



PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

POSICIÓN DEL EMPRESARIO ANTE LA DENEGACIÓN DE RENOVACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DEL INMIGRANTE TRABAJADOR

STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: El demandante, inmigrante no comunitario, que presta sus servicios para la empresa CONSTRUCCIONES GINSPA, SL. desde el día 4 de marzo de 2002, con la categoría de peón especialista, es despedido el 28 de noviembre de 2003. La empresa comunica al interesado que el motivo del despido es el escrito recibido de la Subdelegación del Gobierno de Girona en el que se pone en conocimiento del empresario la denegación de la solicitud del permiso¹ de trabajo solicitado, lo que, según la empresa, de acuerdo con la actual legislación laboral, hace imposible la continuación de la relación laboral. Se procede, de tal modo, a dar de baja al trabajador y a liquidar el mes en curso así como el finiquito correspondiente. Intentada la conciliación, sin efecto, el afectado reclama contra el despido ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Girona. La sentencia estima la demanda, declarando el despido improcedente y condenando a la empresa a que opte entre readmitir al trabajador o a proceder al pago de la indemnización que pudiera corresponderle, en ambos casos con abono de salarios de tramitación. Contra esta sentencia, CONSTRUCCIONES GINSPA, SL. interpone recurso de suplicación.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 11 de enero de 2005, desestima el recurso interpuesto por CONSTRUC-

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Se utiliza la terminología vigente en el momento del pronunciamiento del fallo. A partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, el término *permiso* queda sustituido por el de *autorización*.(Disposición Adicional Única).

IONES GINSPA, SL. contra el trabajador extranjero, confirmando la sentencia de instancia. Argumenta el justiciable que el motivo que legitimaría al empresario para despedir no es el que éste ha alegado (denegación de solicitud de permiso de residencia y trabajo), sino la causa del artículo 52 a) ET, esto es, la ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR
2. ANÁLISIS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 11 DE ENERO DE 2005
 - 2.1. Efectos del despido improcedente del trabajador inmigrante irregular
 - 2.2. ¿Es la pérdida de la autorización administrativa para trabajar *justa causa* para despedir?
3. CONCLUSIONES

1. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR

Los numerosos estudios que se han dedicado a analizar cuestiones referentes a la validez y los efectos del contrato de trabajo del extranjero no autorizado administrativamente para trabajar —materia que plantea muchas dudas, en parte aún sin resolver— no han prestado atención, o lo han hecho de soslayo, a la situación de aquél que estando inicialmente legitimado para celebrar un contrato de trabajo, esto es, aquél que se encuentra en una situación administrativa regular en el momento de la contratación, pierde, durante el transcurso de la relación laboral, este *status* por no obtener la renovación de las autorizaciones pertinentes.

En primer lugar, nos preguntamos, si en esta situación, el empresario estaría legitimado para poner fin a la relación laboral entablada. Y en caso de que así fuera, dudamos de cuál sería la justa causa de despido a la que podría aferrarse el empleador. El TSJ de Cataluña, en la sentencia de 11 de enero de 2005, que ahora comentamos, parece tener clara la respuesta al invocar la ineptitud del trabajador, sobrevenida con posterioridad a la celebración del contrato, como causa que va a permitir al empresario despedir objetivamente. La posición del Tribunal a este respecto merece, bajo nuestro punto de vista, un comentario que contenga reflexiones sobre el alcance de esta decisión.

De la misma manera, aunque ha sido una cuestión tratada por algunos, también nos parece oportuno recapacitar sobre la efectiva aplicación al trabajador «sin papeles» de las consecuencias derivadas de un despido improcedente, que es como el juzgador califica la extinción contractual decidida unilateralmente por la empresa CONSTRUCCIONES GINSPA, SL. Si, como ahora veremos, los cambios normativos, y la paralela evolución doctrinal en la interpretación de los mismos, han querido garantizar al trabajador irre-



gular el disfrute de sus derechos laborales y de Seguridad Social en las condiciones más próximas a un trabajador en situación administrativa regular, será congruente con esta filosofía reconocerles el derecho a ser indemnizados o readmitidos en caso de ser víctimas de un despido improcedente.

