

Francisco García-Calabrés Cobo

# Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios

estudios y monografías [3]

RÉGIMEN LABORAL  
DE LOS TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS

# Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios

Francisco García-Calabrés Cobo



Sevilla, 2006



JUNTA DE ANDALUCÍA  
CONSEJERÍA DE GOBERNACIÓN

estudios y monografías [3]

La Consejería de Gobernación, consciente del valor añadido que para una sociedad libre y moderna tienen los trabajos de investigación y divulgación de materias como las que esta obra trata, promueve un conjunto de ayudas para posibilitar la publicación de cualquier texto que se considere de interés para la comunidad, pero no comparte necesariamente las opiniones o juicios de valor que los autores plasman en sus obras.

Edita: Junta de Andalucía.  
Consejería de Gobernación.  
Dirección General de Coordinación  
de Políticas Migratorias

© Francisco García-Calabrés Cobo  
© de la presente edición: Junta de Andalucía

Diseño gráfico, Estudio Manuel Ortiz  
Maquetación, Yokasta Báez  
Impresión y encuadernación, Coria Gráfica

Dep. Legal: SE-6321-2006  
ISBN: 84-690-2809-X  
Impreso en España

El fenómeno migratorio actual está estrechamente relacionado con la actividad económica y, por tanto, con el trabajo. Efectivamente, ante condiciones de vida adversas, los individuos, y aun las poblaciones, migran en busca de mejores horizontes para ellos y sus familias, en lo que se identifica cotidianamente con la inmigración.

Siendo las migraciones impulsadas por la necesidad de superar condiciones de vida adversas, no es menos cierto que hay otra migración relacionada con la vida laboral que es menos visible, y que incluso no relacionamos habitualmente con el fenómeno migratorio, como es el caso de los extranjeros comunitarios y en general de países desarrollados. Teniendo en cuenta de entrada esta distinción, el autor aborda sistemáticamente el derecho de extranjería en relación con la diversidad de situaciones en las que pueden encontrarse las personas que han migrado desde distintos países no comunitarios y en circunstancias diversas para desarrollar su vida laboral en España.

A partir de esa condición de trabajadores se articulan diferentes respuestas normativas en la regulación de las relaciones laborales. Pero si el fenómeno de la inmigración, aun siendo su base fundamentalmente económica, es sumamente complejo, esta misma variedad de contextos nos lleva también a una multiplicidad de situaciones distintas. Inevitablemente, el marco legal que responda a esta diversidad ha de ser, por consiguiente, igualmente complejo.

Abordar sistemáticamente esa diversidad, desde una óptica que sin abandonar el rigor de la disciplina científica lo haga desde el contexto y desde las personas, es una gran aportación que sin duda los lectores reconocerán en esta

obra de Francisco García-Calabrés Cobo, *Régimen laboral de los trabajadores extracomunitarios*, con la que se alcanza el número 3 de la colección de Estudios y Monografías en materia de migraciones.

Esta sistematización de la regulación legal de las relaciones laborales de los trabajadores extracomunitarios comprende no sólo los regímenes a los que pueden acogerse estos trabajadores. También se estudia desde el marco legal nacional e internacional de la inmigración, las autorizaciones de trabajo especiales y los procesos de regularización, hasta el régimen de las infracciones y sanciones en el derecho laboral español.

Sin duda esta monografía servirá de referencia para los que, desde la dedicación voluntaria o profesional, se esfuerzan para que la integración en nuestra sociedad de los trabajadores y sus familias que han migrado se realice de manera óptima no sólo en el ámbito de la cultura, la educación o la salud, sino también en el laboral.

*Teresa Bravo Dueñas*

Directora General de Coordinación de Políticas Migratorias

# índice

---

I. CONCEPTO DE TRABAJADOR EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO	13
Definición académica y etimológica	15
Conceptos en la normativa internacional	15
Concepto normativo español	17
El <i>tertium genus</i>	19
El concepto parcial de los tratados bilaterales	22

---

II. MARCO LEGAL DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA	25
Precedentes legales	27
Los derechos laborales de los extranjeros en la Constitución y en la Ley de Extranjería	31
Tutela penal	53

---

III. MARCO LEGAL INTERNO E INTERNACIONAL	55
El artículo 36 de la Ley de Extranjería	57
Resolución 45/158 de Naciones Unidas	62
Convenios bilaterales suscritos por España	69

---

IV. AUTORIZACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL	73
Concesión inicial	75
Renovación y modificación de la autorización de trabajo	112

V. AUTORIZACIONES DE TRABAJO ESPECIALES	125
Residencia temporal y trabajo de duración determinada	127
Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios	134
Autorizaciones de trabajo para estudiantes, asilados, apátridas, menores y extranjeros con residencia por circunstancias excepcionales	141
<hr/>	
VI. CONTINGENTE	165
Concepto y fundamento	167
Antecedentes y evolución	168
Principios	179
Contenidos	180
Elaboración	182
Procedimiento y gestión	183
Visados	193
Coordinación y seguimiento	194
Visados de búsqueda de empleo	195
El Contingente del año 2006	200
<hr/>	
VII. EXCEPCIONES A LA AUTORIZACIÓN PREVIA PARA TRABAJAR	205
La cualificación profesional y tipo de actividad	207
Las circunstancias personales	211
La situación administrativa	212
<hr/>	
VIII. REGULARIZACIONES EXTRAORDINARIAS	215
Importancia y necesidad	217
Cuestionamiento	217
Antecedentes	218
Proceso de normalización	224
<hr/>	
IX. CONTRATO DE TRABAJO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO	
EXTRACOMUNITARIO SIN AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR	233
Importancia	335
Antecedentes	236
Nueva regulación normativa: L. O. 8/2000 de reforma de la L. O. 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social	241
Derechos sustantivos derivados del contrato	242
El derecho vigente: la L.O. 14/2003 de 20 de noviembre	243
Un nuevo <i>status</i>	253



X. RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL DERECHO LABORAL	257
Planteamiento	259
Evolución normativa	260
Legislación actual	266

---

BIBLIOGRAFÍA	281
--------------	-----



«...es lo mismo que un nublar de tiniebla  
y pederná. Es un potro desbocao que no sabe  
a donde vá...»

Esta publicación es una parte de la tesis doctoral que bajo el título «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena para extranjeros no comunitarios en España» fue defendida en la Universidad de Córdoba el día 13 de octubre de 2005, obteniendo la calificación de sobresaliente «cum laudem», y siendo actualizada a marzo de 2006. Suprimiéndose del estudio inicial, por razones editoriales, los capítulos referentes al análisis de la inmigración en la Unión Europea, convenios bilaterales, así como la referencia a la normativa comparada, además de la introducción y las conclusiones finales.



## I CONCEPTO DE TRABAJADOR EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO



## DEFINICIÓN ACADÉMICA Y ETIMOLÓGICA

Si acudimos a la definición más ortodoxa de extranjero, que es la que nos puede venir de la Real Academia Española<sup>1</sup> se entiende como tal «el natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra». Acudiendo a las fuentes doctrinales del Derecho Internacional Privado, tradicionalmente se ha venido definiendo la nacionalidad como la cualidad, o estatuto o condición de miembro de una comunidad política<sup>2</sup>. Desde el punto de vista etimológico, que siempre nos ayuda a encontrar la raíz semántica de las palabras, el término «extranjero» proviene del latín *extraneus* que designa, en concreto, a aquél que se sitúa fuera del grupo<sup>3</sup>.

