

Comunicación a la Ponencia Temática II

EXTRANJEROS, AUTORIZACIÓN
PARA TRABAJAR Y CONTRATO DE
TRABAJO ¿CAMBIOS SUSTANCIALES TRAS
LA LÖ 8/2000 DE REFORMA DE LA LO
4/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES
DE LOS EXTRANJEROS
EN ESPAÑA Y SU INTEGRACION SOCIAL?

María Teresa Igartua Miró
Doctora en Derecho
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN: EXTRANJEROS, DERECHO AL TRABAJO Y AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

Como es sobradamente conocido, la tramitación y aprobación final de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social¹ ha transitado por un complicado y azaroso periplo que se ha visto culminado con su temprana modificación (antes de cumplir un año de vida) a través de la LO 8/2000, de 22 diciembre². Son muchos los temas que la nueva regulación suscita, si bien nuestro objetivo es realizar un sucinto recorrido por la norma para destacar los rasgos

¹ BOE 12 enero de 2000. En adelante LOEx. Puede verse, Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?" (I y II), Revista La Ley nº 5063, 29 mayo 2000 y nº 5064, 30 mayo de 2000, pp. 1 ss; Patricia Orejudo Prieto de los Mozos; "El Régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social", Revista La Ley, nº 5080, 21 junio 2000, pp. 1 ss; José Asensi Sabater, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Editorial Edijus, 2000; Pablo Santolaya Machetti (Coord.); *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*, Lex Nova, Valladolid, 2000. Eduardo Rojo Torrecilla; "Luces y sombras de la política de inmigración"; José Antonio Moreno Díaz, "La nueva Ley de Extranjería: claroscuros de una reforma", ambas en Revista de Derecho Social nº 9 (2000), pp. 231 ss y 243 ss, respectivamente; José María Espinar Vicente, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2001; Carlos Esplugues Mota y Manuel De Lorenzo Segrelles, *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, 2001; Mercedes Moya Escudero (Coord.); *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001; Marcos Francisco Massó Garrote, "La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", Actualidad administrativa nº 11, 2001, pp. 241 ss.

² BOE de 23 diciembre de 2000 (c.e. BOE 23 febrero 2001).

principales del régimen jurídico de la autorización para trabajar exigida al extranjero que pretende realizar una actividad lucrativa en nuestro país, en su mayoría herederos directos de la normativa derogada, resaltando, en su caso, las novedades que introduce.

La exigencia al extranjero de una autorización administrativa para realizar una actividad lucrativa en nuestro país no es, como se sabe, un aspecto novedoso de la LOEx, sino elemento básico y típico del régimen jurídico tradicional en esta materia configurado como “un régimen de prohibición salvo autorización”³ cuyo mantenimiento es defendido por la doctrina, aunque de manera matizada⁴. Régimen jurídico convalidado en su día por el TC, que lo consideró adecuado al principio de igualdad y al art. 13 CE⁵, en una doctrina que hace depender la igualdad de trato en el ejercicio de los derechos por parte del extranjero del concreto derecho afectado. O, lo que es lo mismo, sostiene que los derechos constitucionales se reconocen a los extranjeros a un triple nivel: 1) derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); 2) derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la CE y la salvedad contenida en el art. 13.2); y 3) derechos cuya pertenencia a los extranjeros depende de lo dispuesto en los tratados y las leyes, siendo en tal supuesto admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a

³ STS (Social) 21. 12.1994, (RJ. 10349).

⁴ María Amparo Ballester Pastor y Angel Blasco Pellicer, “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *Justicia Laboral*, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 2/2000, p. 24. No ha faltado quien ha instado la eliminación del permiso de trabajo, cuya función puede ser perfectamente suplida por un adecuado sistema de control de entrada y permiso de residencia, vid. Vladimir Lamsdorff-Galagane, “Nuestra legislación de Extranjería. Algunas incongruencias”, en *Revista Tapia*, nº 101, 1998, p. 63. De la misma opinión es José Antonio Moreno Díaz, “La nueva Ley de Extranjería: claroscuros de una reforma”, *Revista de Derecho Social* nº 9 (2000), p. 245.

⁵ A tenor del cual “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Vid. Elisa Pérez Vera y Paloma Abarca Junco, “Artículo 13. Extranjería”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo II, Edersa, Madrid, 1997, pp. 183 ss. Puede verse, César Tolosa Tribiño, “El principio de igualdad ante la ley y los extranjeros en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 430, 16 marzo de 2000, pp. 1 ss.

su ejercicio⁶, con respeto del contenido esencial del derecho y siempre que las limitaciones no lo hagan impracticable, lo dificulten más de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección⁷. En esta última categoría quedaría incardinado el derecho del trabajo⁸ (reconocido en la carta magna únicamente a los españoles), por tanto, sometido a los requisitos exigidos por la LOEx y normas complementarias. De este modo, no parece existir obstáculo, al menos constitucional⁹, para la exigencia con carácter preceptivo de un permiso de trabajo, presupuesto hasta la fecha indispensable para la validez del contrato de trabajo del extranjero en España, al menos en la interpretación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria.

Para concluir, en relación al régimen jurídico de las autorizaciones para trabajar, la reforma operada por la Ley 8/2000 aun cuando comporta determinadas novedades de fondo¹⁰, acusa sobre todo notables mejoras de redacción que eliminan frecuentes imperfecciones técnicas y relevantes dudas de redacción del texto de la Ley 4/2000, aunque sin desterrar por completo las dificultades interpretativas y aplicativas. Novedades que tampoco son excesivamente relevantes¹¹, como veremos, en relación con el contenido en la LO 7/85, a la espera de lo que nos depare el futuro desarrollo reglamentario, esencial en aspectos como el que aquí se aborda. Esta

⁶ STC 107/1984, de 23 noviembre, seguida en algunos pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal, entre otros, STC 90/85, 150/94, 23 mayo, 130/1995, 11 septiembre y por el TS, STS (Contencioso-adv) 16.12.1997 (RJ. 9128).

⁷ Vid. Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op.cit.; p. 39.

⁸ Huelga decir que esta desigualdad de trato entre nacionales y extranjeros se circunscribe al momento de acceso al empleo que se hace depender de la obtención de un permiso de trabajo, cuya concesión da paso a un régimen jurídico caracterizado por la igualdad de derechos laborales.