Recordemos que en el largo camino recorrido desde que, durante la vigencia de la Ley 7/1985, los tribunales mantuvieron que el contrato suscrito sin el permiso de trabajo merecía la calificación de nulidad² hasta nuestros días, en los que la intención de lucha contundente contra la economía sumergida y contra la perpetuación de las relaciones laborales irregulares ya existentes, da lugar al reconocimiento de derechos laborales y sociales a los que, *de hecho* aunque no *de derecho*, son prestatarios de servicios, debemos destacar el papel esencial que ha desempeñado la, ya casi histórica, STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002³.

La sentencia reconoció que la redacción del artículo 36.3 LOE establecía la plena validez contractual del contrato realizado con el trabajador extranjero, de tal forma que el alcance de todos los derechos derivados del contrato de trabajo se mantenía al mismo nivel que para el resto de trabajadores en España. Según el propio tribunal, el espíritu que subyace en el legislador es el de proteger a un trabajador extranjero perjudicado por la continua utilización de contrataciones irregulares que aprovechaban la coyuntura para evadir los deberes inherentes al contrato.

También significativa en la materia que nos ocupa, por ser muy concluyente —en cuanto que da plena validez al contrato del *sin papeles*— es la sentencia de ese mismo tribunal de 30 de mayo de 2002 (núm. 4188/2002), que consideró nulo el despido de una extranjera embarazada sin permiso de trabajo ni residencia que prestaba sus servicios en una empresa del ramo de la hostelería. La declaración de nulidad obligó a la empresa a readmitir a la trabajadora, pese a carecer de los correspondientes permisos, que ya habían sido solicitados, aspecto éste especialmente considerado por el tribunal.

² La conclusión a la que, de modo unánime, llegaron los tribunales no derivaba de la LO vigente, que nada establecía al respecto. Los jueces tomaban como referencia para su interpretación un antiguo antecedente normativo: el artículo 7 del Decreto de extranjería de 1968, que establecía que la validez del contrato quedaba *afectada* si no se concedía previamente el correspondiente permiso. La norma dejó de estar en vigor y fue sustituida por otras en las que nada se decía expresamente acerca de la validez o nulidad del contrato en tales casos; sin embargo, la jurisprudencia siguió aplicando los mismos criterios interpretativos.

³ El supuesto analizado por la sentencia es el de un extranjero que trabaja para una empresa de construcción, sin permiso de trabajo ni residencia y con un contrato que no ha sido formalizado por escrito. Es despedido verbalmente y decide interponer la demanda por despido. El Juzgado de lo social lo califica de improcedente y la empresa recurre en suplicación alegando, con amparo en la doctrina judicial, que el contrato suscrito con un extranjero que carece de permiso de trabajo es nulo.

No conocemos, sin embargo, sentencias *ejemplares* que se hayan pronunciado sobre los derechos del contratado en situación de regularidad que pierde la habilitación administrativa requerida para ejercer la actividad laboral en nuestro país. Quizás resulte trivial afirmar que si el inmigrante irregular mantiene los derechos derivados de un contrato de trabajo que se reputa válido y eficaz, también los mantendrá el que accedió a la condición de trabajador desde la regularidad administrativa, o sea, estando en posesión de las pertinentes autorizaciones para residir y trabajar.

El estudio del supuesto contemplado en la STSJ de Cataluña de 11 de enero de 2005 nos va a permitir inquirir en aspectos sobre los que la normativa vigente no se pronuncia expresamente.

2. ANÁLISIS DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 11 DE ENERO DE 2005

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia que comentamos, hace referencia a la doctrina del TS (STS de 29 de septiembre de 2003) así como a otras sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia en los que se analizan supuestos de trabajadores contratados por empresas sin las autorizaciones administrativas necesarias a los que la empresa decide rescindir el contrato. En todos los casos se reconocen a los trabajadores afectados los derechos derivados de una relación laboral válida. Sin embargo, el tribunal deja constancia de que la doctrina mayoritaria no puede aplicarse al caso enjuiciado porque el supuesto de hecho es sustancialmente diferente, ya que el contrato suscrito entra la empresa y el inmigrante era perfectamente legítimo en el instante en que se formalizó; será después, por circunstancias ajenas a la voluntad empresarial, cuando, ante la denegación de la solicitud de renovación del permiso de residencia y, por ende, del de trabajo, el trabajador deja de cumplir los requisitos que le permiten estar en situación de regularidad administrativa.