## CONCEPTOS EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Con un criterio más normativo, los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>4</sup> han definido al trabajador extranjero como «toda persona

---

1. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22º ed., Madrid, 2001, pág. 1.026.

2. DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 597: *La nacionalidad podemos definirla como la pertenencia jurídica de una persona a la población que constituye un Estado.*

3. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, volumen II, Oviedo, 1983. Señala que frente a la diversidad de modos de organización del poder a lo largo de los diferentes estadios de la historia, desde el clan como comunidad primitiva, la polis en la sociedad greco-romana, el señorío o reino en la Edad Media y el Estado en la actualidad, *el dato esencial es que se define en relación con una de ellas en concreto.*

4. El Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949, ratificado por España el 21.03.1967; y el Convenio núm. 143, de 24 de junio de 1975 relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Véanse los mismos en [www.ilo.org/filolex/spanish](http://www.ilo.org/filolex/spanish).

que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta», descartando así toda forma de autoempleo que, debemos recordar, afecta a importantes colectivos de inmigrantes en nuestro país, como los chinos, pakistaníes, y asiáticos en general que encuentran en el gremio de la hostelería y del comercio su ocupación profesional principal.

El 1 de julio de 2003 entró en vigor la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias<sup>5</sup> que define a los trabajadores migratorios como «toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional».

El Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante<sup>6</sup>, en su artículo primero lo describe como «el miembro de una parte contratante autorizado por otra parte contratante a establecerse en su territorio para ocupar un empleo remunerado».

Más recientemente, la Carta Social Europea va más allá al destacar que los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercer, en el territorio de la otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos de carácter económico y social.

Sin embargo, como señala Fernández–Costales<sup>7</sup>, el Tratado de la Unión Europea dejó en manos de la cooperación entre gobiernos las políticas de asilo, control de fronteras exteriores, y el control de la inmigración irregular, además de otros aspectos, dejando en manos de los Estados miembros las competencias sobre la regulación de los derechos inherentes a la personalidad humana; habiendo sido la opción elegida por los países de la Unión Europea, tradicionalmente restrictiva hacia los extranjeros provenientes de terceros países, tratando así de regular los flujos migratorios<sup>8</sup> y de controlar el acceso al espacio político y económico europeo, respondiendo al propósito no declarado de evitar que la Unión Europea se convierta en una zona libre para la inmigración<sup>9</sup>.

---

5. Que fue adoptada, sin votación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 (Resolución 45/158), tras más de diez años de debates, y que ha sido objeto de 28 ratificaciones de los más de 200 Estados que componen la sociedad internacional, principalmente de los proveedores y exportadores de mano de obra. Las dos más recientes, la de Turquía que entró en vigor el 27 de septiembre de 2004 y la de Chile, que entró en vigor el 21 de marzo de 2005. Cumpliendo así con su artículo 87 que exige un mínimo para su entrada en vigor de 20 Estados partes.

6. Hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, y ratificado por España el día 29 de abril de 1980, publicado en el BOE de 18.06.1983.

7. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: «El contrato de esclavo. Concepto de Extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, abril de 2002, pág. 289.

8. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en el *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander (AEDTSS) 2001, pág. 16.

9. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Legislación de extranjería y política de inmigración», en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 20, 2000, pág. 9.



Por tanto, la regulación europea ha supuesto la clara diferenciación, a nivel no sólo conceptual sino de derechos reales y tangibles, de la condición de ciudadano comunitario o de aquellos extranjeros extracomunitarios, de tal manera que la distinta normativa aplicable a los nacionales de terceros Estados frente a los ciudadanos de la Unión se perfila como un factor fundamental a la hora de proporcionar una definición de extranjero<sup>10</sup>.

## CONCEPTO NORMATIVO ESPAÑOL

En España, la legislación en materia de extranjería comienza en el año 1852 con el Real Decreto de Extranjería, que no contenía una definición de quiénes eran extranjeros sino una enumeración de quiénes gozaban o padecían tal condición, al que siguió el Decreto de 1935. Más recientemente, el Decreto 522/1974 de 14 de febrero, en su artículo primero consideraba extranjero al individuo que no fuera nacional, en una definición negativa y excluyente. Lo cual implica que se trata de un término relativo y no absoluto que no implica a una determinada categoría de individuos, pues se puede ser nacional del propio estado y extranjero de otro con el que se relaciona<sup>11</sup>.

Además, la nacionalidad no es tampoco un *status* inamovible, ni mucho menos. Hay numerosas personas que siendo españoles en su momento de nacimiento, posteriormente dejan de serlo conforme al ordenamiento. Y al revés, personas que siendo extranjeras adquieren la nacionalidad española y cambian su estatuto jurídico. Personas que nacen en España y no son españolas, españoles nacidos en el extranjero que lo siguen siendo, etc. Es decir, la definición negativa del concepto de extranjero está muy ligada a la definición de nacional o, en nuestro caso, español, por lo que necesariamente habría que conocer el derecho de nacionalidad y su acceso al mismo en nuestro ordenamiento<sup>12</sup> para una correcta comprensión del término extranjero.

La Ley Orgánica 7/85 de 1 julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>13</sup>, viene a establecer que «se considera extranjero, a los efectos de esta ley, a quienes carezcan de nacionalidad española»<sup>14</sup>. Y junto a esa concepción negativa

10. BALLESTER PASTOR, M. A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 16.

11. POLO SÁNCHEZ, M. C.: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid (CES), 1994, págs. 31-32.

12. La nacionalidad es el vínculo jurídico-político que une al individuo con el Estado, y encuentra su regulación fundamental en los arts. 17 a 26 del Código Civil, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución.

13. Publicada en el BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985.

14. Artículo 1 Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, que de esta manera, se remite a los artículos 17 y siguientes del Código Civil que establecen los requisitos de adquisición y pérdida de la nacionalidad española y su régimen jurídico.

que se puede concretar tras el conocimiento *sensu contrario* de quien es nacional<sup>15</sup>, se incluye uno positivo que compensa la definición de trabajador extranjero según la citada norma: «Los trabajadores extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años»<sup>16</sup>. Por tanto, se trata del no nacional que realice una actividad lucrativa en nuestro país. Y la definición legal de trabajador extranjero se encuentra en el Reglamento de desarrollo de esta Ley del 85, cuando literalmente establece<sup>17</sup>: «Se considera trabajador extranjero, a efectos de aplicación del presente Reglamento, a toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena». Dos consecuencias claras y directas conlleva este criterio definitorio<sup>18</sup>:

–la relatividad: pues se es extranjero en relación con una determinada comunidad política. Todos somos extranjeros respecto de otros países, pudiendo incluso obtener la doble nacionalidad o la *apatridía* si se carece de cualquiera de ellas.

–La situación diferencial, por cuanto si la extranjería supone una situación diferencial respecto al goce del derecho de los nacionales de una determinada comunidad política, mientras que la nacionalidad implica la plenitud de derechos, es decir, la igualdad jurídica, el estatuto de extranjero no presupone dicha igualdad, sino que justifica la desigualdad.

No es este un criterio aislado, sino que se viene reflejando en la legislación de otros países<sup>19</sup> e incluso en la normativa internacional<sup>20</sup>.

