su situación administrativa», tiene derecho, conforme al artículo 14.3 LEx<sup>15</sup>—. Resulta

---

15 Aquí, como se apunta en MONTOYA (Coord.), *Curso de Seguridad Social*, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 71, es necesario esperar al desarrollo reglamentario del precepto, muy poco claro este último por lo demás.

evidente la imposibilidad de dar de alta o afiliar a un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, y, como consecuencia, resulta evidente también la imposibilidad de cotizar por dicho trabajador<sup>16</sup>. Así las cosas, está claro que, salvo los casos de automaticidad de las prestaciones<sup>17</sup>, el trabajador extranjero sin permiso de trabajo no podrá obtener de las entidades gestoras prestación de Seguridad Social alguna, y que sus derechos de Seguridad Social, que indudablemente tiene a la luz del artículo 36.3 LEx, habrán de ejercitarse *contra el empresario* responsable del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta y cotización.

Finalmente, además de los derechos laborales *stricto sensu* y de los de seguridad social, el trabajador extranjero sin permiso de trabajo es titular del derecho instrumental, pero fundamental, de acceso a los tribunales laborales. El artículo 20.1 LEx garantiza a todo extranjero, con independencia de su situación administrativa, el «derecho a la tutela judicial efectiva». Ahora bien, el problema más delicado aquí, quizá, es el de si en este derecho básico a la tutela judicial efectiva se integra, como parte consustancial, el derecho a la asistencia jurídica gratuita, reconocido, como se sabe, a todos los trabajadores con independencia de sus recursos económicos. El problema interpretativo surge en este punto por lo que prescribe el artículo 22 LEx. Según el apartado segundo de este artículo, *sólo* los «extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan». Pues bien, dado que en la jurisdicción laboral, a los trabajadores y a los beneficiarios del sistema de Seguridad Social corresponde el beneficio de la asistencia jurídica gratuita<sup>18</sup>, sin necesidad de que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, parece que a los extranjeros *residentes* que acrediten cualquiera de esas dos condiciones (trabajador o beneficiario) no se le puede pedir, además, para gozar de asistencia gratuita en la Jurisdicción social, el requisito adicional de la insuficiencia de recursos económicos. Pero las mayores dificultades las plantea no el extranjero residente, sino el extranjero que no pueda considerarse propiamente residente, y, en particular, quien no cuenta con permiso de trabajo. En tal supuesto, el primer apartado del artículo 22 LEx sólo garantiza asistencia jurídica gratuita «en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español», no, por tanto, en procesos laborales y de seguridad social. El problema interpretativo planteado por un lado por este artículo 22 LEx, que no confiere el derecho a la asistencia gratuita ante la Jurisdicción social al extranjero sin permiso de trabajo, y, por otro lado, por el artículo 36.3 LEx, que dice que el contrato de trabajo sin permiso de trabajo es válido *respecto a los derechos del trabajador extranjero*, debe solventarse a partir de dilucidar si con la palabra «derechos» el artículo 36.3 LEx se refiere sólo a los derechos laborales o también a los derechos que el ordenamiento jurídico, no sólo laboral, confiere al trabajador por el hecho de serlo. Parece, sin duda, más justa esta última opción, y más acorde, además, con el principio interpretativo *pro operario*.

\* \* \*

Como se ve, son grandes las dificultades de conciliar la contradicción jurídica de base, que estriba en que, por un lado, el contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo sea nulo, y que, por otro lado, *no se invalide* ese mismo contrato «*respecto a los derechos del trabajador extranjero*». Esas dificultades no las va a resolver, probablemen-

16 Véase la STS (cont-adm.) de 14 noviembre 1997 (Ar. 8539).

17 Véase DE LA VILLA (Dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, 2ª ed., Valencia, 1999, p. 330.

18 Cfr. artículo 2 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

te, ningún Reglamento de aplicación de la LEx, en buena medida porque algunas, las principales, son irresolubles por una norma meramente reglamentaria. De nuestros tribunales va a depender nuevamente, como bajo la vigencia de la Ley de Extranjería de 1985, el reconocimiento de concretos derechos a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, grupo éste de la población integrante de la llamada «economía sumergida», que desgraciadamente seguirá existiendo en los próximos años. Los pleitos por todo tipo de derechos puede bien concluirse que están garantizados, y en abundancia, antes nuestros tribunales laborales, sobre todo porque el legislador, que se sabía en «arenas movedizas», ha optado por un precepto, el artículo 36.3 LEx, decididamente abierto a múltiples interpretaciones, algunas probablemente aún ni tan siquiera imaginadas hoy. Cabe seguir sosteniendo que, como se dijera años atrás a propósito de la Ley de Extranjería de 1985, «la situación de *indeterminación jurídica* [no ha] quedado conjurada»<sup>19</sup>.

---

19 M. MOYA ESCUDERO, M.L. TRINIDAD GARCÍA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España. Una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Granada, 1993, p. 15.