Esta circunstancia esencial lleva al Superior de Justicia a declarar improcedente el despido efectuado por la empresa, bajo la argumentación de que el no estar en posesión de la correspondiente autorización para trabajar no es causa tasada de despido y, por lo tanto, no es motivo *per se* de extinción de la relación laboral. Sin embargo, reconoce que el despido del trabajador inmigrante hubiera sido procedente si el empresario hubiese alegado como fundamento la ineptitud del trabajador, o sea, la causa de despido objetivo del apartado a) del artículo 52 del texto estatutario. De la posición del Tribunal nos surgen dudas que serían conveniente analizar en un doble plano.

En primer lugar, y partiendo del hecho de que el despido ha sido declarado improcedente, sería interesante indagar en los efectos que la decisión tiene para el afectado, dadas sus especiales circunstancias.



En segundo lugar, nos preguntamos si la ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación en la empresa sería justa causa para poner fin a la relación laboral de los que no obtienen la renovación de las autorizaciones administrativas exigidas desde la normativa de extranjería.

Veamos la problemática que cada una de las cuestiones suscita.

2.1. Efectos del despido improcedente del trabajador inmigrante irregular

Partiendo de que el despido efectuado por la empresa es declarado improcedente por no ajustarse a ninguna de las causas legalmente establecidas, sobre el trabajador afectado deberían recaer los efectos propios de un despido calificado de tal modo, puesto que la relación laboral rota se reputa válida y eficaz; esto es, bien el derecho a ser indemnizado en la cantidad que pudiera corresponderle, atendiendo al tiempo de servicios en la empresa (suma a la que se le añadiría los salarios de tramitación), bien el derecho a ser readmitido, opción que correspondería al trabajador, en caso de ser representante de los trabajadores, o al propio empresario, si no se dan estas últimas circunstancias.

Si bien esta posibilidad de opción se ve reducida en el caso de que el trabajador no ostente ningún cargo representativo, en el supuesto del trabajador inmigrante en situación de irregularidad administrativa sobrevenida, aún si se dan estas circunstancias las probabilidades de ser readmitido son inexistentes. La laguna legal que al respecto existe coloca al empresario en una difícil situación, pues, paradójicamente, a pesar de estar obligado a la readmisión por sentencia judicial, cometería una irregularidad administrativa si readmite al afectado⁴. Esta realidad hace que nos preguntemos si la interpretación que se hace de los contenidos vigentes de la normativa de extranjería está evitando la aplicación de reglas diferenciadas para trabajadores no comunitarios en su entrada al mercado de trabajo o en la salida del mismo o, por el contrario, el silencio legal fomenta indirectamente este tipo de prácticas.

Es cierto que un razonamiento coherente con la tesis de la validez del contrato de aquellos que han carecido *ab initio* de las correspondientes au-

⁴ Los efectos de la calificación del despido han sido objeto de comentarios por parte de la doctrina. *Vid.*, como ejemplo, las argumentaciones de BALLESTER PASTOR, «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: STSJ 14 y 30 de mayo de 2002», en Base de datos de *Actualidad Laboral*, Referencia XXVI, 2003 y LOUSADA AROCHENA/CABEZA PEREIRO, «Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares» *Aranzadi Social*, 7-8/2004, págs. 48 y ss.

torizaciones administrativas, nos acerca a una posible solución en estos supuestos específicos; solución que, aunque debe aplicarse con precaución, se haría eco del espíritu *integrador* que ha movido al legislador en la última reforma. Esta medida a la que nos referimos estribaría en posibilitar la regularización del extranjero cuando mediase una sentencia judicial que llevase a la readmisión. Por razones éticas no debe ser el trabajador contratado irregularmente el que deba soportar las responsabilidades y consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas sobre contratación. Además, la progresiva transformación normativa y, como resultado, la ya aludida evolución de las líneas judiciales y doctrinales, nos ha hecho plantearnos la posibilidad de que estemos asistiendo a la creación de una vía de regularización de inmigrantes indirecta, de hecho, —no prevista por la ley ni por el reglamento—, que encuentra su base en el tenor del artículo 36.3 LOE. No obstante, ante el silencio legal, las dudas sobre el futuro de los trabajadores afectados, sobre la probabilidad de obtener las autorizaciones pertinentes y, por ende, la regularización de su situación, nos han impedido ver con claridad esta vocación de integración o voluntad regularizadora ⁵.