Y aun cuando el objetivo declarado de la citada Ley Orgánica 7/85 era optimista y pretencioso, cuando aseguraba<sup>21</sup> que «la Ley, a lo largo de todo su articulado, destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y liber-

15. ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D. y ESTRADA CARRILLO, V.: *Código de Extranjería*, Trivium, 3<sup>o</sup> ed., Madrid, 1997, pág. 25.

16. Artículo 15.1. Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio.

17. Artículo 68.2 del R.D. 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/85. BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996 y rectificación de errores en el BOE núm. 80, de 2 de abril de 1996.

18. CHARRO BAENA, P y otros: *La inmigración. Derecho Español e Internacional*, Bosch, 1995, págs. 20-21.

19. La Ordenanza francesa de 2 de noviembre de 1945, en su artículo 1 dispone: «Tous individus n'ont pas la nationalité française soit qu'ils aient une nationalité étrangère, soit qu'ils aient pas de nationalité».

20. La Declaración sobre los derechos humanos de los individuos no nacionales del país en que viven, establece en su artículo 1 que «para los fines de la presente Declaración, el término 'extranjero' se aplicará... a toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre».

21. Párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio.

tades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas...», sin embargo pronto se comprobó que el texto de la citada norma resultaba del todo insuficiente para la realidad social que pretendía regular, siendo sobre todo una norma de control de fronteras, de expedición de visados y de régimen sancionador antes que un texto de derechos o de libertades que consiguiese la integración de los extranjeros.

El espectacular crecimiento del número de inmigrantes, y la frecuente situación de irregularidad de éstos, junto a las condiciones de explotación laboral y exclusión social a la par que marginalidad de los extranjeros en nuestro país, avivó el debate social y llevó a la nueva Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo enunciado ya marcaba otro sentido más integrador que provocó, sin embargo, no pocos incidentes en su tramitación parlamentaria así como la ruptura del consenso de las fuerzas políticas en una materia de este calado y sensibilidad<sup>22</sup>. Sin embargo, pese a los cambios, esta Ley toma como modelo a su predecesora en cuanto a la definición negativa de extranjero<sup>23</sup>. Lo que se mantiene invariable tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre<sup>24</sup>, si bien la posterior reforma introduce un cambio importante respecto a la delimitación de su ámbito de aplicación al incorporar que «los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables»<sup>25</sup>.

## EL TERTIUM GENUS

De este modo, entre el debate de los conceptos de nacionalidad y extranjería, nace un *tertium genus* identificativo de los nacionales de todos los Estados miembros de la Unión Europea que, ni son nacionales ni son propiamente extranjeros al modo tradicional, pues la igualdad de trato, convertida en presupuesto esencial para que la libre circulación pueda tener lugar dentro de la Unión, ha obligado a excluir las

22. SANTOLAYA MANCHETTI, P.: *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, pág. 16.

23. Artículo 1.1 L. O. 4/2000, de 11 de enero. «Delimitación del ámbito: Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».

24. Texto que «por el número y entidad de las reformas que introduce, supone prácticamente una nueva ley». RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», op. cit, pág. 22.

25. Artículo 1.3º de L. O. 4/2000, de 22 de diciembre, introducido con la reforma de la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

reglas propias de la extranjería<sup>26</sup>. Y ello, acentuado, aún más, después de la aprobación por la Comisión y por el Parlamento Europeo del Tratado Constitucional de la Unión Europea sometido a referéndum por España el día 20 de febrero de 2005, que recoge igualmente el derecho a la ciudadanía europea<sup>27</sup>. Aun cuando la nacionalidad sea una materia regulada individualmente por cada país, el término extranjero cuando se aplica al Derecho Comunitario, hará referencia exclusiva a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea<sup>28</sup>, Espacio Económico Europeo y Suiza.

Existe, por tanto un nuevo concepto de extranjero, el extranjero extracomunitario, en base al estado actual del derecho comunitario; existen los extranjeros de la Unión Europea que son aquéllos que afectan al ámbito de nuestro estudio. El binomio clásico de nacional–extranjero se ha transformado ahora en un trinomio que distingue al nacional, al europeo y a los otros<sup>29</sup>. El concepto de «nacional extracomunitario», no se define ya respecto de la falta de nacionalidad de un Estado miembro, sino de la carencia de la ciudadanía de la Unión, no ya frente a un Estado soberano sino frente a un nuevo ente político en que se constituye la Unión Europea<sup>30</sup>, siendo clara la intercorrelación entre el estatuto de la ciudadanía y la entidad política en la que aquellos derechos se desarrollan y concretan, y el alcance de aquel estatuto político dependerá en buena medida de la evolución y competencias de dicha entidad política.

El artículo 1 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen designa como extranjero a «toda persona distinta a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas». El artículo 1.10 del actual Tratado de la Constitución trae su origen en el artículo 17 CE que establecía que «será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro». Con la utilización que se mantiene vigente de la técnica de remisión para designar a los ciudadanos titulares de la nueva ciudadanía europea, lo que realmente se está consagrando es la potestad soberana que ostentan los Estados a la hora de determinar los modos de adquirir, perder o recuperar tal *status civitatis*<sup>31</sup>.

26. RAMOS QUINTANA, M. I.: «Trabajadores extranjeros e integración social», en *Rev. Temas Laborales*, núm. 54/2000, pág. 7.

27. Artículo 1-10 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: 1 «Toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posee la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en la Constitución...»

28. GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Igualdad y diferencia de tratamiento de los trabajadores extracomunitarios. La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 57 y ss.

29. LE BRIS, R. F.: «L'étranger et ses métamorphoses: quelques considérations contemporaines» en *L'Internationalisation du Droit*, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, pág. 242.

30. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2ª ed., 2003, págs. 39 a 48.

31. Venía recogido en el antiguo artículo 8 del Tratado de la C. E. Y el actual artículo 1-10 venía propuesto como artículo 7. (Doc. Conv. 528/03, Bruselas, 6 de febrero de 2003).

Y esto que como base fundamental aparece nítido y claro, luego admite diversas matizaciones, porque cada Estado puede atribuir, como soberano que es, la cualidad de nacional a quien no lo sea. Así, el artículo 116 en su párrafo primero de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949 define como alemán a «quienes posean la nacionalidad alemana o hayan obtenido acogida como refugiados o expulsados de pertenencia étnica alemana, o como cónyuges o descendientes de aquéllos, en el territorio del Imperio alemán con sus límites de 31 de diciembre de 1937».

De la misma manera, los Estados miembros de la Unión pueden seleccionar de entre sus nacionales quienes lo son a los efectos comunitarios. En este sentido el Gobierno británico estima que los ciudadanos del Reino Unido y de sus colonias que se consideran nacionales comunitarios son los siguientes: a) los ciudadanos británicos; b) los sujetos británicos; c) los ciudadanos de territorios dependientes británicos que hayan adquirido su ciudadanía en virtud de su conexión con Gibraltar<sup>32</sup>.

A lo que hay que añadir que los tratados constitutivos han establecido regímenes especiales para determinados territorios no metropolitanos de los Estados miembros que llevan a excepcionar a sus habitantes de la titularidad de los derechos y libertades del ciudadano de la Unión<sup>33</sup>.

