

# CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL PERMISO DE TRABAJO Y SU INCIDENCIA SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

Dulce María Cairós Barreto  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

Este estudio analiza los efectos que en el contrato de trabajo produce su concertación sin contar con la autorización administrativa previa que la ley exige para la válida celebración de un contrato de trabajo con un trabajador extranjero en España.

PALABRAS CLAVE: permiso de trabajo, validez del contrato, nulidad del contrato.

## ABSTRACT

This article analyses the consequences of the employment contract signed with a foreign worker who is not provided with the work permit.

KEY WORDS: work permit, validity of the employment contract, absolute nullity of the employment contract.

## 1. VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONTRATO DE TRABAJO NO AUTORIZADO

El artículo 7, c) LET establece que los extranjeros tendrán capacidad para contratar la prestación de su trabajo de acuerdo con lo dispuesto en su legislación específica. Sin embargo, en ningún momento la legislación específica reguladora del trabajo de los extranjeros, actualmente la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ha regulado ninguna limitación en la capacidad para celebrar válidamente un contrato de trabajo, por el contrario, se limita a establecer la necesidad de que para el desempeño de cualquier actividad lucrativa, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, el trabajador extranjero mayor de dieciséis años obtenga una autorización administrativa para trabajar, un permiso de trabajo. Lo cual implica, en sentido contrario, que la capacidad de los extranjeros a la hora obligarse no aparece en ningún momento regulada especialmente en las normas de extranjería y, por ello, ni limitada, ni condicionada<sup>1</sup>.





Tal declaración, la necesidad de obtener una autorización o un permiso de trabajo, sin embargo, ha de tener alguna relevancia en cuanto a la estructura del contrato, pudiendo afectar incluso a su validez, de modo que en el plano de la eficacia se deriven determinadas consecuencias del incumplimiento de tal obligación, porque un contrato celebrado con un trabajador extranjero que carezca del correspondiente permiso de trabajo será siempre un contrato irregular, y esa irregularidad tendrá necesariamente una traducción en el plano de los efectos, porque la ineficacia constituye, ante todo, la consecuencia sancionadora que el ordenamiento jurídico aplica ante la infracción que determina la irregularidad del contrato<sup>2</sup>, bien entendido que dentro del calificativo ineficaz puede designarse toda una serie de supuestos que son a todas luces heterogéneos, como la producción parcial de efectos, la producción de otros efectos distintos a los queridos por las partes o por el ordenamiento jurídico e, incluso, la no producción de ningún tipo de efecto, la nulidad de pleno derecho del negocio.

A la hora de pronunciarse acerca de las consecuencias que se derivan para el contrato de trabajo del incumplimiento de los requisitos exigidos para su válida concertación, hay que partir de una correcta delimitación de las categorías jurídicas validez y eficacia. Para una corriente doctrinal, si bien necesariamente todo contrato inválido es ineficaz, no todos los tipos de ineficacia que en la práctica se pueden producir (parcial, total, distinta de la natural) se deben, sin embargo, a una invalidez del contrato: «El negocio no vale, si no reúne los requisitos exigidos por la ley; será ineficaz, cuando por cualquier otra razón no produce efectos»<sup>3</sup>. Otra corriente estima, sin embargo, inadmisibles tal distinción, en tanto que si el negocio inválido siempre tiene que ser ineficaz, invalidez e ineficacia son, por lo tanto, conceptos iguales y los llamados casos de ineficacia del negocio son en realidad casos de extinción sobrevenida, porque hasta ese momento el negocio desplegó toda su eficacia<sup>4</sup>.

La opción entre una u otra de las opiniones doctrinales mencionadas puede llevar a conclusiones diferentes en cuanto al problema que plantea la ausencia de

---

<sup>1</sup> MOYA ESCUDERO, M. (2001): «Autorización para la realización de actividades lucrativas (arts. 36.1 y 36.3)», en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, pp. 199-201, explica que la capacidad jurídica del trabajador extranjero se rige por lo preceptuado en el artículo 9.1 Cc, es decir, por la ley nacional, corregido por el artículo 11 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y que las autorizaciones exigidas por las normas de extranjería no inciden en la capacidad del extranjero, porque se refieren a los impedimentos que encontrará el extranjero para realizar legalmente su actividad en España, y no a su capacidad. SUÁREZ GONZÁLEZ, F. (2000): «Capacidad para contratar (en torno al artículo 7)», *REDT*, núm. 100, p. 328.

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 1, Civitas, Madrid, p. 453.

<sup>3</sup> CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, p. 463. Distinguen también entre invalidez e ineficacia LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984): *Elementos de Derecho Civil*, 1, vol. 3º, Bosch, Barcelona, pp. 270-272.

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1990): *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, p. 583.

permiso de trabajo en el contrato celebrado con un trabajador extranjero. De acuerdo con la segunda de las doctrinas señaladas, el contrato, porque no despliega los efectos naturales que el ordenamiento anuda a su concertación, será siempre inválido, y las peculiaridades o excepciones a la regla general habrán de venir establecidas en la ley. Pero a partir de la doctrina que distingue entre ineficacia e invalidez, y en contra de lo que viene entendiendo la doctrina y la jurisprudencia, el contrato celebrado con un trabajador extranjero que carece del preceptivo permiso de trabajo podría ser válido, pero ineficaz, en tanto que no despliega las consecuencias naturales del tipo de contrato de que se trata, por otras razones distintas de la ausencia o defecto de los requisitos esenciales de todo contrato (art. 1261 Cc), en este caso, debido a la contravención de la norma imperativa que impone la necesidad de contar con el permiso de trabajo.

La discusión no resulta ociosa desde el momento en que puede dar lugar a la calificación del contrato como válido, aun cuando tenga unos efectos limitados o distintos a los queridos por el ordenamiento jurídico, y tal declaración, la validez del contrato, lleva inevitablemente a la no cesación de la relación de trabajo cuando se constate la falta de autorización administrativa, sino al desencadenamiento de otros tipos de consecuencias distintas de la extinción, como las infracciones administrativas tanto por parte del trabajador, como por parte del empresario, que son sancionadas en la ley con arreglo a otros criterios<sup>5</sup>.