También quizás, atendiendo a esa voluntad integradora a la que nos hemos referido, habría que evitar que el inmigrante que ha visto denegada su solicitud de renovación tuviera que soportar los efectos perversos derivados de un paradójico reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social y la paralela obligación de salir del mercado de trabajo, so pena de cometer una conducta infractora.

Sin embargo, hay que hacer una importante salvedad cuando nos referimos a estos casos concretos. No estamos hablando de inmigrantes contratados a pesar de carecer de las autorizaciones exigidas, sino de trabajadores en situación de regularidad administrativa que dejan de reunir los requisitos legalmente exigidos para mantener su derecho a residir y a trabajar en nuestro país ⁶. Y este hecho debe tenerse muy en cuenta pues, si bien habrá que ac-

⁵ De todas formas, conviene huir de los efectos perversos que una interpretación excesivamente amplia del precepto provocarían, y para ello nada mejor que tener presente cuál ha sido el ánimo, la intención última que ha movido la reforma de la normativa de extranjería: articular respuestas permanentes y efectivas al problema de la inmigración irregular. Y ello mediante una doble misión: de prevención, evitando el incremento de irregulares a través de mecanismos diversos y de lucha contra la economía sumergida, tratando de poner fin a la perpetuación de las relaciones laborales irregulares ya existentes, reconociendo derechos laborales y sociales a los que, de hecho aunque no de derecho, son prestatarios de servicios.

⁶ Recordemos que el artículo 35 de nuestra Carta Magna sólo reconoce el derecho al trabajo a los españoles. Es el artículo 10.1 LO 4/2000 el que, de manera explícita, establece que el derecho a ejercer una actividad remunerada se reconoce a los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en ella misma y en las disposiciones que la desarrollen; esto es, el derecho al trabajo sólo se otorga a los extranjeros que reúnan las condiciones de legalidad.

tivar mecanismos que permitan o faciliten la *integración formal o de derecho* de aquél que ya lo está de hecho (del que trabaja sin papeles) habrá que cuidarse muy mucho de dar segundas oportunidades a aquellos que no las supieron aprovechar.

Decimos esto porque atendiendo al tenor literal del nuevo reglamento de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre) las autorizaciones de residencia y trabajo se renovararán en el supuesto de que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende⁷, o cuando el inmigrante sea beneficiario de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial destinada a lograr su inserción social. (Art. 38.3 LO 4/2000).

Desde esta perspectiva, parece que la voluntad del legislador es la de mantener la regularidad de aquél que ya lo ha conseguido. En consecuencia, y bajo este prisma, los efectos negativos derivados de la no conservación de la situación deberían recaer sobre el trabajador inmigrante, por ser el responsable de su estado⁸. Esta afirmación no permite la duda, cuando el trabajador deja caducar la autorización, no cursando la solicitud en plazo⁹, pero la postura no debe ser tan concluyente en los supuestos de denegación. Y decimos esto porque el tratamiento que la normativa de extranjería hace de la denegación de la renovación no está suficientemente concretado ni en su redacción ni en su contenido¹⁰. La denegación de la renovación conlleva un aspecto *sancionador*, de castigo, por lo que hubiera sido deseable una enumeración de los supuestos denegatorios evitando, de este modo, la cierta discrecionalidad de la que ahora adolece el tratamiento de la materia¹¹.

⁷ En estos términos aparece redactado el artículo 54 del RD 2392/2004, de 30 de diciembre, dónde además se hace referencia a circunstancias concretas del trabajador como, por ejemplo, que haya trabajado durante seis meses en el año o incluso sólo durante tres meses. Además se hace especial mención a los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social, que no impedirán la renovación siempre que se acredite la realización habitual de la actividad.

⁸ Para TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrareforma de la Ley de Extranjería*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pág. 274, interpretando *a contrario sensu* el contenido del artículo 36.3 LOE, el contrato de trabajo, en caso de que caduque el permiso que le sirve de base o se deniegue su renovación, adolecería de nulidad sobrevinida, pues de la solicitud de renovación es responsable el trabajador.

⁹ Recordemos que, de acuerdo con el artículo 62 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, el extranjero que desee renovar su autorización de residencia y trabajo por cuenta propia deberá solicitarlo ante el órgano competente para su tramitación, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. También puede hacerlo dentro de los tres meses posteriores al vencimiento, si bien en este caso se puede incoar expediente sancionador por comisión de infracción.