Por lo tanto, y a modo de recapitulación, hablar de extranjero en la Unión está ligado indisolublemente a hablar de «ciudadanía de la Unión». Y hemos constatado que existen una pluralidad y diversidad de estatutos de extranjería en la Unión, y que subyace el derecho soberano de los Estados a regular las formas de adquisición, pérdida, conservación y definición de la nacionalidad<sup>34</sup>, lo que aun teniendo relación con la materia que nos ocupa, su tratamiento excede del ámbito de este trabajo.

Y ello, sin perder la perspectiva de que los conceptos son siempre abiertos semánticamente, de tal manera que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha interpretado el concepto de «trabajador»<sup>35</sup> de una manera dinámica y flexible que incluye tanto a los nacionales magrebíes que se encuentran ejerciendo una actividad laboral como a aquéllos que ya no la ejercen en determinados supuestos.

32. Véase BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2ª ed., 2003, op. cit. págs. 45-46.

33. Así, los nacionales daneses residentes en las Islas Feroe, o los ciudadanos británicos de las Islas del Canal de la Isla Man no tienen el derecho de libre circulación dentro de la Unión. En este sentido, JUÁREZ PÉREZ, P.: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 169-175.

34. En nuestro Ordenamiento Jurídico, los artículos 17 a 28 del Código Civil, en su última modificación dada por la Ley 36/2002 de 8 de octubre, de la Jefatura de Estado, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad recoge el régimen español en esta materia. BOE núm. 242, de 9.10.2002.

35. En el marco de la interpretación del artículo 65 del Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos, sobre el ámbito personal que afecta en materia de seguridad social.

## EL CONCEPTO PARCIAL DE LOS TRATADOS BILATERALES

En el mismo sentido, es frecuente que en los tratados bilaterales que concierne España, se defina en el seno de los mismos el concepto de trabajador extranjero extracomunitario a los efectos de la aplicación del referido tratado. Así, en el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios<sup>36</sup> dispone en su artículo 2 que «se considera trabajadores migrantes, a los efectos de aplicación del presente Acuerdo, a los ciudadanos ecuatorianos autorizados a ejercer una actividad remunerada por cuenta ajena en el territorio español». Y aunque, aquí no se habla expresamente ni de limitación de edad, ni de autorizaciones de trabajo, etc., no cabe duda de que el régimen legal aplicable con carácter general a los extracomunitarios le será igualmente de aplicación a estos trabajadores.

Sin embargo, la definición en los acuerdos bilaterales no siempre es la misma, y cambian en función de la delimitación subjetiva que se contemple en el referido acuerdo. Así, en el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia sobre la regulación y ordenación de los flujos migratorios entre ambos estados<sup>37</sup>, se establece en su artículo 1 que «se consideran trabajadores, a los efectos de aplicación del presente Acuerdo, a los ciudadanos nacionales de una parte contratante, denominada en lo sucesivo el Estado de origen, autorizados a ejercer actividades remuneradas en el territorio de la otra parte Contratante, denominada en lo sucesivo el Estado de acogida, que sean: a) trabajadores estables, por un período inicial al menos de un año; b) trabajadores de temporada o temporeros, por un periodo no superior a los nueve meses al año; c) trabajadores en prácticas, para perfeccionamiento de la cualificación profesional y lingüística, por un periodo de doce meses, prorrogable hasta seis meses más, y en un número máximo de cincuenta personas al año; los trabajadores en prácticas han de tener la preparación profesional adecuada.

Y continúa diciendo, que *sensu contrario*, «el Acuerdo no se aplicará a los trabajadores desplazados por su empresa, con sede en el territorio del Estado de origen, a trabajar en el territorio del Estado de acogida para realizar un contrato firmado con una empresa con sede en el territorio del Estado de acogida». En un sentido, y en unos términos muy parecidos, se pronuncia el Acuerdo entre el Reino de España y Rumania relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados<sup>38</sup>.

36. Firmado por ambas partes contratantes en Madrid, el 29 de mayo de 2001, que se aplica provisionalmente desde el día 28 de junio de 2001. 30 días después de su firma según el artículo 22.3 del mismo.

37. Firmado entre ambas partes en Varsovia, el 21 de mayo de 2002, publicado en el BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2002.

38. Dicho Acuerdo fue firmado en Madrid el día 23 de enero de 2002, y en su artículo 2 recoge la determinación del ámbito subjetivo de trabajador inmigrante que se comprende incluido dentro de dicho Acuerdo. Consultar en [www.extranjeria.info](http://www.extranjeria.info).

Otro concepto aún más restrictivo es el contenido en el artículo 2 del Acuerdo Administrativo entre España y Marruecos, relativo a los trabajadores de temporada<sup>39</sup>, al disponer que «será considerado trabajador temporero al ciudadano marroquí que haya emigrado a España, en el marco del presente Acuerdo, y sea titular de un contrato de trabajo de una duración no superior a nueve meses».

Como vemos, no hay un concepto unívoco que nos atrevamos a ofrecer de extranjero, porque siendo éste el que carece de la condición de nacional, la naturaleza jurídica de su condición oscila notablemente en virtud de numerosas circunstancias, como por ejemplo, según si el país de origen es comunitario o tiene acuerdos con la Unión Europea y España o carece de ellos. Depende también de la situación personal, no siendo lo mismo si es mayor de edad o menor, casado con un residente legal o con un comunitario. Influyen las circunstancias humanitarias como la guerra o catástrofes en el país de origen, el padecimiento de una enfermedad sobrevenida, la alta cualificación profesional o reconocimiento público... O bien la apreciación de las circunstancias de arraigo, de colaboración con la justicia, de aplicación del régimen sancionador o pérdida de la condición de residente, o de pérdida incluso de la nacionalidad. Ser pariente de españoles, etc. La concurrencia de todos o parte de algunos de dichos elementos lleva a una escala de gradaciones demasiado amplia, donde el *desideratum* de la igualdad de los seres humanos queda desdibujado notablemente, perdido entre condicionantes y cláusulas.

---

39. Acuerdo administrativo firmado en Madrid, el día 30 de septiembre de 1999.





## II MARCO LEGAL DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA



## PRECEDENTES LEGALES

Desde el Real Decreto de Extranjería del año 1852 hasta la Ley de 1985, asistimos en nuestro Ordenamiento a una dispersión generalizada en materia de extranjería, derivada de la escasa incidencia de la inmigración en nuestro país que no había exigido la redacción de un verdadero cuerpo normativo<sup>40</sup>.

Al amparo de la Constitución de 1845 se dictó el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, caracterizado por implantar un sistema liberal en la regulación de la condición jurídica de los extranjeros, más bien destinado a la captación de capital extranjero en España<sup>41</sup>. En el mismo sentido el artículo 27 del Código Civil originariamente disponía que «los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución del Estado o en tratados internacionales»; o el artículo 15 del Código de Comercio, para el que «los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a la capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias».

---

40. Los precedentes legales son tratados con extraordinario rigor e interés en el artículo de ADAM MUÑOZ, M. D.: «El estatuto jurídico del extranjero en el sistema español: una perspectiva histórica», publicado en *Nacionalidad, Extranjería y Ciudadanía en la Unión Europea* (coord. ADAM MUÑOZ M. D. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.), Colex, Madrid, 2005, pág. 36 y ss.