De acuerdo con esta distinción, se ha entendido que el contrato celebrado en ausencia de permiso de trabajo es un contrato perfectamente válido, sometido sin embargo a una limitación en sus efectos naturales, en tanto que «el permiso de trabajo se configura en las normas de extranjería como un condicionante de la eficacia del contrato de trabajo suscrito», porque, se dice, no sólo concurren en él los elementos esenciales de todo contrato, sino que además la propia normativa sobre extranjería exige que el contrato exista para que el trabajador extranjero pueda obtener el correspondiente permiso de trabajo<sup>6</sup>. Sin embargo, continúa señalando esta tesis que el ordenamiento jurídico no reconoce efectos jurídicos en tanto el extranjero no sea titular del permiso, distinguiendo la nulidad de la ineficacia en el

---

<sup>5</sup> El artículo 53 LO 4/2000, en su nueva versión, establece que se considerará infracción grave «Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida», y el artículo 54 tipifica como infracción muy grave «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados». La comisión de estas faltas o infracciones lleva aparejada la imposición de multas de 50.001 hasta 1.000.000 de pesetas cuando se trate de una infracción grave, en su caso, sustituible por la expulsión del territorio nacional si el infractor es el trabajador extranjero, y multas de 1.000.001 hasta 10.000.000 de pesetas, cuando se trate de infracciones muy graves.

<sup>6</sup> CHARRO BAENA, P. (2000): *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, pp. 138-141.





hecho de que el contrato será válido, por lo tanto, existente, aunque ineficaz por expresa voluntad del ordenamiento jurídico laboral, interpretación que, al fin y al cabo, impide la permanencia del vínculo contractual una vez detectada la falta de permiso de trabajo.

Para determinar el tipo concreto de sanción que el ordenamiento jurídico impone al contrato celebrado con un trabajador extranjero que carece del permiso de trabajo hay que atender no sólo a los criterios generales establecidos en el Derecho común, sino también a las posibles especialidades o peculiaridades que las normas jurídicas hayan introducido en tal régimen. A este respecto, el artículo 36.3 LO 4/2000 ha establecido que «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». De este precepto se deriva la voluntad de la ley de sancionar la concertación del contrato de trabajo sin el correspondiente permiso con la invalidez del mismo con carácter general, sin perjuicio de que con respecto a los derechos de los trabajadores extranjeros despliegue toda su eficacia normal o natural<sup>7</sup>.

A esta misma conclusión conduce la interpretación tradicional realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a partir del juego de los artículos 6.3 del Código Civil y 15 LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: como encontrarse trabajando sin haber obtenido previamente el permiso de trabajo constituye un acto contrario a lo dispuesto en la ley (la ley de extranjería) y como las sanciones contenidas en la propia ley no hacen referencia a la validez del contrato convenido de esa manera, ha de entenderse que se trata de un contrato nulo de pleno derecho por ser contrario a normas prohibitivas e imperativas (art. 6.3 Cc), ya que en la propia norma que se incumple no se establece lo contrario<sup>8</sup>.

A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la LO 7/1985, la nueva ley de extranjería, aunque no de modo frontal y directo, sí parece partir de la invalidez del contrato que se celebra en ausencia del permiso de trabajo. Sin embargo, los efectos de tal invalidez son notablemente modificados tanto por lo que se refiere al régimen general del Código Civil, como al particular del contrato de trabajo regulado en el art. 9 de la LET.

Admitida la invalidez del contrato de trabajo celebrado en ausencia de permiso de trabajo, hay que determinar qué tipo de invalidez pretende tipificar la LO 4/2000.

La doctrina se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión de la causa de la invalidez del contrato celebrado con un extranjero sin permiso de trabajo. Al

---

<sup>7</sup> En el mismo sentido, GIL SUÁREZ, L. (2000): «Validez e invalidez del contrato de trabajo (en torno al artículo 9)», *REDT*, núm. 100, p. 358.

<sup>8</sup> RAMOS QUINTANA, M. (1989): *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, pp. 89-90.

respecto se han sostenido varias teorías que han tomado como base dos aspectos, la referencia que la LET efectúa a la capacidad del trabajador extranjero y el hecho de que la obligación de obtener una autorización administrativa venga impuesta en la ley. Así, se ha sostenido tanto la nulidad como la anulabilidad del contrato celebrado con un extranjero que carece del correspondiente permiso de trabajo, con base, conjunta y confusamente, en los artículos 7, c) LET, 6.3 Cc y 1275 Cc<sup>9</sup>.

Una tesis más depurada jurídicamente es la que sostiene que hay que diferenciar los supuestos de no obtención inicial del permiso de trabajo de los supuestos de su caducidad y/o no renovación, entendiendo que la no obtención inicial del permiso, porque no se solicita o porque resulta denegado, lleva aparejada la nulidad del contrato de trabajo en razón de la imposibilidad legal de la prestación de los servicios contratados, mientras que la caducidad o la respuesta negativa de la Administración ante la solicitud de renovación conlleva la extinción, no la nulidad, del contrato de trabajo con efectos desde la expiración de la validez del permiso o desde la resolución administrativa denegatoria, y ello por una causa legalmente procedente<sup>10</sup>. El problema con que se encuentra esta tesis es que no termina de encajar en el artículo 49 LET esa causa legal de extinción del contrato de trabajo cuando el permiso no es renovado, o bien, no se solicita su renovación.

Distingue también entre los diferentes supuestos otra tesis con el objetivo de mantener la validez del contrato durante el tiempo de pendencia entre la concertación del contrato y la resolución administrativa que deniega el permiso o no lo renueva. Así, la peculiaridad se encuentra en el momento de predicar la nulidad del contrato: solicitada la autorización administrativa y concedida con posterioridad al comienzo de los servicios, el contrato es válido en su integridad, porque la prohibición «no es absoluta e irreversible», y ello como consecuencia de la preexistencia del derecho que la autorización consolida. En el caso de la pérdida del permiso de trabajo por denegación subsiguiente a su obtención, la solución es la nulidad sobrevenida por contrariedad del negocio jurídico a una norma legal<sup>11</sup>.