⁹ María Fernanda Fernández López; “Contrato de trabajo de extranjeros”; Celsa Picó Lorenzo; “Derechos fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo del extranjero como derecho de configuración legal. Consideraciones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo”, ambas en *Extranjeros*, (Dir. Celsa Picó Lorenzo), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994 pp 227 ss y 15 ss, respectivamente. Asimismo, sobre el derecho al trabajo como derecho de configuración legal, vid. Luis Collado García; “El extranjero y el derecho al trabajo”, *Aranzadi Social* 1995-I, pp. 2216 ss; María Cristina Polo Sánchez; *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, CES, Madrid, 1994, pp. 111 ss.

¹⁰ No ha de perderse de vista que en este punto existió bastante consenso desde un principio entre las distintas fuerzas políticas.

¹¹ En esta línea, igualmente, C. TOLOSA TRIBIÑO, “Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería”, *RJ* nº 12, 2000, p. 75.

situación obliga a continuar aplicando el RD 155/1996, 2 febrero¹² (de desarrollo de la LO 7/85) en lo que no contradiga el tenor de la norma legal, como pone de manifiesto la propia DD LOEx, única fórmula que permite la tramitación de los documentos necesarios para que los extranjeros puedan legalizar su situación de entrada, estancia, permanencia o desarrollo de una actividad lucrativa en nuestro país.

2. ASPECTOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERMISO DE TRABAJO

2.1 Las autorizaciones para trabajar: significación jurídica y finalidad

Siguiendo las líneas tradicionales de nuestra regulación en la materia¹³ el art. 36 LOEx, dispone que *“los extranjeros mayores de dieciséis años, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar”*, cuya significación jurídica, como ha sostenido autorizada doctrina, se asemeja a una prohibición¹⁴ de concertar sus servicios de los traba-

¹² (BOE 23 febrero). En adelante, RELOEx. Desarrollo reglamentario que suscitó constantes críticas doctrinales pues, aunque supuso un avance sustancial en la mejora de la situación legal del inmigrante, en ocasiones resultaba ajeno a la LO del 85, llegando casi a contradecirla, lo que exigía, sin duda, una operación legislativa de mayor alcance, vid. Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 28 y 29. En la misma línea, Salomé Peña Obiol; “La exigencia de obtener el correspondiente permiso de trabajo y las excepciones a esta obligación”, II Jornadas andaluzas de Relaciones Laborales («Inmigración y Relaciones Laborales»), EURL, Granada, Septiembre 1999 (Ejemplar multicopiado), p. 169.

¹³ Hay que tener en cuenta que el ámbito de aplicación de las autorizaciones para trabajar viene referido a trabajadores sin la nacionalidad española, quedando exceptuados ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo (art. 1.2 LOEx -aptd. que ha desaparecido, de forma involuntaria, de la nueva redacción legal, error que debe ser subsanado a efectos de evitar posibles problemas-, aunque la aplicación del derecho comunitario queda salvado con la referencia a la aplicación de los tratados internacionales de los que España sea parte) que se rigen por la legislación comunitaria (resultando de aplicación la LOEx “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”). Asimismo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LOEx ex art. 2, el personal diplomático y consultar y los representantes de organizaciones Internacionales o funcionarios que queden excepcionados en virtud de la aplicación del Derecho Internacional.

¹⁴ En palabras del TS “El permiso de trabajo se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una autorización administrativa, en base a la cual se levanta la prohibición relativa de trabajar en España, impuesta a los extranjeros en una norma de policía” (STS (Social) 21.12.1994, RJ 10349).

jadores extranjeros, pero sólo se asemeja, en cuanto que puede ser exceptuada por una intervención pública que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, levante la prohibición; mecanismo con el que se palia la prevalencia absoluta de la contratación de trabajadores españoles¹⁵.

En el permiso de trabajo se refleja una clara voluntad de proteger la mano de obra nacional frente al peligro que supondría una avalancha masiva de extranjeros sin ejercer ningún tipo de control sobre ellos¹⁶.

2.2. Tipología de autorizaciones para trabajar

No aporta la LOEx un concepto de trabajador pero sí opta por una acepción amplia¹⁷, comprensiva de toda actividad lucrativa (por cuenta propia y ajena)¹⁸, sometida en ambos supuestos a la necesidad de una autorización para trabajar aun cuando con un régimen jurídico distinto. En coherencia con este primer planteamiento, se refiere indistintamente a autorización para trabajar y permiso de trabajo, distinguiendo respecto a este último, según se trate de habilitar la realización de trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena. De esta forma se elimina la distinción entre autorización para trabajar y permiso de trabajo, poniendo fin al escaso rigor técnico del legislador en el empleo de ambos términos en la redacción originaria de la LOEx, que había recibido críticas doctrinales. La parquedad en la regulación del permiso por cuenta propia (art. 37 LOEx) hace especialmente preciso el desarrollo reglamentario, a efectos de

¹⁵ María Fernanda Fernández López, “Contrato de trabajo de Extranjeros”, op. cit., p. 229.

¹⁶ María Cristina Polo Sánchez, *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, op. cit., p. 119. Idea a la que también apuntan Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; “La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?” (II), op. cit., p. 2.

¹⁷ Según el art. 68.2 RELOEx “se considerará trabajador extranjero, a efectos de aplicación del presente Reglamento a toda persona física que, careciendo de la nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena”.

¹⁸ La distinción entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia habrá de hacerse conforme a los criterios de la normativa laboral, así en la STS (Contencioso-advoc) 6.11.1997 (RJ.8192) se deniega el permiso de trabajo por cuenta ajena a trabajadora que pretendía desempeñar el puesto de directora económica financiera de una Sociedad Limitada de la que poseía la mitad de las acciones y era administradora de forma mancomunada con otro socio, supuesto en que estima el Tribunal que no concurre la nota de ajenidad y por tanto, no es un trabajo por cuenta ajena.

determinar su duración, concesión, condiciones de renovación y así sucesivamente. Se repite, por tanto, al menos así parece desprenderse del tenor literal de la norma (donde apenas se contemplan especialidades para el mismo) el tradicional sistema en que este permiso se regulará tomando como modelo al permiso por cuenta ajena¹⁹.

Aspecto a destacar y alabar de la nueva redacción legal es la desaparición de la ambigua referencia anterior a una autorización administrativa para trabajar distinta²⁰ (al menos eso parecía desprenderse del artículo) del permiso de trabajo, que debía solicitar y obtener el empresario con carácter previo a la contratación de un trabajador extranjero. Autorización de efectos inocuos para el contrato de trabajo, en la medida en que su falta parecía no invalidarlo, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas que pudieran proceder. La redacción actual, de forma algo más clara, prevé la obligación empresarial de obtener una autorización del Ministerio de Trabajo exclusivamente cuando pretenda contratar a un extranjero no autorizado para trabajar (otra solución y, concretamente, la doble autorización, carecería de sentido).