41. ABARCA JUNCO, P.: «Nacionalidad y Extranjería en la Nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución*, dirigido por T. R. Fernández Rodríguez, Uned, 1978, tomo II, pág. 89.

Así, por ejemplo, en la década de los años 30 del pasado siglo, dimanantes de la Segunda República, se encuentra el Decreto de 4 de octubre de 1935, destinado a regular la permanencia y la circulación de los extranjeros en España, o las normas reguladoras del trabajo de los inmigrantes se contenían en preceptos concretos sobre «colocación de extranjeros», como recogía el Decreto de 29 de agosto de 1935 y la Orden Ministerial de 19 de noviembre de 1935, donde ya se sometía a autorización administrativa el ejercicio por parte de los extranjeros de cualquier actividad que pudiera reportar beneficio económico.

En otros lugares normativos, había que buscar situaciones tales como el trabajo de ciertos extranjeros en sectores de actividad concretos, como el Real Decreto de 16 de enero de 1931, o el propio concepto de «obrero extranjero» que aparece en la Orden Ministerial de 19 de octubre de 1935, pasando por la regulación de la materia de extranjería en el régimen franquista, dada por el Decreto 1870/1968 de 27 de julio dictada para regular el empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, y la contenida en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero que se dictó para regular el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España.

Si bien es cierto que existía una relativa equiparación a los nacionales de los extranjeros como parte del Ordenamiento español, también es cierto que su permanencia en nuestro territorio y su inserción en el Ordenamiento dependía de las autoridades gubernativas<sup>42</sup>. Ya sea en los Reglamentos de circulación de los extranjeros del año 1935 o de 1974, las autoridades administrativas de policía encabezadas por el Ministro de Gobernación y el Director General de Seguridad, intervenían la situación de los extranjeros con una amplitud y discrecionalidad enormes. El extranjero estaba en todo momento bajo la concesión graciable de la Administración, tanto a la hora de conceder un permiso de residencia como de la denegación de un permiso de trabajo, siendo siempre las pocas sentencias judiciales confirmatorias de la resolución administrativa<sup>43</sup>.

La dispersión se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 7/1985 de 1 de julio, como por ejemplo el R. D. 1874/1.78 de 2 de junio, que regulaba la concesión y renovación de permisos de trabajo y de autorizaciones de residencia, siendo éste desarrollado por el R. D. 1031/1980 de 3 de mayo.

La Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, sobre derechos y libertades en España de los Extranjeros, aunque regulaba los derechos y libertades de una manera muy precaria, tuvo como principal característica su vocación de generalidad, consideran-

42. GONZÁLEZ SOLER, OLAYO E.: «La posición del extranjero en el ordenamiento jurídico constitucional», en *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, año 2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, págs. 204-206.

43. Respecto de las confirmaciones de denegación de permisos de trabajo, entre la escasa jurisprudencia del momento, citar la STS de 14 de noviembre de 1963 (RJA. 5301), 22 de noviembre de 1965 (RJA. 2031) y 7 de octubre de 1974 (RJA. 3768).

do la extranjería desde una perspectiva global en la que se abarcaban, sobre todo, los momentos del visado, la entrada y el régimen sancionador. Aunque ha sido muy criticada por la visión sesgada de la inmigración, que aún hoy adolecemos, en cuanto restrictiva de derechos y libertades, siendo incluso declarada inconstitucional en algunos de sus preceptos<sup>44</sup>.

Dicha Ley y su primer Reglamento de desarrollo, que vino dado por el R. D. 1119/1986 de 26 de mayo, enseguida se vieron desbordados por la realidad migratoria hasta entonces difícil de prever en un país de emigrantes. Sólo cuatro artículos del Título III dedicaba la Ley 7/85 al régimen laboral que nos ocupa<sup>45</sup>, exigiendo para los extranjeros mayores de 16 años que deseen fijar la residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia o ajena, que obtuvieran simultáneamente con el permiso de residencia que expedía el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo otorgado por el Ministerio de Trabajo con una duración máxima de 5 años<sup>46</sup>. La concesión del permiso de trabajo por cuenta ajena quedaba condicionada a que el solicitante presentase contrato de trabajo por escrito o justificase documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretendiera emplearlo, así como a la tenencia y homologación del título y su colegiación si éste fuese exigible<sup>47</sup>. Se regulaba también las personas exceptuadas de la obligación de proveerse del permiso de trabajo, así como los criterios de existencia de trabajadores nacionales en paro en la actividad que se propusiera desempeñar el solicitante, la insuficiencia o escasez de mano de obra española, el régimen de reciprocidad con el país de origen del extranjero, así como los casos de preferencia para la obtención y renovación del permiso<sup>48</sup>; cerrando la regulación los criterios de renovación, la residencia subsidiaria al trabajo y la habilitación reglamentaria para desarrollar la normativa legal.

Ante la insuficiencia de la regulación, se utilizaron Ordenes Ministeriales de gran incidencia en la tramitación de los expedientes administrativos, como la Orden de 22 de febrero de 1989, del Ministerio de Interior, sobre medios económicos cuya posesión tenían que acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España; o la Orden de 11 de abril de 1996, del Ministerio de Justicia e Interior, sobre exenciones de visado, que luego sería declarada inconstitucional en varios de sus preceptos.

El 9 de abril de 1991 se aprobó por el Congreso de los Diputados una proposición no de Ley sobre la situación de los extranjeros en España, en la que se instó al

44. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, publicada en el BOE del 29 de julio, anuló parte de los artículos 7 (sobre el derecho de reunión); artículo 8 (referente al derecho de asociación).

45. De los artículos 15 al 19 bajo el título de «Trabajo y Establecimiento», si bien estaban ampliamente regulados en los artículos 68 a 96 del Reglamento.

46. Según art. 15. 1 de la L. O. 7/85.

47. Artículo 17.1 y 2 de la L. O. 7/85.

48. Según artículos 16 y 18 respectivamente de la L. O. 7/85.

Gobierno a poner en marcha determinadas actuaciones en relación a los extranjeros, lo que unido a los nuevos compromisos internacionales adquiridos entonces por España y la adecuación a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, justificaron la aprobación de un nuevo Reglamento que vino dada por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero<sup>49</sup>, cuya regulación siguió apoyándose en normas coyunturales y de menor rango, como numerosas órdenes materiales.

Después llegó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que supuso un cambio *cuasi* revolucionario en la normativa de extranjería de nuestro país, y que pese a alcanzar un gran consenso social y político, no obtuvo el consentimiento del Gobierno ni del partido en el poder<sup>50</sup>, entonces en minoría parlamentaria. Tras las elecciones generales de aquel mismo año, con celeridad y mayoría absoluta el Gobierno Popular realizó una profunda reforma de la citada norma con la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre<sup>51</sup> que por el número y entidad de las reformas que introduce supone prácticamente una nueva ley, sobre la que recordemos pesan más de ocho recursos de inconstitucionalidad aún pendientes de resolución.

Uno de los capitales reproches que la mayoría de la doctrina<sup>52</sup> realiza a la Ley de Extranjería es la de su patente hipocresía; y es lo cierto que tras proclamar en su Exposición de Motivos la condena de cualquier forma de discriminación, contiene luego tratamientos que pueden calificarse como esencialmente discriminatorios de algunos derechos como reunión o manifestación. Igual ocurre con el acceso al trabajo, regulado en atención a conceptos tan coyunturales como la situación nacional de empleo, o la reagrupación familiar cuyo régimen es difícilmente compatible con el principio protector de la familia consagrado en el artículo 39 C. E.