¹⁰ *Vid.*, en este sentido, el comentario de ALONSO BURÓN en la obra de AA.VV. *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*. Ediciones Laborum. Murcia, 2004, págs. 47 y 48.

¹¹ Muestra de ello es la redacción *in fine* del artículo 54.9 del reglamento, al afirmar que en función de las circunstancias de cada supuesto, se valorará la posibilidad de renovar la

El legislador incluye como causa de denegación de las solicitudes de renovación el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos en el artículo 54 del reglamento de extranjería, ya citados *ut supra*, que exige, en primer lugar, la continuidad en la relación laboral o, en su defecto, haber trabajado durante un mínimo de tiempo durante un año (6 ó 3 meses) y contar con contrato de trabajo u oferta de empleo en el momento de la solicitud, aspectos que dependen en gran medida de los ofertantes de empleo y no del inmigrante. Asimismo se rechazará la renovación cuando concurren algunos de los supuestos previstos para la denegación de la autorización inicial para residir y trabajar, excepto el referente al análisis de la situación nacional de empleo. De manera que cuando las condiciones fijadas en el contrato de trabajo u oferta de empleo fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad, cuando el empresario no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización, o cuando en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, no procederá la renovación solicitada. Tampoco tendrá lugar cuando el empresario haya sido sancionado mediante resolución firme por infracciones muy graves o condenado por delito contra los derechos de los trabajadores o contra ciudadanos extranjeros.

Junto a estas exigencias, referidas al comportamiento o actitud del empresario, el legislador nos advierte que tampoco procederá la renovación si constasen antecedentes penales del trabajador inmigrante o éste careciese de la titulación exigida para el puesto de trabajo que pretende desempeñar, únicos requisitos que dependen del trabajador.

Bajo este panorama normativo, excepto cuando el motivo de denegación se refiere a las circunstancias personales o profesionales del inmigrante, en el resto de los casos la responsabilidad recae sobre el empresario, o sobre éste y las circunstancias laborales de un momento dado y, sin embargo, los efectos o secuelas incidirán exclusivamente en el trabajador inmigrante que, por circunstancias ajenas a su voluntad, perderá el *status* que adquirió, con todas las consecuencias anejas a esta nueva circunstancia, que se concreta en la imposibilidad de residir y trabajar en nuestro país desde la regularidad.

La no renovación de las autorizaciones coloca al inmigrante en la misma situación administrativa que el *sin papeles*, pero las consecuencias en su relación laboral pueden ser significativamente diferentes. Si bien en el

autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y que hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.



caso del no autorizado inicialmente para trabajar, el despido llevado a cabo por el empresario se reputará improcedente o, incluso nulo, en el supuesto que nos ocupa, el empresario, según argumenta la sentencia que comentamos, quedaría legitimado para despedir. Por ende, la posición del que inició su relación laboral sin estar autorizado adquiere la condición de *privilegiada* con respecto a la del que estando autorizado inicialmente no pudo conservar la regularidad.

La postura parece favorecer una práctica (intolerable) que beneficia a los incumplidores frente a los cumplidores, pues el que comenzó su relación laboral sin estar autorizado tendrá derecho a ser indemnizado e incluso, en su caso —conforme a la redacción del 36.3 y ulteriores interpretaciones— a ser readmitido, mientras que el que inició su trabajo con la autorización pertinente puede ver finalizada *justamente* su relación laboral si no consigue conservarla.

Es lo que fácilmente se puede deducir del pronunciamiento del TSJ de Cataluña en la sentencia que analizamos, al afirmar que el Estatuto de los Trabajadores contempla una serie de causas que se fundamentan en razones objetivas, por las cuales el empresario puede rescindir el contrato de trabajo, con las consecuencias legales inherentes a esa extinción; y, continúa diciendo, la pérdida de la habilitación administrativa para el ejercicio de la actividad laboral en nuestro país se incardinaría en la causa a) del artículo 52 ET.

La visión del Superior de Justicia merece una reflexión.

2.2. ¿Es la pérdida de la autorización administrativa para trabajar *justa causa* para despedir?