No se encuentran en el nuevo marco legal del trabajo de los extranjeros en España argumentos para concluir de manera distinta al criterio doctrinal y jurisprudencial mayoritario, que estima la invalidez del contrato celebrado sin permiso de trabajo con base en la nulidad de pleno derecho derivada de la contraven-

---

<sup>9</sup> Vid. al respecto la relación de tesis y razonamientos que recogen RAMOS QUINTANA, M.: *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pp. 84-89; MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCÍA, M<sup>a</sup>.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (1993): *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, Comares, Granada, pp. 87-128. CHARRO BAENA, P.: *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, op. cit., pp. 131-138.

<sup>10</sup> MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCÍA, M<sup>a</sup>.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, op. cit., pp. 96-109.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F. (1994): «Contrato de trabajo de extranjeros», *CDJ*, xxxvii, pp. 233-238.





ción de una norma prohibitiva (art. 6.3 Cc), en este caso, el artículo 36.1 LO 4/2000, de 11 de enero, que impone la obligatoriedad de obtener una autorización administrativa para trabajar<sup>12</sup>. En efecto, el contrato de trabajo será nulo porque tal es la sanción que el ordenamiento jurídico español anuda a la violación de una norma imperativa o prohibitiva, y no cabe duda de que el artículo 36.1 LO 4/2000 tiene tal carácter prohibitivo. A ello hay que añadir, como ya se ha señalado, que el artículo 36.3 del mismo texto legal sanciona, siquiera de modo indirecto, la invalidez del contrato, y los supuestos de invalidez se ciñen en el ordenamiento jurídico español a la nulidad y a la anulabilidad, además de la categoría de la inexistencia del negocio<sup>13</sup>. El círculo se cierra jurídicamente ante la improcedencia de la anulabilidad y de la inexistencia del negocio. Por ello, cuando se detecta la falta de autorización para trabajar, el contrato será declarado nulo de pleno derecho.

Si bien la nulidad es normalmente definitiva, se reconoce la posibilidad y el hecho de que el Derecho positivo arbitre fórmulas para que la nulidad desaparezca y se convalide el negocio, entre los cuales se citan los casos en los que el negocio está incompleto porque requiere para su validez «una autorización posterior» o «una aprobación formal (administrativa o judicial)»<sup>14</sup>. Debido a ello, es necesario efectuar una distinción entre varios supuestos, en función del momento en el que se encuentra la relación laboral y del momento en el que se concede el permiso de trabajo. Aunque el permiso de trabajo se exige en las normas de extranjería con carácter previo, parece razonable entender que el otorgamiento posterior de la autorización convalide el negocio y, por lo tanto, se estime su plena validez y eficacia. Esta interpretación, seguida en la jurisprudencia<sup>15</sup>, permite efectuar hasta una triple distinción, y entender que cuando el contrato de trabajo se ha concertado sin que se haya obtenido inicialmente la autorización o ésta ha sido denegada, será efectivamente nulo, produciendo exclusivamente los efectos que la propia ley de extranjería ha regulado. Pero cuando el contrato se ha concertado y aún no ha recaído la resolución administrativa autorizando o denegando el permiso de trabajo, tal contrato no debe estimarse nulo, sino que habrá que entenderlo pendiente, eficaz debido a la apariencia de validez, y si la autorización es definitivamente denegada, decaerá su vigencia y se declarará la nulidad con efectos desde el inicio de la contratación, pero si la autorización es concedida, el negocio se habrá «salvado». Por su parte, el régimen jurídico cuando el permiso de trabajo válidamente obtenido ha caducado y no

---

<sup>12</sup> RAMOS QUINTANA, M. (2000): «Trabajadores extranjeros e integración social» *TL*, núm. 54, pp. 53-54.

<sup>13</sup> CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 461-517. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pp. 471-508. LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, E.: *Elementos de Derecho Civil*, I, op. cit., pp. 274-280.

<sup>14</sup> CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, op. cit., p. 485. Admite también la convalidación de contratos nulos Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 484.

<sup>15</sup> Vid. CHARRO BAENA, P.: *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, op. cit., p. 136, nota 25.

se ha solicitado su renovación o bien, solicitada, ésta ha sido denegada, se resolverá por la vía de la nulidad sobrevenida y la plena validez del contrato hasta la resolución administrativa denegatoria o hasta la fecha de vigencia del permiso.

## 2. LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS PARA TRABAJAR EN ESPAÑA

El artículo 36 LO 4/2000, modificada en parte por la LO 8/2000, establece la necesidad de que los trabajadores extranjeros mayores de 16 años que quieran ejercer cualquier actividad lucrativa en España, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena, obtengan una autorización administrativa para trabajar, además del permiso de residencia, autorización administrativa que se traduce en el permiso de trabajo.

Por otro lado, el número 3 del mismo artículo 36 LO 4/2000, señala que «Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

A la vista del texto de estos dos preceptos de la LO 4/2000, se ha planteado la duda de si la nueva norma reguladora del trabajo de los extranjeros en España exige la concurrencia de dos autorizaciones para trabajar o dos permisos de trabajo, uno a obtener por el trabajador extranjero y otro a obtener por el empleador que quiera contratar a un trabajador no autorizado previamente.

Los autores que se plantearon el problema llegaron a la conclusión de que hasta que se dictase el desarrollo reglamentario que especificase a cuántas y a qué tipo de autorizaciones administrativas había querido referirse el legislador, una interpretación literal y, al mismo tiempo, coherente con el texto de la norma exigía entender que a partir de la entrada en vigor de la LO 4/2000 eran necesarias dos autorizaciones administrativas para ejercer una actividad de trabajo en España, con efectos diferentes en el plano de la validez del contrato de trabajo celebrado en ausencia de tales autorizaciones<sup>16</sup>. Y una interpretación en tal sentido encontraba justificación desde el momento en que se apreciaba la dualidad en el mismo precepto que introducía tal régimen jurídico, el propio párrafo 1º del artículo 36 anterior a la modificación introducida por la LO 8/2000 se refería expresamente «una autorización para trabajar o el permiso de trabajo», contribuyendo de este modo a en-

---

<sup>16</sup> En ese sentido, LUJÁN ALCARAZ, J. (2000): «El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», *AS*, núm. 21, p. 21. CHARRO BAENA, P.: *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, op. cit., pp. 128-129. ALEMÁN CANO, J. (2001): «Del permiso de trabajo y regímenes especiales», en *Comentarios a la ley de Extranjería reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, EDIJUS y Fundación Alternativas, Zaragoza, pp. 285-289.



tender que la ley introducía un régimen nuevo y más garantista, al mismo tiempo que más rígido y complicado, exigiendo la presencia de dos autorizaciones.