Esta Ley, fue desarrollada por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, del que el Tribunal Supremo ha anulado 13 preceptos con lo que ello denota de vulneración de la legalidad, de apresuramiento reformador y de mala técnica legislativa<sup>53</sup>.

49. Publicado en el BOE del 23 de febrero de 1996, corrección de errores del BOE de 2 de abril de 1996.

50. Lo que llevó a la renuncia del Ministro promotor de la Ley 4/2000, Manuel Pimentel Siles; y de la retirada de la vida política tras casi 20 años de diputado del ponente de la misma, Diego Jordano Salinas.

51. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios» en el *XII Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander, 2001, pág. 16.

52. MORENO ANDRADE, A.: «Entrada de inmigrantes irregulares y Ley de Extranjería», en *Inmigración Irregular y Derecho* (coord. ACOSTA SÁNCHEZ, M. A.), en *Actas de las VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Cádiz y Cruz Roja, págs. 53 a 55.

53. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20-03-2003, ponente Sieira Míguez, dictada en el recurso núm. 488/2001, por la Sección Sexta, que ha anulado los siguientes apartados del Reglamento de Extranjería RD 864/2001 por vulneración de los principios de reserva material de ley y de jerarquía normativa: art. 38 sobre la libre circulación de extranjeros, en el art. 56.8 relativo a la expedición de la cédula de inscripción para los indocumentados, el art. 127.2.c.) sobre la medida de internamiento en caso de devolución, el art. 130.2 y 6 por ello que se refiere a la situación de los extranjeros en los centros de internamiento, el art. 138.1.b) sobre supuestos en los que cabe la devolución por vulnerar el principio de jerarquía normativa. Y de otro lado, por vulnerar la reserva de ley, los arts. 41.5 sobre reagrupación, el art. 49.2.d) relativo a la exención del visado del cónyuge de español o

Después de las sucesivas reformas de nuestro derecho en materia de extranjería, las recientes operadas por la L. O. 11/2003 de 29 de septiembre y la L. O. 14/2003 de 20 de noviembre<sup>54</sup> con una profunda revisión normativa, o la Ley de Acompañamiento<sup>55</sup> de diciembre de 2003 que atemperó el alcance del importante artículo 36. 3 de la L. O. 4/2000; hay quienes opinan que estamos asistiendo a un proceso de laboralización de la inmigración<sup>56</sup> por cuanto los derechos son reconocidos y adquiridos en la medida en que se es titular de un permiso o autorización para trabajar. Todo lo contrario de lo que la inercia de la normativa comunitaria va consagrando a través de Directivas<sup>57</sup>, en lo que constituye un proceso de «deslaboralización del inmigrante» dado que no consagra los derechos laborales de éstos hasta tanto se conviertan en residentes de larga duración, y en este sentido, aún no todos<sup>58</sup>.

Después de los dos borradores que se publicaron en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 14 de septiembre de 2004, y en la versión posterior de 26 de octubre de 2004, finalmente se publicó el 7 de enero de 2005 en el BOE la versión definitiva del nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre, tras pasar positivamente los informes preceptivos<sup>59</sup>, siendo un texto bastante innovador que desarrolla la L. O. 4/2000 con el objetivo primordial de priorizar la inmigración legal en nuestro país.

## LOS DERECHOS LABORALES DE LOS EXTRANJEROS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

La constitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros es un fenómeno que se va produciendo paulatinamente. Mientras las constituciones ante-

---

extranjero residente en España, y el art. 57 sobre los requisitos para la expedición del título de viaje y el art. 84. 2 y 6 sobre los requisitos para admitir a trámite una solicitud de permiso de trabajo y el art. 117.2 relativo al órgano competente para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión.

54. Presentada en el Congreso de los Diputados en marzo de 2003 (Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 21 de marzo de 2003, núm. 136-141).

55. Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Publicada en el BOE de 31.12.2003.

56. RUIZ CASTILLO, M. M.: «Marco legal de la Inmigración en España. Aspectos Laborales», en *Rev. Derecho Social* núm. 22, junio-2002, Bomarzo, pág. 18.

57. La Directiva 2000/78/CE, en este sentido, relativa a la igualdad en el empleo y la ocupación, no se aplica a los supuestos de distinto tratamiento por razón de nacionalidad, por lo que por tanto justifica dicha discriminación. Véase la pregunta escrita E-2395/03 de Proinsias De Rossa (PSE) a la Comisión. *Aplicación de la Directiva 2000/78/CE relativa la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. Diario Oficial núm. 051 E de 26/02/2004, págs. 0244 0244.

58. La propuesta de Directiva de 2001, sobre el estatuto jurídico del residente de larga duración, circunscribe un trato igualitario a los comunitarios dentro del territorio de un país en cuestión, pero no dentro de todo el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2001, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en el DOUE L 16/44 de 23.01.2004.

59. Emitidos el 1 de diciembre de 2004 por el Consejo General del Poder Judicial, el 24 de noviembre de 2004 por el Consejo Económico y Social y el 16 de diciembre de 2004 por el Consejo de Estado.

riores a la Segunda Guerra Mundial apenas mencionan a los extranjeros o solamente contemplan a los nacionales<sup>60</sup>, sin embargo, después del año 1945 se observa un proceso paulatino de constitucionalización del estatuto de los extranjeros, ya sea de forma implícita al referirse a todas las personas o de manera expresa<sup>61</sup>. Siendo los contenidos muy dispares, pues mientras en Grecia se reconoce constitucionalmente a los extranjeros como fundamentales los derechos a la vida, honor y libertad, en Holanda y Portugal se proclama la igualdad de extranjeros y nacionales en el goce de los derechos fundamentales. La tendencia general respecto a los derechos fundamentales de los extranjeros en los textos constitucionales europeos es la asimilación con los nacionales, una asimilación en dos grados: total respecto a los derechos que emanan de la dignidad de la persona, y más limitada para el resto.

Respecto de nuestra Constitución, cuyo artículo 13 regula esta materia, según algunos magistrados del Tribunal Constitucional<sup>62</sup> «España se encuentra sin duda entre aquellos países que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros», habiéndose caracterizado tradicionalmente nuestra legislación por el reconocimiento de los derechos de los extranjeros en nuestro país. En el mismo sentido se pronuncia Alzaga Villamil, miembro de las Cortes Constituyentes, quien señala que nuestro Texto Fundamental ha construido una amplia, generosa y avanzada tutela de los derechos fundamentales de los extranjeros, llegando a afirmar que en ningún país del mundo un extranjero dispone de un elenco de derechos y libertades garantizado más amplio que en España<sup>63</sup>.

El actual texto del artículo 13 de la C. E. en su elaboración, tuvo redacciones diversas. En el anteproyecto de la Constitución figuraba como artículo 12 y se decía «1. La condición jurídica del extranjero se regulará por la ley y los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad. Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos. 2. Los extranjeros residentes en España gozarán de las libertades públicas del presente título en los términos que la ley establezca». Texto que fue rectificado en la ponencia aprobada por el Congreso de los Diputados, dejando el artículo 12 en los siguientes términos: «1. La condición jurídica del extranjero se regulará por la ley y por los tratados. Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos. 2. Los extranjeros en España gozarán de las libertades

60. Nos referimos a las constituciones de Bélgica de 1831, Luxemburgo de 1868, Finlandia de 1919, Austria de 1929 e Irlanda de 1937.