En esta materia resulta patente la importancia primordial que cobra el esperado desarrollo reglamentario al que se abren importantes espacios para determinar los tipos concretos de permiso y que, no obstante, habrá de respetar dos principios esenciales esta-

¹⁹ Se prevén regímenes especiales para los trabajadores de temporada y los transfronterizos. Respecto a los primeros, se ha resaltado (Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?" (II), op. cit., p. 3) el acierto legislativo de la escisión del permiso de trabajo para trabajadores de temporada (finalidad cumplida en la regulación anterior con el permiso de trabajo A), en tanto se hace eco de la diferencia representada por el desplazamiento a nuestro país del extranjero con intención de desarrollar temporalmente una actividad laboral y regresar a su país de origen a su término o, en su caso, volver la siguiente temporada, sin vocación de permanencia o arraigo en España; permiso que queda también al desarrollo reglamentario ex art. 42 LOEx. Respecto a los trabajadores transfronterizos (los que residiendo en la zona limítrofe desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente), situación poco frecuente por razones obvias, opta la LOEx por exigirles la obtención de la correspondiente autorización administrativa con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general (art. 43.1 LOEx), con una remisión íntegra al desarrollo reglamentario (art. 43.2 LOEx).

²⁰ Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?" (II), op. cit., p. 2, señalaban tres posibles interpretaciones a la difícil regulación legal, inclinándose por considerar que se trataba de una nueva autorización para los empresarios que contraten trabajadores extranjeros, independiente del permiso de trabajo de estos últimos, aunque no se especificaban aspectos básicos como la duración...ni se entendía bien su finalidad.

blecidos por la ley²¹: 1) *Duración de los permisos*: debe ser inferior a cinco años (art. 38.2 LOEx); el reglamento ha de especificar la duración concreta y, en su caso, de las posibles prórrogas, regulación reglamentaria donde sería de agradecer la simplificación de la tipología de permisos y la agilización en su concesión; 2) *Limitación a un determinado territorio, sector o actividad*: Esta posibilidad se prevé en la LOEx en relación a la concesión inicial del permiso, otorgándose posteriormente sin limitación alguna (art. 38.2 y 3 d) LOEx).

2.3. Caracteres

El importante giro representado por la nueva LOEx no impide que los caracteres básicos del permiso de trabajo coincidan con los enunciados tradicionalmente por la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión²²:

1. Naturaleza temporal: en principio, cualquier modalidad de permiso de trabajo tiene una duración determinada²³. Pese a que la LO 4/2000 hacía referencia al permiso de trabajo permanente, modalidad ya avanzada por el Reglamento del 96, la figura desaparece tras la reforma legal. Cabe, sin embargo, el acceso a la residencia permanente, situación que da derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los nacionales.

2. Vinculación con el permiso de residencia: Pese a la ausencia de referencia alguna en la Ley 4/2000 (en su redacción original) a la necesidad de obtener además de permiso de trabajo el de residencia, parte de la doctrina consideró que nos hallábamos ante un mero olvido del legislador (salvado por la LO 8/2000), resultando exigibles

²¹ Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?" (II), op. cit., p. 3, regulación que va a permitir (aspecto sumamente positivo) una simplificación de la tipología de los permisos de trabajo.

²² Luis Collado García, "El extranjero y el derecho al trabajo", op. cit., p. 2218.

²³ Es doctrina constante del TS el sostener que el trabajo de los extranjeros está sometido a un régimen de autorización administrativa previa que tiene tres notas básicas: 1) necesidad de contrato por escrito o compromiso formal de colocación; 2) vigencia limitada pero susceptible de renovación y nuevas concesiones y 3) posibilidad de que el extranjero permanezca en España, terminada la vigencia del permiso de trabajo, con permiso de residencia, busque otro empleo y solicite un nuevo permiso de trabajo -no está afectado, por tanto, este extranjero, de una imposibilidad absoluta para trabajar-. Entre otras, SSTs (Social) 25.9.1995 (RJ.6887); 21.9.1995 (RJ.6787).

ambos permisos ex art. 29.2 LOEx aunque no fueran coincidentes en cuanto a su duración²⁴. La parquedad legal respecto a la tramitación única de ambos permisos, hace que subsista la duda de si el reglamento conservará el tradicional sistema de documento unificado de trabajo y residencia²⁵ (como imponía expresamente el art. 15 LOEx del año 85). El sistema a adoptar debiera alcanzar una agilización, pues la excesiva burocratización actual ocasiona importantes perjuicios al trabajador²⁶.

3. Carácter discrecional en su concesión: Cuestión en absoluto pacífica en la doctrina judicial, pues no faltan pronunciamientos que estiman que nos hallamos ante una potestad reglada²⁷. De todas formas, la discrecionalidad ha sido matizada en múltiples ocasiones por la doctrina de la Sala 3ª TS, en relación con la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, la motivación de la decisión y el subsiguiente control judicial de la misma²⁸, en aras a la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa²⁹. Tampoco falta una posición intermedia que distingue en la

²⁴ Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op. cit., p. 32; María Amparo Ballester Pastor y Angel Blasco Pellicer; "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional", op. cit., p. 7. Por contra, para Patricia Orejudo Prieto de los Mozos; "El Régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social", op. cit., p. 2, a tenor del texto original de la LO, la concesión de permisos de trabajo no estaba condicionada a la posesión de un permiso de residencia.

²⁵ En la misma línea, Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?" (II), op. cit., p. 2.

²⁶ Sobre la práctica seguida en la tramitación de ambos permisos, bastante alejada de la tramitación simultánea y sus negativos efectos vid. Concha Aprell Lasagabaster, *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga y Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 143.

²⁷ SSTs 14.1.1998 (RJ.596) y 28.10.1997 (RJ. 7083). Para Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op. cit., p. 16, la administración ejercita una potestad reglada (ya que el extranjero quedará autorizado cuando cumpla los requisitos fijados por la norma), pero debiendo manejar conceptos de compleja valoración y motivar la decisión, en todo caso sujeta a revisión judicial.