Sin embargo, tal interpretación hubo de ser necesariamente reconsiderada, a la vista de otros preceptos legales, así como del desarrollo reglamentario de la ley, llevado a cabo por el RD 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 la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Así, tanto las modificaciones introducidas por la LO 8/2000 como el desarrollo reglamentario inducen a entender que el nuevo régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España no exige una doble autorización.

En primer lugar, el actual artículo 36.3 de la Ley exige «una autorización administrativa para trabajar», en lugar de la anterior referencia a una autorización administrativa o el permiso de trabajo.

Además, la reforma introducida en el capítulo correspondiente a las tasas por autorizaciones administrativas para trabajar en España contribuye también a apoyar una interpretación en tal sentido. En efecto, la primera versión de la LO 4/2000 se limitaba a señalar que la autorización administrativa expedida a los ciudadanos extranjeros para trabajar en España, por cuenta propia o ajena, constituía el hecho imponible de una tasa, dejando abierta la posibilidad de entender que fueran dos, y no una, las autorizaciones administrativas para trabajar. Por el contrario, el nuevo artículo 44, que sustituye al 43 de la primera versión de la ley, contiene una relación de la autorizaciones administrativas y expedición de documentos previstos en ella que constituyen el hecho imponible de las tasas que regula, y así, se refiere a la expedición de visados de entrada en España, a la concesión de autorizaciones para la prórroga de estancia en España, a la concesión de permisos de residencia en España, a la concesión de permisos de trabajo, a la concesión de tarjetas de estudios y a la expedición de documentos de identidad de indocumentados.

Por su parte, el artículo 46 de la versión reformada de la Ley establece quiénes serán los sujetos pasivos de las tasas, esto es, los sujetos obligados al pago, entendiéndose que tales sujetos serán las personas en cuyo favor se expidan los documentos o concedan las autorizaciones, excepto cuando se trate del permiso de trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso el sujeto pasivo será el empleador o empresario. Añade el número 2 de este artículo que será nulo todo pacto por el que el trabajador por cuenta ajena asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de las tasas establecidas para la concesión, renovación, modificación o prórroga del contrato de trabajo. Como el contrato de trabajo no se concede, sino que se concierta o no se concierta, y la versión anterior así lo establecía, habrá que entender que a lo que el legislador se refiere es al pago, total o parcial, de la tasa establecida.

Aunque no parece configurarse como una lista cerrada, porque el propio precepto señala que, «en particular», se refiere a estas autorizaciones y documentos, y aunque nada impida que la expresión «permisos de trabajo» incluya las dos posibles autorizaciones para trabajar, una interpretación sistemática de la Ley aconseja entender que el legislador exige la obtención de una sola autorización para trabajar, que es el permiso de trabajo, expedido a nombre del trabajador, pero solicitado por





el empresario que desee contratarlo, el cual deberá, asimismo, correr con los gastos que tal permiso ocasione. Porque la expresión contenida en el artículo 36.3 LO 4/2000 no parece permitir su reconducción al que denomina permiso de trabajo, sino que habría de ser tratada como una autorización distinta y especial, y en cierto modo excepcional, a solicitar sólo cuando el trabajador no estuviese autorizado previamente, lo cual sólo ocurriría cuando ya hubiese trabajado previamente en España y su anterior permiso hubiese caducado, de modo que el empresario necesitaría una especie de autorización cautelar, hasta tanto el trabajador obtuviese su correspondiente permiso de trabajo, siguiendo los trámites reglamentariamente establecidos para ello. La exigencia legal de tal autorización especial no parece encajar en los preceptos y en la regulación que la propia ley contiene.

Otros motivos aconsejan también entender que la autorización exigida es una, y se denomina permiso de trabajo: los artículos 66, números 1, 2 y 3 del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, de 11 de enero, reproducen la exigencia de autorización administrativa en los siguientes términos: «Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener la correspondiente autorización administrativa para trabajar, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000»; «Conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, ningún empleador podrá contratar a un extranjero que no esté autorizado a trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de proveerse del permiso de trabajo de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la misma Ley Orgánica» y «La autorización para trabajar se acreditará con el correspondiente permiso de trabajo, autorización administrativa o mediante los documentos que específicamente se determinen».

De estos preceptos se puede extraer fácilmente la conclusión de que las autorizaciones para trabajar que exige el artículo 36 LO 4/2000 se reducen al permiso de trabajo o autorización administrativa sustitutoria en los casos en los que específicamente se establece tal posibilidad (situaciones del artículo 79 R. D. 864/2001). Porque la llamada a una autorización específica para el empresario que parece derivarse del artículo 36.3 LO 4/2000 se sustituye aquí por una especie de norma que recuerda y reitera en el segundo párrafo del artículo la necesidad de que el trabajador extranjero esté debida y efectivamente autorizado.

Por otro lado, el Reglamento de ejecución de la ley, cuando se ocupa de la tramitación del procedimiento administrativo conducente a la obtención de la autorización (arts. 80-91), se refiere exclusivamente al permiso de trabajo, el cual habrá de ser solicitado exclusivamente por el empresario o empleador en el caso de que se trate de la contratación de un trabajador por cuenta ajena<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Los sujetos legitimados para la solicitud del permiso de trabajo son: el empresario o empleador que pretenda emplear al extranjero cuando se trate del ejercicio de actividades laborales



De tal modo que una interpretación conjunta y sistemática de los preceptos citados lleva a la conclusión de que la nueva ley de extranjería no ha establecido ninguna nueva autorización para trabajar de la que haya de ser titular el empresario que quiera contratar a un trabajador extranjero, sino que los requisitos que se exigen a los trabajadores extranjeros para concertar válidamente un contrato de trabajo en España siguen siendo los mismos que bajo la vigencia de la LO 7/1985: un permiso de residencia y un permiso de trabajo, aunque con un régimen jurídico notablemente diferente. Y el permiso de trabajo constituye la autorización administrativa para trabajar que el artículo 36.1 LO 4/2000 exige.