61. En este sentido, implícitamente, la constitución de Alemania de 1949, la italiana de 1948. y expresamente la constitución de Suecia de 1974, Holanda de 1983, Grecia de 1975 o Portugal de 1976.

62. Según se recoge en el voto particular de la STC 115/1987, de 7 de julio, emitido por los magistrados Francisco Rubio Llorente, Francisco Tomás y Valiente y Fernando García-Mon y González Regueral.

63. ALZAGA, O.: *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, segunda edición, Madrid, 1998, pág. 53. Y en el mismo sentido puede consultarse también a FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la L. O. 8/2000, de 22 de diciembre», en *Rev. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pág. 67.



públicas del presente Título en los términos que la ley establezca». Dicho texto fue modificado en el Senado alcanzando su configuración actual.

Merece la pena, en esta sede, ofrecer algunas versiones sobre el alcance y contenido de la primera norma de extranjería, por su rango jerárquico, en nuestro Ordenamiento Jurídico. De una parte se mantiene<sup>64</sup> que existe una dualidad de principios que informa nuestro sistema jurídico: mientras el artículo 27 del Código Civil respecto de los derechos civiles parte de la equiparación de nacionales y extranjeros, el artículo 13.1 de la C. E. en referencia a las libertades públicas no comparte aquella equiparación. Lo que puede resolverse con la extensión a los extranjeros de los derechos y libertades dada la ratificación por España de los Tratados Internacionales más importantes en la protección de derechos humanos, entendiendo que salvo lo dispuesto en el artículo 13. 2. de la C. E. respecto a la participación en los asuntos públicos, la equiparación de los extranjeros es total.

Todo lo contrario mantiene otro sector doctrinal<sup>65</sup>, para quien el artículo 13.1 C. E. es un precepto vacío de contenido, en la medida que el ejercicio de esos derechos reconocidos, queda sometido a lo que se disponga por la legislación especial, que nunca podrá llegar a la plena equiparación con los españoles.

No se trata de determinar si se parte o no de un principio igualitario o discriminatorio entre españoles y extranjeros<sup>66</sup>, sino que el núcleo fundamental radica en determinar de qué derechos fundamentales van a gozar los extranjeros en España y en qué grado de intensidad, siendo los del Título I de la CE y con la intensidad que ha ido señalando el Tribunal Constitucional.

Compartiendo mi opinión con el sector de la doctrina<sup>67</sup> que mantiene que aunque el artículo 13.1 de la C. E. solamente garantiza a los extranjeros las libertades públicas del Título I de la C. E., la interpretación de dicho artículo debe realizarse de manera extensiva, ya que no solamente comprende las libertades de la Sección 1ª, sino la totalidad de los derechos reconocidos en el Título I, porque carecería de sentido negar a los extranjeros el goce de derechos tales como la propiedad privada o el matrimonio, e incluso alcanzar a los principios rectores del Capítulo III de la C. E., como pueden ser la protección a la familia o de la salud, el acceso a la cultura o la atención a los minusválidos de la que no vamos a privar a los extranjeros.

64. PÉREZ VERA, E.: *Comentarios a las Leyes Políticas* (coord. O. Alzaga Villamil), tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, págs. 233-235.

65. ESPINAR VICENTE, J. M.: *La extranjería en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado*, Tat, Granada, 1987, págs. 43 y 44.

66. ADAM MUÑOZ, Mª D.: «La Condición Jurídica de los Extranjeros en la Constitución de 1978. Análisis del artículo 13.1.», en *Evolución del Derecho en los Últimos Diez Años*, Tecnos-Universidad de Málaga, 1992, págs. 455-457.

67. En este sentido, véase POLO SÁNCHEZ, Mª C.: *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pág. 55.

Por muchas vueltas que quiera dársele, el sistema normativo de derechos y libertades que consagra nuestra Constitución respecto de los extranjeros no podemos por menos decir que es falto de nitidez y profundamente confuso<sup>68</sup>, sobre todo con el discurso interpretativo que el Tribunal Constitucional ha realizado de los mismos<sup>69</sup>, que ha llegado a desconstitucionalizar los derechos sociales de los inmigrantes, que gozarán o no de los mismos en función de su situación administrativa en nuestro país, y de la regulación concreta que de la misma se realice en cada momento. En este sentido, han sido suprimidos para los inmigrantes indocumentados, según el texto vigente de la Ley de Extranjería dado por la reforma 8/2000, derechos fundamentales de carácter más político, como el derecho de huelga, y sindicación, de manifestación y reunión, o de asociación, que tienen todos ellos el carácter de derechos fundamentales<sup>70</sup>. No en vano, la Ley Orgánica 8/2000 ha sido objeto de hasta ocho recursos de inconstitucionalidad como hemos señalado en líneas anteriores.

La falta de nitidez y confusión comentada respecto del discurso del Tribunal Constitucional gira sobre una doble postura del mismo que ha evolucionado con el paso del tiempo. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero de la S. T. C. 107/1984, sobre el contenido y alcance del artículo 13.1 de la C. E. rechaza que los derechos de los extranjeros hayan quedado desconstitucionalizados afirmando que todos ellos son de configuración legal: «No supone, sin embargo....que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que le atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley» de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal». La libertad de configuración del legislador, según la STC no alcanza a aquellos derechos que por su propia naturaleza resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que no está determinada por la nacionalidad de los sujetos titulares<sup>71</sup>.

68. SAGARRA TRÍAS, E.: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universidad de Barcelona, julio 2002, *passim*.

69. STC 107/1984, de 23 de noviembre, publicada en el BOE 21-12-1984. Pte.: Rubio LLorente, Francisco. La STC 99/1985, de 30 de septiembre, publicada en el BOE 05-11-1985. Pte: Tomás y Valiente, Francisco. La STC 115/1987, de 7 de julio, publicada en el BOE 29-07-1987. Pte: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel.

70. MONEREO PÉREZ J. L.: «Los derechos fundamentales de los extranjeros inmigrantes», en *Jornadas Temáticas de actualidad en el Derecho social*, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 27 y 28 de mayo de 2002.

71. En este sentido las SSTC señaladas números 107/84, 99/1985. También la STC 95/2003, publicada en el BOE 10-06-2003. Pte: Jiménez Sánchez, Guillermo.

El Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 107/1984, realiza una gradación tripartita de los derechos que hoy sigue siendo referente indiscutible en la aproximación al estatuto jurídico de los extranjeros: «Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 C. E., según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio»<sup>72</sup>.