Las consecuencias contractuales derivadas de la denegación de la renovación de la autorización que habilita para trabajar ha sido objeto de tratamientos por parte de la doctrina judicial y científica desde hace años. Si bien las posturas han sido coincidentes en los supuestos de falta inicial de la autorización, cuando se trata de la caducidad o de la denegación no hay posiciones unánimes, aunque se pueden apreciar dos líneas de tendencia; por un lado la que abogó por la nulidad sobrevenida del contrato, y por otro la que propugnó que la falta de renovación constituía una causa de extinción del mismo, bien como causa *ope legis*, sin más, o bien tratándose de circunscribir a alguna de las previstas en el ET. Tales serían la expiración del tiempo convenido (Art. 49.1c) ET), las causas consignadas válidamente en el contrato (Art. 49.1b) ET), o incluso la fuerza mayor, para los supuestos de denegación de la renovación¹². No obstante, hay que dejar constan-

¹² Jurisprudencia y doctrina judicial se manifestaron en contra de considerar la denegación de la renovación como causa de fuerza mayor. *Vid.*, las citas de TARABINI-CASTELLANI,

cia que, ante la falta de convicción, un importante sector doctrinal¹³ abogó por la creación de una causa autónoma de extinción referida a la caducidad o a la denegación de la renovación de las autorizaciones exigidas. Para otros¹⁴, es fundamental distinguir entre la caducidad del permiso y la denegación de la renovación, ya que la primera circunstancia deviene de un acto omisivo del trabajador que legitimaría al empresario para despedir disciplinariamente al que ha vulnerado la buena fe contractual, mientras que en los casos de denegación, la causa extintiva se adaptaría a la situación prevista en el artículo 52 a) ET, la ineptitud sobrevenida de éste, posición no compartida por algunos¹⁵.

En el caso a analizar, la postura del tribunal es rotunda. Considera que, si bien el despido efectuado por la empresa es improcedente, pues el empresario basa su decisión extintiva en una causa inexistente (denegación de la autorización —antes permiso— para residir y trabajar), merecería la calificación de procedente si hubiera alegado la ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación en la empresa.

De la redacción literal del artículo 52 a) ET podemos afirmar que la ineptitud implica la ausencia en el trabajador de las condiciones necesarias para desempeñar el trabajo que le corresponde. Atendiendo a la Jurisprudencia¹⁶, la ineptitud se define como una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc...).

op. cit., pág. 278, que afirma que considerar que la denegación de la renovación constituye el expediente resolutorio de la autoridad laboral desnaturaliza de tal forma dicho expediente que supondría una creación de Derecho.

¹³ *Vid.*, como ejemplo, MOYA ESCUDERO, TRINIDAD GARCÍA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España. Una lectura a través de nuestra jurisprudencia*. Comares, Granada, 1993, págs. 97 y 98; y también, MOYA ESCUDERO, «Autorización para la realización de actividades lucrativas», en la obra de AA.VV. *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Comares. Granada, 2001.

¹⁴ *Vid.*, de nuevo TARABINI-CASTELLANI, *Reforma y contrarreforma...* cit., págs. 279-280.

¹⁵ Así, por ejemplo, FITA ORTEGA, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pág. 75, que considera que la falta de permiso (entiéndase autorización) no puede equipararse a una falta de capacidad, en el sentido que el legislador reconduce la ineptitud sobrevenida como causa de despido objetivo. BRIONES GONZÁLEZ, «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena. Un estudio del artículo 52 del ET». MTSS. *Colección informes y estudios*, núm. 13. Madrid, 1995, pág. 121 con cita de la escasa jurisprudencia en este sentido.

¹⁶ *Vid.*, por todas, STS de 2 de febrero de 1990 (Ar. 3937) y STS de 2 de mayo del mismo año que la define como «una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo».



Según doctrina reconocida¹⁷, la ineptitud puede derivar de diversos factores, ya sean de tipo formal, como puede ser la falta de titulación, o material, esto es, ausencia de habilidades, conocimientos o capacidad física o intelectual. Normalmente se trata de factores de contenido profesional que tienen como resultado la imposibilidad de realizar las tareas asignadas, con la consiguiente disminución del rendimiento.