²⁸ Para César Tolosa Tribiño, "El principio de igualdad ante la Ley y los extranjeros en España", op. cit., p. 3, cobra especial importancia el tema de la motivación (siendo de aplicación el art. 54.1 a) LRJ y PAC); motivación que facilita la impugnación del acto por el administrado con conocimiento de las bases en que se funda, al tiempo que permite y facilita el control jurisdiccional de la actividad administrativa, sin que el administrado se vea sumido en la indefensión que prohíbe el art. 24 CE. SSTs (Contencioso-adv) 13.7.1998 (RJ.6719); SSTs (Contencioso-adv) 11.5.1998 (RJ. 4314), 15.4 y 17.7.1997 (RJ.2862 y 6118), 5.12.1989 (RJ. 8739).

²⁹ SSTs (Contencioso-adv) 2.12.1997 (RJ. 8859), 10.6.1997 (RJ.5187). Como ha señalado el Alto Tribunal "la Administración Pública mediante la motivación de sus actos, ha de permitir comprobar que su actuación merece la conceptualización de objetiva, por adecuarse al cumplimiento de sus fines. Y

toma de decisiones por parte de la administración en este ámbito elementos reglados y discrecionales³⁰, sobre todo en relación a la renovación del permiso de trabajo.

2.4. Excepciones y régimen preferencial

A) Excepciones a la obligación de proveerse de permiso de trabajo

También en esta materia continúa la nueva LOEx con la tradicional previsión de una serie de supuestos en los que el extranjero queda exceptuado de la obligación de proveerse de permiso de trabajo, en especial en atención al tipo de actividad desempeñada. Sin embargo, tras la reforma desaparece la novedosa ampliación de las excepciones en la LO 4/2000 que incluía determinadas excepciones de orden subjetivo en virtud de la especial vinculación de determinados extranjeros con España que en la legislación anterior eran meras preferencias, régimen jurídico al que vuelve la norma reformada.

La excepción no exime de otras obligaciones legales, como la obtención, en su caso, del visado de entrada o el correspondiente permiso de residencia, ni opera de manera automática, pues es precisa la solicitud de reconocimiento de la excepción, tramitándose al efecto el oportuno expediente, recayendo resolución que reconozca o deniegue la procedencia de la excepción³¹.

Los supuestos de hecho motivadores de la excepción son ya tradicionales en nuestro ordenamiento (art. 40 LOEx), siendo no-

a estos efectos el requisito de motivación no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión" STS (Contencioso-adv) 13.7.1998 (RJ. 6719). En la misma línea, las de 5.12.1997 (RJ. 8862), 3.2.1998 (RJ.2083), 12.1.1998 (RJ.594), 5.12.1997 (RJ. 8862), 27.5.1997 (RJ. 4399). De forma explícita extiende la LOEx a los procedimientos administrativos en materia de extranjería los principios y garantías previstos en la legislación general sobre procedimiento administrativo, en especial en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia al interesado y motivación de las resoluciones (Art. 20. 2 LOEx).

³⁰ Por todas, SSTs (Contencioso-adv) 3.2.1998 (RJ.2084), elementos reglados entre los que se sitúa el procedimiento a seguir, los informes preceptivos a solicitar y demás datos a valorar; 15.7.1997 (RJ.6118); 29.4.1997 (RJ.3191); 30.7.1995 (RJ.6305), 7.12.1994 (RJ.9466).

³¹ El art. 41. 2 LOEx señala expresamente que reglamentariamente se establecerá el procedimiento para acreditar la excepción. Vid. al efecto la Orden de 8 de mayo de 1997, del Ministerio de Presidencia, por la que se dictan las normas generales y de procedimiento para el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener el permiso de trabajo (BOE 13 mayo) que continúa en vigor en lo que no contradiga la LOEx.

vedoso el recogido en la letra i) del aptdo 1 referida a los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales. Además, se incluye entre las "actividades" excluidas la de los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.

Quedan exceptuados, asimismo, los extranjeros que hayan obtenido la residencia permanente en nuestro país (art. 40.3 LOEx); conclusión lógica si tenemos en cuenta que la LOEx les reconoce el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles; obviamente el único significado coherente que puede darse a esta afirmación es la relativa a que tienen derecho de acceder al trabajo sin necesidad de tipo alguno de permiso o autorización, en la medida en que resulta patente que la igualdad de trato en el desempeño del trabajo corresponde a cualquier extranjero una vez obtenido el permiso de trabajo.

La LO 4/2000 incluía entre los sujetos exceptuados de la obligación de proveerse del correspondiente permiso de trabajo a los extranjeros casados con española o español y no separados de hecho o de derecho, supuesto que, subsanado el error inicial, desaparece tras la reforma legal en la medida en que se les aplica la libre circulación de trabajadores por formar parte de la unidad familiar de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea³². No están, por tanto, necesitados de permiso de trabajo ni, por ello mismo, de un régimen preferencial en su concesión o de excepción, sino sometidos a las formalidades exigidas en cuanto a entrada y residencia por la normativa comunitaria. Régimen comunitario que también resulta de aplicación a las personas que tengan a su cargo descendientes de nacionalidad española, supuesto que, sin embargo, la LOEx sigue incluyendo, simplemente, entre las preferencias en la obtención del permiso de trabajo.

³² Art. 2 RD 766/1992, 26 junio, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (modificado por RD 737/1995, de 5 mayo -BOE 5 junio- y RD 1710/1997). Incongruencia legal que no había pasado por alto a la doctrina, vid. Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op. cit.; p. 59; Patricia Orejudo Prieto de los Mozos; "El Régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social", op. cit., p. 4.

B) Régimen de preferencia en la obtención del permiso de trabajo

Una de las novedades de la LO 4/2000 era que prescindía de los regímenes preferenciales en la concesión del permiso de trabajo (antiguo art. 18.3), recogiendo confusamente algunos de los tradicionales supuestos preferenciales entre las excepciones al contingente de mano de obra e incluyendo otros entre las excepciones subjetivas al permiso de trabajo, a que nos hemos referido. Sin embargo, se ha vuelto al sistema tradicional contemplando determinados supuestos de preferencia en la concesión del permiso de trabajo (Art. 40 LOEx)³³, consistente en su concesión con independencia de la situación nacional de empleo³⁴. Será, no obstante, como hasta ahora, el reglamento el que desarrolle este régimen preferencial y su alcance. Además, se ha empleado como medida preferencial la reducción del período mínimo para el acceso al permiso de residencia permanente (art.32.2 LOEx)³⁵.