El permiso de trabajo es el documento que autoriza la válida concertación de un contrato de trabajo en España. Tal permiso de trabajo ha de ser solicitado inexcusablemente por el empresario que quiera contratar al trabajador extranjero<sup>18</sup>, tal y como reitera el número 3 del artículo 36 del texto legal, y reviste varias modalidades en función de la actividad que se pretende ejercer, porque puede tratarse de un permiso para ejercer un trabajo por cuenta propia (art. 37 LO 4/2000) o un permiso para ejercer una actividad laboral por cuenta ajena (art. 38 LO 4/2000)<sup>19</sup>. A su vez, cada uno de estos dos tipos de permiso de trabajo puede revestir varias modalidades concebidas en el RD 864/2001 como una cadena, de tal modo que para acceder al siguiente se exige como requisito haber disfrutado del anterior.

Los permisos de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena pueden revestir las siguientes modalidades (art. 69.1 RD 864/2001): permiso tipo B (inicial), con una validez de un año y que puede ser limitado a un sector o actividad y ámbito geográfico concretos. El permiso tipo B (renovado), que puede ser obtenido por los titulares de un permiso tipo B (inicial) al término de su vigencia y que permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de

---

por cuenta ajena, siempre que se garantice su actividad continuada durante la vigencia del permiso de trabajo; el empleador o empresario, beneficiario de la prestación de servicios realizados por trabajadores extranjeros desplazados en virtud de contrato suscrito con empresa residente fuera de España; la persona que ostente la representación o actúe por delegación del empresario o empleador residente en el extranjero, en el supuesto contemplado en el artículo 67 del presente Reglamento y el propio extranjero cuando se trate de un permiso de trabajo para el ejercicio de actividades por cuenta propia y en los supuestos de renovación de los permisos de trabajo.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, MOYA ESCUDERO, M.: «Autorización para la realización de actividades lucrativas (arts. 36.1 y 36.3)», op. cit., p. 216. ESPULGUES MOTA, C. y LORENZO SEGRELLES, M. (2001): *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 315. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y.: «Autorización para la realización de actividades lucrativas», en SANTOLAYA MACHETTI, P. (coord.) (2000): *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, p. 194.

<sup>19</sup> La versión anterior a la LO 8/2000 distinguía entre la autorización para trabajar por cuenta propia, a la cual no se le otorgaba una denominación específica (art. 34) y la autorización para trabajar por cuenta ajena, denominada permiso de trabajo (art. 35). Tal era la vieja fórmula utilizada por los Decretos de 1968 y de 1974. Asimismo, contenía un artículo 36, desaparecido tras la reforma, que recogía una serie de permisos de trabajo que denominaba especiales.

dos años. Y el permiso tipo C, que permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional, tiene una validez de dos años y puede ser obtenido por los titulares de un permiso tipo B (renovado) al término de su vigencia.

Los permisos de trabajo por cuenta propia se dividen, a su vez, en los siguientes (art. 69.1 RD 864/2001): permiso tipo D (inicial), que puede limitarse para el ejercicio de una actividad concreta y para un ámbito determinado y cuya validez será de un año. El permiso tipo D (renovado), que autoriza el ejercicio de cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de dos años, y puede ser obtenido por los titulares de un permiso tipo D (inicial) al término de su vigencia. Y el permiso tipo E, que puede ser obtenido por los titulares de un permiso tipo D (renovado), tiene una duración de dos años y autoriza a desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional.

Tras el disfrute de estos permisos de trabajo, el trabajador extranjero pasará a la situación de residencia permanente, de acuerdo con el artículo 32.2 de la LO 4/2001, en virtud del cual «Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada». Y de acuerdo con el artículo 32.1 de la Ley, la situación de residencia permanente autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, de tal modo que ya no será necesaria la obtención de ningún tipo de permiso de trabajo, siendo ésta, además, la única diferencia tajante entre el régimen jurídico del trabajador extranjero en España con respecto a la legislación de 1985, la cual no permitía trabajar permanentemente en España al amparo de un permiso de residencia permanente<sup>20</sup>.

Por su parte, la Ley había previsto la existencia de varios regímenes especiales, que han sido desarrollados reglamentariamente, y que son: el permiso por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos —permiso tipo F—, regulado en el artículo 76 del R.D. 864/2001, con una vigencia máxima de cinco años y que será renovable. En segundo lugar, el permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios —permiso tipo G—, que autoriza el desplazamiento temporal de un trabajador extranjero que dependa mediante expresa relación laboral de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo. Este permiso podrá limitarse a una actividad y ámbito geográfico concretos y su duración coincidirá con la duración del desplazamiento del trabajador con el límite de un año, prorrogable por el mismo período si se acreditan idénticas condiciones a las que motivaron su concesión inicial. En tercer lugar se regulan los permisos de temporada (art. 78 RD 864/2001) bajo dos modalidades: el permiso tipo A, que autoriza la realización de actividades de duración limitada, como el montaje de plantas, la construcción de infraestructuras, así como su puesta en marcha, mantenimiento y reparaciones, que podrá estar limita-

---

<sup>20</sup> TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. (2002): *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 212.

do a una actividad y ámbito geográfico determinados, y el permiso tipo T, que autoriza la realización de actividades o servicios de temporada o campaña y que también podrá limitarse a una actividad y ámbito geográfico determinados.

Asimismo, la ley regula varios supuestos en los cuales no se exige permiso de trabajo para la válida concertación de un contrato de trabajo (art. 41 LO 4/2000 y 68 del RD 864/2001). Se trata de supuestos referidos al ejercicio de determinadas profesiones o a las características del trabajador extranjero y eran ya conocidos por la legislación española: técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por entidades públicas; profesores o investigadores invitados o contratados por una Universidad española; personal directivo y profesorado extranjero, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados o privadas, de reconocido prestigio y acreditadas oficialmente; funcionarios civiles o militares de administraciones extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación; corresponsales de medios de comunicación social extranjeros debidamente acreditados para el ejercicio de la actividad informativa; miembros de misiones científicas internacionales que realicen investigaciones en España; artistas; ministros religiosos o representantes de las distintas confesiones religiosas debidamente inscritas en el registro de entidades religiosas; extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente. Finalmente, se contemplan los casos de los españoles de origen que hubiera perdido su nacionalidad española y de los extranjeros en situación de residencia permanente.