¿Se dan estas circunstancias en el caso del inmigrante desautorizado para trabajar? ¿La denegación de la renovación disminuye su capacidad física o intelectual o su habilidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo? Evidentemente, en estos casos, no se podría alegar una ineptitud basada en factores materiales, dado que la falta de autorización no va a mermar sus facultades profesionales. No obstante, es frecuente entre los supuestos de ineptitud los derivados de la privación durante la vigencia del contrato de un título, permiso o autorización; así lo ha dejado sentado la jurisprudencia¹⁸. Quizás, atendiendo a esta línea, quedaría justificada la decisión del Tribunal. Sin embargo, la afirmación nos crea importantes dudas.

Analizando las posiciones de los tribunales, nos percatamos de que, en los casos analizados, la privación del título, o de la autorización implica la imposibilidad *de hecho* de realizar la prestación (caso del conductor que pierde el permiso de conducir) o la disminución evidente del rendimiento (supuesto del comercial que debe realizar desplazamientos en vehículo para desarrollar un aspecto imprescindible de su relación laboral, como es la visita de clientes, y se ve privado del permiso de conducir). También puede justificarse el despido, por falta de aptitud, de aquél que carece de la titulación que la norma exigió una vez iniciada la relación laboral; y ello porque para desempeñar las tareas encomendadas se necesita poseer una serie de conocimientos que se adquieren mediante la formación que ofrece la titulación.

Todos estos razonamientos difícilmente pueden aplicarse cuando hablamos de la denegación de la autorización para residir y trabajar del inmigrante. Máxime si, como ya dijimos, los motivos de denegación, en la ma-

¹⁷ Vid., como ejemplo, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ SAÑUDO/GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 2004, págs. 711 y ss.

¹⁸ La Jurisprudencia ha dejado sentado que es procedente el despido de un trabajador por causa de ineptitud al haber sido privado del permiso de conducir, cuando su puesto de trabajo era el de conductor (STS de 27 de octubre de 1983 —Ar. 5158—) o aún cuando, sin serlo, le era necesario para el desempeño de su actividad laboral (STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1999 —Ar. 875—). También se consideró procedente el despido por ineptitud de un trabajador que carecía de la titulación exigida por la norma legal con posterioridad al inicio de la prestación laboral (STSJ de Madrid de 6 de octubre de 1998 —Ar. 3869—).

yoría de los casos ¹⁹, no se deben a una previa actitud o comportamiento del trabajador afectado. En los casos en los que así fuera, ya sea por dejar caducar la autorización sin formular la solicitud, ya sea por incurrir en alguna de las razones de denegación imputables al mismo (antecedentes penales o carencia de la titulación exigida), podría quedar justificada la extinción de la relación laboral, pero no en base a la causa del artículo 52 a) ET.

Compartiendo ideas ya expresadas por la doctrina, el quebranto de la buena fe que debe presidir la relación laboral, fundamentaría el despido disciplinario de aquél que, por desidia o despreocupación, no solicita en tiempo la renovación de la autorización. La medida quedaría justificada si pensamos que la solicitud de renovación corresponde al trabajador y la caducidad coloca al empresario en una situación delicada, pues puede ser sancionado por contratar a trabajadores sin las correspondientes autorizaciones (Art. 54.1 d) LOE). En los otros supuestos, si la denegación tiene como base los antecedentes penales o la falta de titulación adecuada del trabajador, quizás podríamos referirnos a la falta de aptitud para desempeñar un puesto de trabajo que demanda las habilidades propias de la titulación que se exige y que el trabajador no posee, o a la ausencia de la integridad moral que el trabajo requiere; en definitiva, estamos hablando de una ineptitud para desempeñar las tareas inherentes al puesto de trabajo de que se trata, si entendemos esta *ineptitud* en un sentido amplio ²⁰, y esta interpretación nos permitiría convertir la causa de extinción del 52 a) ET en un *cajón de sastre* ²¹. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, para los supuestos de caducidad o denegación de la renovación, y dado que ninguna de las causas extintivas vigentes parece poder aplicarse, sin vacilaciones, a estos supuestos, el legislador debería haber previsto una causa autónoma de extinción, o mejor, debería haber previsto una solución que lograra conciliar los intereses de los afectados sin llegar a medidas tan drásticas. Cuáles serían estas pautas a seguir resulta ser la cuestión pendiente.

¹⁹ Se exceptúa el caso de constatación de antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español o carencia de la titulación específica exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación, cuando éstas sean necesarias.

²⁰ Para FITA ORTEGA, *op. cit.*, pág. 15, es difícil dotar de un contenido homogéneo y de una definición legal al concepto de ineptitud.