Los supuestos contemplados en la LOEx en esencial coinciden con los previstos en la regulación del año 85, con algunas matizaciones. Se reconoce este régimen jurídico a los extranjeros que obtengan el permiso de residencia por el procedimiento previsto en el art. 31.3 de la presente Ley (extranjeros que obtuvieron tal permiso y no lo pudieron renovar o aquellos que acrediten permanencia continuada en territorio español por un período mínimo de cinco años). Este permiso, de duración anual, se configuró en la redacción original de la LO 4/2000 como un permiso de trabajo especial, renovable caso de mantenerse las mismas circunstancias, aspecto que seguramente sigue siendo aplicable a pesar del silencio legal.

Definitivamente parece desaparecer cualquier trato especial o preferencia a extranjeros en los que concurren determinados lazos o

³³ Puede verse la Orden de 25 febrero 1998, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se fijan los requisitos y el procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencia, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo, que no ha sido expresamente derogada.

³⁴ Entre otras, STS (Contencioso-advo) 6.5.1997 (RJ.4392).

³⁵ A tenor de dicho artículo "Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España".

vinculaciones especiales con nuestro país tales como los iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y personas originarias de la ciudad de Gibraltar³⁶, tras los sucesivos recortes producidos en la LOEx del año 85 y en los ulteriores desarrollos reglamentarios³⁷, criterio ratificado por la jurisprudencia que sostiene la inexistencia de régimen preferencial³⁸.

2.5. Tramitación-concesión y renovación de los permisos de trabajo

A) Concesión inicial del permiso de trabajo

La concesión³⁹ inicial del permiso de trabajo sigue haciéndose depender de la existencia de un contrato u oferta de trabajo⁴⁰ como se deriva, sensu contrario, del art. 38.3 LOEx (en referencia a la re-

³⁶ Pese a las importantes connotaciones políticas que conlleva el pronunciarse sobre la aplicación del régimen comunitario a los ciudadanos de Gibraltar, esta parece ser la opción legal, así lo ha estimado solvente doctrina, vid. Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op. cit., p. 70.

³⁷ La LO 7/85 fue objeto de importantes críticas en la medida en que limitaba bastante este régimen especial que, pese a no desaparecer quedaba restringido a meras "preferencias", vid. Alvaro G. Redondo Hermida, "Comentarios laborales a la Ley de Extranjería", op. cit.; p. 788. In extenso, Margarita Isabel Ramos Quintana, *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pp. 101 ss.

³⁸ En esta línea, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos; "El Régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social", op. cit., p. 2, considera que la situación de práctica asimilación de estos nacionales con el resto de extranjeros puede remediarse por medio del desarrollo reglamentario, considerando que el régimen específico previsto en el art. 30.2 LOEx podría estar pensando en estos supuestos. No obstante, sigue subsistiendo el régimen especial a los chilenos y peruanos como consecuencia de los convenios de amistad y cooperación suscritos entre España y tales países, ya que la LOEx salva la aplicación de los Tratados Internacionales suscritos por España. Régimen que el TS identifica con la concesión obligatoria del permiso de trabajo reconocido por el Tratado, no denunciado ni afectado por la LO 7/85. Entre otras, SSTS (Contencioso-advo) 15.9.98 (RJ. 6916), 13.2.1996 (RJ.1118); 22.12.1995 (RJ. 9684); 25.2.1992 (RJ. 1034); 23.2.1991 (RJ. 1364); 9.11.1990 (RJ.8486), 7.7.1990 (RJ. 5815), 21.5.1990 (RJ. 4003).

³⁹ La concesión del permiso de trabajo se condicionará a la tenencia y homologación (si es necesaria) del título si este es exigido para la profesión que pretenda desempeñar el extranjero y, asimismo, a la colegiación si es exigida legalmente (vid. Art. 36.2 LOEx). SSTS (Contencioso-advo) 5.12.1997 (RJ.8831) y 3.7.1998 (RJ.6093).

⁴⁰ Aun cuando la doctrina se hizo eco del posible perjuicio para el trabajador extranjero y los españoles de la concesión del permiso de trabajo en base a un compromiso formal de colocación que impide el control de las condiciones de trabajo impuestas al extranjero; Juan Cardona Torres; "Incidencia de la Ley Orgánica de Extranjería en el régimen jurídico laboral de los inmigrantes en España", Revista Jurídica Española La Ley, 1985-4, p. 1190, Margarita Isabel Ramos Quintana; *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., p. 73, con él, como es sabido, se intenta facilitar el acceso al permiso de trabajo, debido a las dificultades que acarrea la celebración de un contrato de trabajo cuando la prestación laboral no puede iniciarse hasta la obtención del correspondiente permiso de trabajo.

novación). Básicamente, a tenor de la LOEx, son dos los criterios, habituales en nuestra normativa⁴¹, a utilizar en la concesión inicial del permiso de trabajo: la situación nacional de empleo (art. 38.1 LOEx) y el principio de reciprocidad, en base al cual se podrán aplicar criterios especiales para determinadas nacionalidades (art. 36.4 LOEx)⁴².

En relación con la **situación nacional de empleo**, existe una sólida doctrina jurisprudencial que la interpreta de forma restrictiva, pues lejos de hallarnos ante una potestad absolutamente discrecional de la Administración, la negativa a la concesión del permiso exige la justificación en una concreta situación de hecho⁴³, tal como la existencia de españoles demandantes de empleo para esa concreta actividad⁴⁴; doctrina judicial que no debiera ser ignorada por el desarrollo reglamentario⁴⁵.

La solicitud del permiso, la instrucción y tramitación del expediente se realizará conforme a las disposiciones reglamentarias (actualmente el RD 96), que especifican la documentación necesaria, requisitos y criterios.

⁴¹ Entre otros, Margarita Isabel Ramos Quintana; *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., p. 79; Luis Collado García, "El extranjero y el derecho al trabajo", op. cit., p. 2223.

⁴² Respecto al permiso por cuenta propia la doctrina ha manifestado su sorpresa por la ausencia de referencia legal a las circunstancias a valorar en orden a la concesión o denegación de la correspondiente autorización, mientras que en la LOEx del año 1985 se exigía que la actividad a desempeñar conlleva condiciones favorables a la creación de empleo y riqueza. La inadecuación de las posibles interpretaciones que origina esta situación de silencio legal (concesión automática una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada o la discrecionalidad absoluta en la concesión) exigen algún criterio reglamentario, nunca alejado del peligro de incurrir en previsiones extra legem, en este sentido, Pilar Charro Baena y José María Ruiz de Huidobro; "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?" (II), op. cit., p. 3. También el TS ha exigido la motivación de la resolución denegatoria del permiso de trabajo con relación a los criterios de valoración para la concesión-denegación contenidos en el reglamento; vid. SSTS (contencioso-advo) 12.1.1998 (RJ.594), 15.7.1997 (RJ.6223), 19.12.1997 (RJ. 8958).