Finalmente, el artículo 79 RD 864/2001 contiene una lista de las que denomina autorizaciones para trabajar, que son supuestos en los cuales el permiso de trabajo ordinario es sustituido por otros documentos o por otra autorización específica. Así, se emitirán autorizaciones especiales a los extranjeros con permiso de estudios, a los titulares de un permiso de residencia temporal en los supuestos del artículo 41.2, d) y 41.3 del Reglamento, a los solicitantes de asilo, a los que realicen prácticas profesionales y de formación en determinadas circunstancias y a los grupos o equipos que realicen de forma conjunta o coordinada trabajos de duración limitada. Por el contrario, con respecto a los trabajadores no pertenecientes a la Unión Europea, ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles que realicen navegación marítima exterior y/o extranacional, o exclusivamente navegación de cabotaje insular, o en buques españoles en virtud de Acuerdos Internacionales de Pesca Marítima, se establece que «se concederá validez de autorización para trabajar al enrole de los trabajadores extranjeros en buques inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras dedicados a navegación de cabotaje, exterior o extranacional», mientras que si se trata de navegación de cabotaje peninsular o insular, «se deberá acreditar por parte de la empresa titular de la actividad, con carácter previo al enrole, que la jornada de trabajo, descanso, tiempo de embarque, condiciones salariales y de Seguridad Social son las exigidas legalmente para los trabajadores españoles».

Tal tipología y profusión de regímenes explica que el artículo 66 del Reglamento de ejecución acuda de nuevo a la distinción entre autorización administrativa y permiso de trabajo.



Por lo tanto, no sólo se exige una única autorización administrativa para contratar válidamente a un trabajador extranjero en España, además del permiso de residencia, constituida por el permiso de trabajo, sino que esa autorización es la misma en todos los casos, el permiso es único, es decir, sin que quepa entender que de la redacción del artículo 36.3 de la ley, tras la LO 8/2000, se deriva un régimen distinto para trabajadores que han entrado ilegal o irregularmente en España, o bien, para trabajadores que habiendo obtenido su correspondiente permiso de trabajo, no solicitaron su renovación, o ésta fue denegada y, por lo tanto, permanecen en territorio nacional sin permiso de trabajo, y para los cuales se sustituye el permiso de trabajo ordinario que les corresponde en función del tipo de trabajo que vayan a realizar o del tipo de trabajador de que se trate, por una autorización especial, que solicita el empresario cuando quiera contratar a un trabajador «no autorizado para trabajar» y cuya duración se condiciona a la duración del contrato de trabajo<sup>21</sup>.

Del mismo modo, hay que señalar que la obtención del permiso de trabajo debe efectuarse con carácter previo a la contratación, según se desprende del artículo 36.3 LO 4/2000, lo que deja resuelta la cuestión de la validez del contrato o su pendencia, en tanto se resuelven los trámites administrativos, tanto de concesión, como de renovación, de tal modo que siguiendo una interpretación rigurosa de la norma, la nulidad del contrato ha de predicarse desde el mismo momento de su nacimiento: nació viciado de nulidad porque la exigencia de autorización administrativa es previa a la contratación y una concesión posterior no lo salva. Sin embargo, esta interpretación rígida y restrictiva es corregida en atención a la especialidad de la categoría de la nulidad y del propio contrato de trabajo, tal y como se ha tenido ocasión de explicar, entendiendo la jurisprudencia que sí es posible una subsanación del vicio y la convalidación del negocio nulo cuando con posterioridad a la concertación del contrato de trabajo se concede la autorización para trabajar. Así lo estableció la STS de 9 de diciembre de 1986 (ar. 7117), en la que se señalaba que cuando se encontrara pendiente de decisión alguna solicitud de regularización por parte del extranjero la administración no podía iniciar trámite alguno para ordenar la expulsión del interesado. Esta doctrina fue ratificada por el Tribunal Constitucional, que afirmaba que «la Administración no puede expulsar por carecer de la documentación preceptiva a quien ha instado su expedición sin haber

---

<sup>21</sup> Es ésta la interpretación sugerida por APARICIO, M.: «Los permisos de trabajo», en AJA, E. (coord.) (2000): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Instituto de Derecho Público-Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 115-116, según el sentido de la enmienda del grupo popular que no prosperó en la primera versión de la LO 4/2000. Por su parte, RAMOS QUINTANA, M.: «Trabajadores extranjeros e integración social», op. cit., p. 49, entiende que se trata de una única autorización, el permiso de trabajo, y que el artículo se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que el trabajador no está autorizado ya, esto es, no cuenta con permiso en vigor, de donde deduce que «la obligación del empresario finaliza cuando se cerciora de la vigencia de dicho permiso en relación con el contrato que pretende celebrar con el extranjero».



resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario se vulnera el derecho fundamental que el artículo 19 CE otorga limitadamente a los extranjeros» (STC de 22 de marzo de 1993). Del mismo modo, tampoco se puede ordenar la expulsión del extranjero cuando no es firme el acto administrativo que deniega el permiso correspondiente (STS de 26 de junio de 1993, ar. 4747).

La relación que la ley establece entre el permiso y el contrato de trabajo, así como el hecho de que la legitimación para solicitar la obtención del permiso de trabajo se conceda exclusivamente al empresario, dejando así la validez del contrato en manos de una de las partes, aconsejan una interpretación restrictiva de la regla de la invalidez del negocio celebrado sin permiso de trabajo.

### 3. LOS EFECTOS DE LA FALTA DE PERMISO SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

Con respecto a los efectos derivados de la ausencia de permiso de trabajo, la ley distingue por un lado los efectos desde el plano del régimen jurídico de infracciones y sanciones que corresponden a los sujetos incumplidores, y, por otro, los efectos sobre la relación jurídica que une a las partes, esto es, sobre el contrato de trabajo.