²¹ En este sentido se pronunciaba QUESADA SEGURA, «Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido», en *Temas Laborales*, 16/1989, pág. 48. También, de nuevo, FITA ORTEGA, *op. cit.*, pág. 90, que considera que el empleo que se ha venido haciendo del 52.a) ET supone una quiebra de la estricta interpretación del precepto. Considera que esta causa extintiva debe dejar de tener el carácter residual, de cajón de sastre, que la ha caracterizado y convertido en un motivo de extinción de los contratos sin causa definida.



No obstante, y dado que, hasta la fecha, buena parte de la doctrina judicial y científica abogan por el artículo 52 a), como motivo que justifica la terminación de la relación laboral en estos casos, sí convendría a la hora de su aplicación tener en cuenta una serie de apreciaciones; y ello por las consecuencias que pueden recaer en el trabajador inmigrante.

3. CONCLUSIONES

Siguiendo el espíritu que ha venido caracterizando la evolución legislativa, doctrinal y científica en el tratamiento de las consecuencias que la ausencia de las autorizaciones para trabajar provoca en la relación laboral del inmigrante, convendría reflexionar sobre la posibilidad de otorgar un tratamiento diferenciado a cada uno de los supuestos que darían lugar a una ausencia sobrevenida de las autorizaciones exigidas para residir y trabajar en nuestro país en una situación de regularidad administrativa. La caducidad de la autorización y la denegación de la renovación de la misma no deberían provocar los mismos efectos en el contrato de trabajo, ya que las causas que las provocan no son las mismas.

Mientras que la no solicitud de renovación demuestra una actitud negligente por parte del trabajador, merecedora de una sanción, que no tiene por que soportar su empleador, la denegación de la renovación, en la mayoría de las ocasiones, no sólo no obedece a una actitud poco diligente por parte del inmigrante, sino que ni siquiera depende de un comportamiento previo imputable al mismo. Cuando la no renovación tenga su causa en una conducta o en una situación dependiente del empresario, no resultaría ajustado a derecho hacer recaer el peso de esa negativa en el inmigrante.

Al igual que el legislador afirma que se valorará, *en función de las circunstancias de cada supuesto*, la posibilidad de renovar las autorizaciones de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena impuesta, habría que proponer soluciones intermedias que, por ejemplo, permitiesen al trabajador retrasar su solicitud de renovación en el supuesto de que se atisbe la posibilidad de no renovación por causa a él no imputable. De igual modo, se podría barajar también la posibilidad de dar segundas oportunidades a los que no han conseguido mantener su *status* de regularidad por denegación de la renovación por alguno de los supuestos del artículo 53.1 de la LOE, en concreto de los apartados c), d), e) f) y k).

Sólo una postura flexible puede ser congruente tanto con las tendencias de la doctrina en la interpretación de las previsiones normativas reguladoras de los efectos que la ausencia de autorización para trabajar produce en la relación laboral, como con el espíritu que inspira el desarrollo



reglamentario de la LOE y que se concreta en la intención de integrar a la población inmigrante a través del empleo²², tendencia que, por otra parte, sigue la política migratoria europea y que cuenta con un amplio consenso social. Idea que nosotros matizamos, defendiendo lo que sería deseable: integración social mediante la integración laboral, para evitar, de este modo, una idea equivocada, pero quizás arraigada, que considera que la inmigración en nuestro país es sólo de trabajadores de ida y vuelta, ignorando que los trabajadores inmigrantes son *personas trabajadoras* que, en muchos casos, desean instalarse en España con sus familias y que tienen necesidades sociales y limitaciones (trabajo precario, sobreexplotación, desempleo...) como cualquier ciudadano español.

²² La consecución de tal finalidad se articula mediante dos vías: las regularizaciones estructurales o extraordinarias (proceso de normalización) y permanentes (arraigo laboral y arraigo social), por una parte y, por otra, el reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social a los que trabajan *ab initio* sin las autorizaciones exigidas lo que, según alguna parte de la doctrina, (*Vid.*, los comentarios de CAMÓS VICTORIA, «Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar», *Relaciones Laborales*, 12/2004, págs. 60 y 61), que compartimos plenamente, tendría que derivar en el reconocimiento de un cierto *status* que permita al trabajador inmigrante continuar con su relación laboral, si así lo desea.