⁴³ STS (Contencioso-advo) 24.9.1996 (RJ. 6799). En la misma línea las de 7 marzo 1991 y 22 noviembre 1990 (RJ. 2183 y 9697).

⁴⁴ Así, entre otras, la STS (Contencioso-advo) 3.7.1998 (RJ.6093); La doctrina judicial exige acreditar la existencia de desempleados demandantes de empleo para el puesto concreto para el que se solicita el permiso de trabajo, SSTS (Contencioso-advo) 23.3.1998 (RJ.2864); 30.1.1998 (RJ.850); 14.1.1998 (RJ.597); 5.12.1997 (RJ.8862); 18.7.1997 (RJ.6227); 29.4.1997 (RJ.3196); 16.5.1995 (RJ.4138).

⁴⁵ Patricia Orejudo Prieto de los Mozos; "El Régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social", op. cit., p. 4.

B) *Renovación del permiso de trabajo*

Regula la LOEx una serie de supuestos de renovación⁴⁶, prácticamente automática, del permiso de trabajo a su expiración⁴⁷. El permiso de trabajo se renovará si: a) Persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial⁴⁸, o se cuenta con una nueva oferta de empleo, en los términos que se establezcan reglamentariamente, supuesto en los que no procede la valoración de la situación nacional de empleo (ex art. 38.1 LOEx); b) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva de desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación. Se pone fin de esta forma a una larga polémica (en línea con las ideas avanzadas doctrinalmente)⁴⁹ respecto al derecho del trabajador extranjero sin permiso de trabajo a prestaciones por desempleo, pues suscitaba duda si podía incluirse entre los que quieren y "pueden" trabajar, requisitos expresamente exigidos por la normativa de desempleo; si, en principio, la jurisprudencia mayoritaria consideraba que no podía ser receptor de tales prestaciones, posteriormente se fue abriendo una corriente favorable a su reconocimiento⁵⁰; c)

⁴⁶ La solicitud de renovación, frente a la regla general prevista en la DA 1ª. 1 LOEx, y conforme al nuevo régimen del silencio administrativo tras la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/92, se resolverá y notificará en el plazo máximo de tres meses, transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que ha sido concedida. Vid. La Circular nº 29/98, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de fecha 13 noviembre 1998, sobre los criterios para la renovación de los permisos de trabajo, en la que se considera como regla general la renovación y como una excepción la denegación, reservada únicamente a casos plenamente justificados. Se prescribe, además, que las circunstancias previstas en el art. 78.2 RELOEx han de ser valoradas de forma conjunta por la autoridad laboral, no debiendo considerarse las mismas de forma acumulada o excluyente, sino más bien de forma ponderada o alternativa, ya que no se trata de requisitos sucesivos a cumplir necesariamente, sino de elementos a valorar.

⁴⁷ Como regla general, se ha venido exigiendo la solicitud de renovación un mes antes del vencimiento del permiso, convirtiéndose la solicitud extemporánea en una nueva concesión, aunque se haya disfrutado ya de un permiso de trabajo; vid. entre otras, STS (Contencioso-adv) 12.1.1998 (RJ. 594).

⁴⁸ La falta de acreditación por parte de la administración de la concurrencia de modificaciones de las circunstancias que motivaron la primera o anterior concesión justifican que se considere improcedente la denegación de renovación del correspondiente permiso, vid. STS (Contencioso-adv) 3.2.1998 (RJ. 2084). La renovación del permiso es automática si persisten las circunstancias que motivaron su concesión; si éstas varían debe procederse a una nueva expedición, no renovación, según la STS (Contencioso-adv) 28.10.1997 (RJ. 7083).

⁴⁹ Problema que había subsanado el RD 155/1996 a través de la renovación automática del permiso de residencia por el tiempo de duración de la prestación contributiva de desempleo (art. 59.2).

Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social y laboral durante el plazo de duración de la misma; d) Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente⁵¹.

3. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN AUSENCIA DE PERMISO DE TRABAJO

La LOEx de forma expresa tipifica, como es sabido, la prestación de servicios del extranjero que carece de permiso de trabajo como infracción administrativa pasible de la correspondiente sanción, régimen sancionador que se ha endurecido tras la reforma operada por la LO 8/2000; ahora bien, no es éste el aspecto que va a centrar nuestra atención, sino el de los efectos de la falta de autorización administrativa para trabajar sobre el contrato de trabajo, régimen que ha sufrido una importante alteración respecto a las consecuencias que una consolidada doctrina y jurisprudencia venían extrayendo de la LOEx del 85 y normas precedentes, esto es, la nulidad del contrato.

Ante la ausencia de respuesta explícita por parte del legislador (situación que sufre un giro importante en la redacción definitiva de la LOEx), ha sido tradicional la discusión doctrinal y frecuentes los pronunciamientos judiciales acerca de los efectos o las consecuencias en el contrato de trabajo de la carencia de permiso de trabajo. De forma prácticamente unánime se ha considerado que la carencia de permiso acarrea la nulidad (ocasionalmente la anulabilidad) del contrato de trabajo⁵², aun cuando se haya alcanzado dicha conclusión a través de dos caminos radicalmente distintos⁵³. Por un lado,

⁵⁰ Sobre este tema, por todos, María Fernanda Fernández López; "Contrato de trabajo de Extranjeros", op. cit., pp. 236 ss. Vid. SSTs (social) 21.12.1994 (RJ. 10349), 21.9.1995 (RJ. 6787), 25.9.1995 (RJ. 6887).

⁵¹ En el RELOEx actualmente vigente se contemplan como tales situaciones como que el extranjero se halle en situación de baja por maternidad o accidente de trabajo o enfermedad profesional.

⁵² Solución que la jurisprudencia en ocasiones ha extendido a la celebración del contrato al amparo de un permiso o autorización no idónea para el trabajo a realizar, vid. Ballester Pastor y Angel Blasco Pellicer, "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional", op. cit., p. 32.