A los efectos de este estudio las consecuencias que más interés revisten son las que se producen en el contrato de trabajo, porque son las que plantean problemas de interpretación y son las más llamativas desde un punto de vista práctico.

Por lo que se refiere al primer grupo, la LO 4/2000 regula la consecuencia derivada de la prestación de un trabajo cuando el extranjero no cuenta con la correspondiente autorización para trabajar en su artículo 53, b): se tipifica como infracción grave el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido el permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. La sanción será una multa desde 300,52 euros hasta 6.010,12 (desde 50.001 pesetas hasta 1 millón). Por su parte, el artículo 54.1, d) tipifica como infracción muy grave por parte de los empresarios «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados». La sanción que corresponde a las infracciones muy graves es la multa desde 6.010,13 a 60.101,21 euros (1.000.001 hasta 10.000.000 pesetas).

Además, establece el 57 de la Ley que si el infractor es el trabajador extranjero y realiza conductas tipificadas como infracciones graves o muy graves, incluyendo la mencionada aquí, podrá aplicarse en lugar de la multa, la expulsión del territorio nacional, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

Sin embargo, la consecuencia principal sobre el contrato de trabajo derivada de la contratación de un trabajador extranjero que carece del preceptivo permiso de trabajo ha sido la nulidad de pleno derecho del contrato por contravenir lo



dispuesto en la norma que regulaba la necesidad de contar con un permiso de trabajo (LO 7/1985), y la consiguiente cesación de la relación de trabajo, que quedaría extinguida por carecer de permiso, con los efectos que para la nulidad del contrato de trabajo establece el artículo 9.2 LET, esto es, el trabajador extranjero podrá exigir por el trabajo ya realizado la remuneración correspondiente a un contrato válido. Sin embargo, el tenor del precepto actualmente en vigor, el artículo 36.3, párrafo segundo LO 4/2000 «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero» introduce notables dudas sobre la consecuencia natural que la falta de permiso de trabajo ha de producir ahora sobre el contrato de trabajo, y ha orientado a algunos autores a afirmar su validez, frente a la doctrina tradicional y al juego de los preceptos correspondientes de la norma de extranjería y el artículo 6.3 del Cc<sup>22</sup>.

Aceptar la tesis de la validez del contrato de trabajo que carece de la correspondiente autorización para trabajar no sólo no es una consecuencia derivada de la redacción del artículo 36.3 LO 4/2000, sino que es, además, una consecuencia contraria al ordenamiento jurídico y a la lógica jurídica. La ausencia de permiso de trabajo no puede dejar de producir efectos sobre el contrato de trabajo. Desde un punto de vista conceptual y de rigurosa técnica jurídica un negocio que se ha celebrado contraviniendo preceptos legales ha nacido viciado de nulidad y aunque en atención a principios de justicia se hayan moderado los efectos de esta situación, no es posible obviar la prohibición y predicar la validez y la plena vigencia y eficacia de aquel, a menos que, por supuesto, la ley haya establecido otra cosa y, en este caso, no lo ha hecho.

La LO 7/1985 no se refería a los efectos que la falta de permiso de trabajo acarrea, por lo cual la doctrina y la jurisprudencia aplicaban a la nulidad del contrato del trabajador extranjero el artículo 9.2 LET, en virtud del cual el trabajador puede exigir por el trabajo prestado la remuneración correspondiente a un contrato válido, de tal modo que los efectos de la nulidad consistían en la pérdida de vigencia del contrato y el abono de los salarios adeudados, para evitar el enriquecimiento injusto del empleador<sup>23</sup>.

Sin embargo, el artículo 36.3 LO 4/2000 sí se refiere de modo explícito a la cuestión de los efectos, declarando la validez del contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero. Lo que la ley quiere hacer constar es que la nulidad del contrato no impedirá que el trabajador disfrute de todos los derechos laborales

---

<sup>22</sup> Vid. por todos, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, op. cit., pp. 258-269.

<sup>23</sup> Vid., entre otros, RAMOS QUINTANA, M.: *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pp. 90-92. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F.: «Contrato de trabajo de extranjeros», op. cit., p. 231. SSTs de 10 de marzo de 1983 (ar. 1.137), de 30 de octubre de 1985 (ar. 5246), de 8 de junio de 1987 (ar. 4.139), de 23 de marzo de 1988 (ar. 2.364)



correspondientes a un contrato válido, de tal modo que se mejora notablemente el régimen contenido en la LET, que ahora abarcará no sólo las retribuciones, incluyendo los derechos económicos por vacaciones pendientes y la parte correspondiente de las pagas extraordinarias, sino todos los demás derechos derivados del contrato de trabajo, sobre todo la afiliación y cotización a la Seguridad Social y la posible percepción de las prestaciones que eventualmente puedan corresponderle, en especial, prestaciones por desempleo<sup>24</sup>, dado el tenor del artículo 57.5, d) de la LO 4/2000, en virtud del cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los extranjeros que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social, y del artículo 72.5 del Reglamento de ejecución, que establece la procedencia de la renovación del permiso cuando el trabajador venga percibiendo una prestación contributiva por desempleo y cuando se perciba una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Es el propio precepto legal el que impone la nulidad del contrato cuando limita la validez al respeto de los derechos del trabajador. La intención del legislador parece clara a favor de la declaración de la nulidad del contrato, desplazando el régimen jurídico contenido en el artículo 9.2 LET y sustituyéndolo por el nuevo régimen jurídico que a estos efectos reconoce todos los derechos a favor del trabajador extranjero, *como si se hubiera tratado de un contrato válido*.

Es necesario destacar que, coherentemente con la interpretación que aquí se sostiene, el hecho de que la constatación de la nulidad lleve aparejada la cesación de la relación laboral implica que no entren en los derechos del trabajador extranjero las consecuencias derivadas de la extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empresario, porque la pérdida de vigencia no constituye un despido, sino la consecuencia necesaria de la nulidad contractual<sup>25</sup>.