⁵³ Por todos, Margarita Isabel Ramos Quintana, *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., pp. 89 ss.

algunos autores y buen número de resoluciones judiciales, han estimado que la nulidad se produce por la falta de capacidad⁵⁴ que supone para el extranjero la carencia de permiso de trabajo, en la medida en que la remisión del art. 7 c) ET a la legislación específica se entiende hecha a la normativa en materia de extranjería⁵⁵. Por otro lado, de forma más acertada, la nulidad se ha atribuido a la vulneración del art. 6.3 Cc⁵⁶. Y, en ocasiones, la jurisprudencia, con escaso fundamento, ha conectado ambos razonamientos⁵⁷.

Se considera entonces que el contrato es nulo de pleno derecho⁵⁸, por tanto, la relación jurídica jamás llegó a nacer, refiriéndose

⁵⁴ SSTS (Social) 20.10.1986 (RJ.5859) y 2.11.1983 (RJ.5562). Solución por la que también se inclinan numerosas Sentencias de los Tribunales Menores, por todas, SSTSJ Canarias (Las Palmas) 19.4.1994 (AS. 1514) y 4.5.1995 (AS. 2059), STSJ Comunidad Valenciana 4.3.1998 (AS. 5640). Respecto a las reglas de capacidad por las que se rige la contratación del trabajador extranjero, la profesora Fernández López afirma con acierto que, en aplicación del Cc, serían las del país de que el extranjero sea nacional (art. 9.1), a salvo las prohibiciones específicas para trabajar que, por razones de orden público, se desprendan de la normativa española. vid. su trabajo, "Contrato de trabajo de Extranjeros", op. cit., p. 239.

⁵⁵ Resulta patente que, aun a pesar de la desafortunada sistemática del ET, al incluir la referencia al trabajo de los extranjeros entre las reglas de capacidad para contratar (art. 7 c) ET) no estamos ante una cuestión de esta índole sino ante la existencia de una prohibición legal que les impide la celebración de un contrato de trabajo sin sujeción a las previsiones de "la legislación específica sobre la materia", vid. María Amparo Ballester Pastor y Angel Blasco Pellicer, "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional", op. cit., p. 23. Coincidiríamos con quien ha afirmado que la regulación del ET supone que es un problema de capacidad lo que, en esa legislación específica, es un problema de permiso administrativo, por tanto, la referencia en este artículo al trabajo de los extranjeros (intitulado "capacidad para contratar") está mal situada, Fernando Suárez González, "Capacidad para contratar" (En torno al art. 7), p. 328. En el mismo sentido, Luis Gil Suárez, "Validez e invalidez del contrato de trabajo" (En torno al artículo 9), p. 357, ambos en REDT nº 100/2000 (El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después). Mercedes Moya Escudero, "Autorización para la realización de actividades lucrativas", en Mercedes Moya Escudero (Coord.); *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, op. cit., p. 201.

⁵⁶ Según el cual "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Tesis por la que se inclina Margarita Isabel Ramos Quintana, *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., p. 90. Asimismo, Luis Collado García, "El extranjero y el derecho al trabajo", op. cit., p. 2218. SSTS (Social) 1.6.1987 (RJ.4078), 23.2.1987 (RJ.1092), 23.2.83 (RJ.849).

⁵⁷ Así considera que "se trata de un contrato celebrado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 Cc en relación con el art. 7 c) ET". Vid. SSTS (Social) 21.3.1997 (RJ. 3391); 12.7.1990 (RJ.6104). Ciertamente, el razonamiento judicial incurre en el defecto, puesto de manifiesto por la doctrina, de mezclar confusamente causas de nulidad diferentes, concurrencia de causas de nulidad que no parece aceptable, tratándose de nulidad por contravención de normas imperativas y prohibitivas ex art. 6.3 Cc, vid. Luis Gil Suárez, "Validez e invalidez del contrato de trabajo", op. cit., p. 358. Asimismo, SSTSJ Andalucía (Málaga) 2.9.1992 (AS. 4282), Extremadura 14.7.1993 (AS. 3236).

⁵⁸ De nulidad radical la califican también algunos pronunciamientos judiciales, SSTS (Social) 28.4.1986 (RJ. 2258), 2.3.1984 (RJ.1507). Lo pactado entre las partes, en ausencia de permiso de trabajo, carece de virtualidad y eficacia según la STS (Social) 20.12.1982 (RJ.7872).

incluso a una "mera apariencia de contrato"⁵⁹; nulidad (por transgresión de una prohibición legal ex art. 6.3 Cc) que provoca, además de la ineficacia originaria del negocio, que no opere como causa de extinción del contrato de trabajo en la medida en que éste no ha nacido⁶⁰, activándose, sin lugar a dudas, la aplicación de las previsiones del art. 9.2 ET (derecho a la remuneración correspondiente al trabajo ya prestado como si el contrato fuese válido)⁶¹. De todas formas, existe cierta corriente jurisprudencial que proclama, con una argumentación jurídica más o menos acertada, que no existe nulidad de la relación laboral iniciada sin permiso de trabajo a no ser que exista denegación expresa o conste su no solicitud imputable al trabajador⁶², de este modo, si se concede posteriormente tras haber iniciado la relación laboral se "convalida" el trabajo prestado sin permiso⁶³.

⁵⁹ En palabras de Margarita Isabel Ramos Quintana, *El trabajo de los extranjeros en España*, op. cit., p. 87.

⁶⁰ Sobre esta materia, entre otros, José Manuel Almansa Pastor, "La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo", RPS nº 67, 1965, p. 49; Manuel Alonso García, "Nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1956, pp. 214 ss. También es criterio jurisprudencial reiterado el considerar que el cese del extranjero que carece de permiso no constituye despido, pues no puede extinguirse el contrato nulo, por tanto, no existe derecho a ser indemnizado ni a cobrar salarios de tramitación. Entre otras, SSTS (Social) 29.1.1990 (RJ.228), 27.11.1989 (RJ.8257); 11.12.1987 (RJ. 8890); 8.6.1987 (RJ. 4137), 20.11.1985 (RJ.5821), 30.10.1995 (RJ. 5246). Acorde con este planteamiento es la solución mayoritaria de la jurisprudencia consistente en el no reconocimiento de la existencia de despido ni, consecuentemente, derecho alguno a indemnización por extinción del contrato. En relación con este problema, puede verse Luis Collado García, "El extranjero y el derecho al trabajo", op. cit., pp. 2232-3, donde se considera que el cese del trabajador por extinción del permiso de trabajo debe ser tratada como una extinción del contrato -en la medida en que el efecto contrario deja a la voluntad empresarial la terminación del contrato-, aun cuando por la imposibilidad de los tribunales de imponer la continuación de la relación laboral en ausencia de permiso no cabe calificarlo de despido (con la posible opción por la readmisión), pero sí sería admisible una acción indemnizatoria frente a la empresa por daños y perjuicios.