Esta interpretación que sostiene la nulidad del contrato con un reforzamiento de la posición jurídica del trabajador extranjero no ha sido, sin embargo, la acogida en la escasa jurisprudencia que ha interpretado el artículo 36.3 LO 4/2000. Por el contrario, los Tribunales han entendido, de acuerdo con una interpretación contraria, que el contrato ha de reputarse válido, lo que implica no sólo el mantenimiento

---

<sup>24</sup> Vid. la problemática que puede plantear la situación legal de desempleo en MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCÍA, M<sup>a</sup>.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980/1992)*, op. cit., pp. 118-128.

<sup>25</sup> Vid. a este respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», ponencia general al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 89-95 del original.

del vínculo contractual una vez que ha sido detectada la ausencia del permiso de trabajo, sino que si el empresario procede a extinguir el contrato de trabajo, tal extinción ha de considerarse un despido y ha de llevar aparejada, por lo tanto, la indemnización correspondiente a un despido improcedente.

En ese sentido se ha pronunciado la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002, (ar. 1974), que ha entendido que el precepto contenido en el artículo 36.3 *in fine* «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 pudiera dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece del permiso de trabajo». Continúa señalado la sentencia que «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 una eventual reclamación por despido».

En consonancia con tal planteamiento, la sentencia estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto y entiende que los trabajadores recurrentes disponen de acción para reclamar por despido contra los demandados, pese a carecer de la correspondiente autorización administrativa para trabajar en España, confirmando la sentencia impugnada que sancionaba la improcedencia de los despidos de tales trabajadores y extendiendo, además, a todos los demandantes las consecuencias legales derivadas de la declaración de improcedencia del despido en función de la antigüedad y salario que para cada uno de ellos se declaran probados. Pero la sentencia establece una limitación en cuanto a los efectos que la declaración de improcedencia genera, ya que no se puede conceder a la empresa «la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto a unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo, y a salvo de que alguno de ellos pueda haberlo obtenido al hacerse efectiva una readmisión»<sup>26</sup>, sólo es posible el abono de la indemnización.

Y es precisamente en esta limitación que se produce en las consecuencias derivadas de la improcedencia del despido donde se refleja más claramente que no es posible reputar válido un contrato de trabajo celebrado con un extranjero sin permiso, y ello, simplemente, porque la ley no lo permite. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede permitir la readmisión de un trabajador que no está

---

<sup>26</sup> Vid. los comentarios a esta sentencia de ARASTEY SAHÚN, M<sup>a</sup>.L. (2002): «El despido de los trabajadores extranjeros (extracomunitarios) sin permiso de trabajo tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», *TS*, núm. 142, pp. 33-38, y de FERNÁNDEZ COLLADO, M<sup>a</sup>.B. (2002): «Dos cuestiones a tratar: la revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal «ad quem» y el despido de extranjeros sin permiso de trabajo», *AS*, núm. 12, pp. 39-42.

autorizado porque la ley impone la necesidad de contar con tal permiso, y si ese permiso no existe, la relación jurídica no se puede perfeccionar.

Esta interpretación que sostiene la validez del contrato de trabajo es, a todas luces, más justa desde la perspectiva de la posición jurídica del trabajador extranjero, y ello por varias razones: en primer lugar, el sujeto obligado a la solicitud inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena es el empresario y de este modo se está dejando en sus manos la producción de unos efectos que sólo a él benefician, porque la nulidad del contrato contribuye a perpetuar una situación de abuso y de explotación de la mano de obra extranjera, ya que el empresario será responsable únicamente de los salarios debidos por el trabajo ya realizado, sin ninguna otra de las obligaciones que la concertación de un contrato de trabajo impone en el ordenamiento jurídico laboral español. En segundo lugar, porque el Derecho del Trabajo es un derecho protector de la parte débil de la relación contractual, y la parte débil es siempre el trabajador, más aún en este caso especial en el que la situación es tan apta para la comisión de fraudes y no tiene mucho sentido atacar una situación que se entiende irregular penalizando a la parte ya más dañada. Y en tercer lugar, porque realmente se necesita mano de obra extranjera o inmigrante en este país y la propia existencia de la relación laboral, aunque haya nacido viciada, demuestra que el contrato de trabajo era pertinente, de tal modo que una solución racional al problema no es la declaración de nulidad, la reposición de la situación al momento inicial y la vuelta al principio, a la puesta en marcha de otra situación irregular, sino que una solución racional y jurídicamente operante sería la posibilidad de facilitar la contratación regular y la regularización de las contrataciones ya efectuadas.

La intención de la LO 4/2000 no ha sido la mejora de la situación del trabajador extranjero, sino que ha continuado con una política estricta, de limitación de la entrada de trabajadores inmigrantes y de su asentamiento o integración social. Evidentemente, sí se ha producido una mejora en la situación del contrato de trabajo celebrado con un trabajador sin permiso, se ha mejorado notablemente el régimen jurídico del artículo 9.2 LET, pero no se ha cambiado la situación de partida. No se puede regular un sistema de autorizaciones administrativas sometidas al cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades y, en último término, pendientes de la discrecionalidad de la Administración, si se quiere que la ausencia de tales permisos carezca de consecuencias en el plano de la contratación. La regulación de un sistema de autorizaciones conlleva necesariamente la consecuencia de su influencia en el contrato de trabajo, y esa consecuencia sigue siendo la nulidad de éste en el ordenamiento laboral español, porque ni la vigente ley de extranjería, ni ninguna otra norma establecen lo contrario.

La misma consecuencia se ha de predicar con respecto a la pérdida de la autorización, cuando el permiso ha caducado y no ha sido renovado o su renovación ha sido denegada. En este caso el contrato estará afectado de una nulidad sobrevinida desde la pérdida de vigencia del permiso, sin que por la misma razón quepa interponer una acción por despido y sin que proceda, por lo tanto, indemnización derivada de despido improcedente, aun a pesar de que en este caso la doctrina que afirma la validez del contrato haya encontrado un mejor amparo jurídico a



la existencia de despido, el despido por incapacidad sobrevenida derivado del artículo 52, a) LET: la pérdida de la autorización administrativa que habilita la válida concertación del contrato de trabajo no justifica un despido objetivo, sino que constituye una causa de nulidad sobrevenida de aquél<sup>27</sup>.



---

<sup>27</sup> Vid. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, op. cit., pp. 274-280.