⁶¹ A juicio de autorizada doctrina la norma legal afecta no sólo a la retribución, sino a todos los derechos que se derivan de las relaciones conexas a la relación laboral individual durante el tiempo en que ésta ha tenido existencia, vid. José Manuel Almansa Pastor, "La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo", op. cit., p. 64. STS (Social) 15.3.1991 (RJ. 1862). Los pronunciamientos de los Tribunales Menores aplican el art. 9.2 ET, señalando, asimismo, que la extinción no da lugar al reconocimiento de otros derechos económicos (indemnización ni salarios de tramitación), por todas, SSTSJ Andalucía (Málaga) 2.9.1992 (AS. 4282), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 9.10.1992 (AS. 4798), Madrid 14.12.1992 (AS. 6217), Extremadura 14.7.1993 (AS. 3236), Cataluña 2.9.1993 (AS. 3808), Cataluña 16.6.1994 (AS. 2578), Andalucía (Sevilla) 3.7.1998 (AS. 3498).

⁶² Sobre esta corriente judicial, sus ventajas y su fundamentación jurídica vid. María Fernanda Fernández López, "Contrato de trabajo de Extranjeros", op. cit., p. 234. Entre otras, vid. SSTSJ Cataluña 5.7.1993 (AS. 3548), 17.5.1994 (2077) y 26.4.1995 (AS. 1612), SSTS (Social) 15.3. 1989 (RJ. 2414) y 21.12.1994 (RJ. 10349).

⁶³ En sentido contrario, STS (Social) 21.6.1983 (RJ.3031).

En conexión con lo anterior, se ha suscitado el problema de la pérdida del permiso de trabajo, por denegación subsiguiente a su obtención, supuesto en que la contratación, en origen, fue perfectamente regular, aplicándose la técnica de la nulidad sobrevinida⁶⁴.

Frente a estas tesis mayoritarias, en ocasiones se han realizado construcciones que dogmáticamente llevan a admitir la validez del contrato de trabajo sin permiso, apoyando el rechazo de la nulidad del contrato⁶⁵ tanto en argumentos jurídicos como, sobre todo, en base a un argumento de tipo social: la protección de los extranjeros sin papeles frente a los abusos empresariales, conducta nada infrecuente que exige que la interpretación del texto legal no coloque al empleador en una situación ventajosa derivada del empleo irregular.

Esta interpretación, ya sostenida por una parte de la doctrina laboralista, resulta, sin lugar a dudas, facilitada a la luz de la nueva redacción del art. 36.3 LO 4/2000, que aun cuando con enigmática formulación que hace difícil calibrar su alcance, estima que "*La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero*".

Mientras que en la redacción original de la LOEx tan relevante consecuencia jurídica resultaba de aplicación exclusivamente a la autorización para contratos del empleador, la desaparición de esta figura, como vimos, tras la reforma legal, lleva a pensar en un giro importantísimo de la doctrina hasta hora mayoritaria. Esto es, el tenor literal de la norma, interpretado conforme a su espíritu y finalidad, como en ocasiones lo ha hecho la doctrina⁶⁶, lleva a entender

⁶⁴ Sobre esta cuestión, entre otros, María Fernanda Fernández López, "Contrato de trabajo de Extranjeros", op. cit., pp. 235 ss.

⁶⁵ Vid. Antonio Vicente Sempere Navarro, Prólogo al libro de Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op. cit., p. 18. Por la tesis de la validez del contrato se pronunció en su día A.G. REDONDO HERMIDA, "El contrato de trabajo de extranjeros sin permiso", AL 1985-I, pp. 1265 ss.

⁶⁶ María Amparo Ballester Pastor y Angel Blasco Pellicer, "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional", op. cit., p. 31. En relación con las previsiones de la LO 4/2000 que preveía estos efectos para la ausencia de la autorización empresarial se ha sostenido la validez del contrato en tanto que "los términos del texto son taxativos y no ofrecen problemas interpretativos", Pilar Charro Baena; *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, op. cit., p. 144.

que en la medida en que la ausencia de autorización (la única prevista en el texto legal) no invalida los derechos del trabajador extranjero, el contrato de trabajo sigue siendo válido⁶⁷ y surte plenos efectos entre las partes. El mejor argumento para apoyar esta conclusión se halla en el propio art. 6.3 Cc que demanda atender a los concretos efectos previstos por la norma para el supuesto de contravención y la LOEx prevé, como tradicionalmente, la sanción administrativa pero, junto a ello, declara la validez de todos los derechos del trabajador extranjero⁶⁸. El tema más complejo, en el que no nos vamos a detener por razones de tiempo y espacio es el del alcance que haya de dar a la referencia legal, o lo que es tanto como decir averiguar a qué derechos se extiende la validez. En gran medida, habrán de ser los Tribunales del Orden Social los que elaboren una doctrina en este sentido y, por ello, tendremos que esperar a ver hacia dónde evoluciona la aplicación judicial de la norma. No obstante lo anterior, y pendiente de una necesaria reflexión ulterior más pausada, somos partidarios de una interpretación amplia de la prescripción normativa, de forma que viene a afectar a todos los derechos del trabajador derivados del contrato de trabajo, recurriendo al conocido brocardo jurídico de que "donde la ley no distingue no le es dable distinguir al intérprete". Ello incluiría a aquellos derechos de tipo económico nacidos como consecuencia de la extinción del contrato trabajo, el tema que más problema ha acarreado en la práctica aplicativa.

⁶⁷ De esta opinión era ya, en relación con la redacción original de la LO 4/2000, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos; "El Régimen de extranjería según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social", op. cit., p. 4.

⁶⁸ Por contra, para Mercedes Moya Escudero, "Autorización para la realización de actividades lucrativas", en Mercedes Moya Escudero (Coord.); *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, op. cit., p. 218 "debe entenderse que la relación laboral surtirá los efectos de un contrato válido respecto a los derechos del trabajador, pero la falta de permiso sigue invalidando el contrato y su caducidad lo seguirá extinguiendo".