En la STC 115/1987 de 7 de julio, recaída en el procedimiento de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 7/1985 promovido por el Defensor del Pueblo, el Tribunal realiza un cambio abandonando la tesis de la mayor o menor fundamentalidad de los derechos y la sustituye por otra jurídicamente más controlable, incluyendo junto a aquellos derechos que afectan a la dignidad humana cuya titularidad y ejercicio son compartidos en pie de igualdad por nacionales y extranjeros; otros derechos cuya titularidad también es compartida pero cuyo régimen de ejercicio puede ser diferente para españoles y extranjeros, cuyos límites al legislador orgánico vendrán impuestos por los Tratados Internacionales firmados por España. De tal manera, que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución integran así el bloque de constitucionalidad del régimen jurídico público de los derechos fundamentales de los extranjeros en España<sup>73</sup>. Por tanto, la clasificación ahora resultante se basa en los siguientes pilares<sup>74</sup>:

- sobre aquellos derechos vinculados a la dignidad de la persona, los españoles y los extranjeros se encuentran en una posición de igualdad respecto a su titularidad y ejercicio.
- respecto de los derechos que la Constitución reconoce indistinta y genéricamente a españoles y extranjeros, aunque no se encuentren vinculados a la dignidad humana, la titularidad de los mismos alcanza por igual a españoles y extranjeros, si bien el legislador puede establecer diferencias en cuanto a las condiciones del ejercicio de los derechos.
- sobre aquellos derechos que la Constitución atribuye a los españoles o a los ciudadanos, el legislador orgánico es libre de extender o no la titularidad de los mismos a los extranjeros y de regular diferentes condiciones de ejercicio para españoles y extranjeros.
- y los derechos contenidos en el artículo 13.2 que pertenecen por expreso mandato constitucional, exclusivamente a los españoles por lo que su eventual extensión a los

72. Incluyéndose en este tercer grupo, según el propio T. C. los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, sindicación y huelga.

73. FREIXES, T.: «Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, págs. 104-141.

74. TAJADURA TEJADA, J.: «Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre de 2004, págs. 14 a 17.

extranjeros, indiscutiblemente necesitaría previamente la reforma constitucional. Lo que ocurrió efectivamente para introducir la expresión «y pasivo» respecto del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales<sup>75</sup>.

Aunque todos estén obviamente relacionados en torno a la persona del trabajador inmigrante, en su dimensión personal como ser humano y miembro de una comunidad, y aunque estén recogidos expresamente en la L. O. 4/2000<sup>76</sup>, no entraremos a comentar ni valorar en este estudio, por trascender el objeto del mismo, aquéllos que no sean estrictamente pertenecientes al ámbito del trabajador por cuenta ajena. Lo que no obsta para dejar de mencionar, al menos, la existencia de esos derechos reconocidos a los extranjeros en un singular avance legislativo en nuestro Ordenamiento.

Así se reconocen el derecho a la documentación, pese a la existencia de un considerable número de personas extranjeras indocumentadas en nuestro país y a la opción oficial de la invisibilidad legal o indocumentados como nueva forma jurídica, que trata de corregirse siempre con la «penúltima» regularización.

### El derecho al trabajo

Constituye uno de los ejes principales, del que posteriormente se derivarán los derechos al ejercicio de las actividades lucrativas de los extranjeros, ya sea por cuenta propia o ajena.

No cabe duda, de que el derecho al trabajo, en su concepción del art. 35.1. C. E. se trata de un principio programático, pero tampoco para los nacionales es un derecho como tal, sino que debe entenderse en el sentido de simple libertad de trabajo, unido a la prohibición del trabajo forzoso<sup>77</sup>.

Aunque aparentemente son similares, el art. 10.1 de la L. O. 4/2000 y el art. 35.1 de la C. E., la diferencia subyace en que mientras que el derecho al trabajo del español es absoluto e incondicional, aplicable *per se*, el derecho al trabajo en la legislación de extranjería no deja de ser una fórmula retórica y de validez relativa que sólo se consigue si se traspa la barrera que la propia legislación prevé consistente en la autorización de trabajo y residencia. Como destacó el propio Tribunal Constitucional<sup>78</sup> es perfectamente admisible la existencia de una legislación que «exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad

75. Hasta ahora la única reforma constitucional, ha consistido en añadir, en el artículo 13.2, la expresión «y pasivo» referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales. El Boletín Oficial del Estado publicó el texto de la Reforma Constitucional el día 28 de agosto de 1992.

76. Puede verse un interesante estudio sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España de LUJÁN ALCARÁZ: «La reforma de la Ley de Extranjería», en *Rev. Aranzadi Social*, V, 2001, págs. 340 a 359.

77. En el mismo sentido que el artículo 35.1 de la C. E. dice que «todos los españoles tienen el deber de trabajar».

78. STS núm. 107/1984 de 23.11.1984, Pte. Rubio Llorente, y publicada en el BOE núm. 21.12.1984.

de celebrar válidamente un contrato de trabajo», siendo claro que el alcance del derecho al trabajo de los extranjeros no puede ser igual que el de los nacionales.

Por tanto, la declaración del artículo 10.1 en sus términos actuales es realmente innecesaria y no tiene mucho sentido, pues reconoce un derecho para luego condicionarlo en la propia norma al cumplimiento de unos requisitos que sirven de freno al ejercicio del derecho.

El efecto propio de ese singular «derecho al trabajo» es la facultad de incorporarse a nuestro mercado de trabajo, lo que además conlleva unas importantes consecuencias, de entre las que destaca<sup>79</sup> el derecho a un estatuto laboral igual al del trabajador español, que deriva de la normativa internacional, y de las reglas de igualdad y no discriminación incorporadas a nuestro Ordenamiento, incluso por el propio juego del artículo 23 de la L. O. 4/2000 que exige la igualdad de trato y proscribire cualquier discriminación que destruya o limite el ejercicio de los derechos.

En el apartado 2 del artículo 10 se dispone que los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas. Este derecho no debe ser confundido con el derecho al acceso al empleo público de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en la que rige la libre circulación de trabajadores<sup>80</sup>.

No se trata tampoco de un derecho incondicionado, sino que se deben superar las pruebas necesarias bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>81</sup>, para comprobar la aptitud del puesto de trabajo que se trate, incluyendo el idioma. Tratándose además de extranjeros «residentes», con las preceptivas autorizaciones para su permanencia en nuestro país.

### Derecho a la Seguridad Social

Lo primero que llama la atención es la mala sistematización normativa. En primer lugar, en el artículo 10 y después en el artículo 14 se refieren al derecho a la Seguridad Social, suponiendo ello una reiteración innecesaria, a la vez que sitúa el acceso al sistema de la Seguridad Social, o bien como una derivación del derecho al trabajo y consecuencia del mismo, o bien como prestaciones complementarias a los servi-

79. GARCÍA MURCIA, J.: «Derechos Laborales y Protección Social en la Ley de Extranjería», en *Rev. Tribuna Social*, núm. 133, enero-2002, págs. 19 y ss.

80. Que viene regulado en el R. D. 543/2001, de 18 de mayo.

81. Salvaguardando así el mandato del artículo 103 de la C. E.

cios sociales. Aun así, consideramos que se produce un avance importante<sup>82</sup>, puesto que la anterior Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, no contenía ninguna previsión sobre esta materia.

Antes de adentrarnos en el tratamiento de la Ley de Extranjería, como marco legal en materia de Seguridad Social, necesariamente hay que citar el T. R. L. G. S. S.<sup>83</sup>, que introduce dos referencias expresas a los extranjeros cuando delimita el campo de aplicación del sistema. Así, de un lado, el artículo 7.1. declara incluidos en dicho sistema a efectos de prestaciones en la modalidad contributiva a «los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España», siempre que ambos ejerzan su actividad en territorio nacional y estén comprendidos en los supuestos previstos<sup>84</sup>. Aquí se da una equiparación de trato entre nacionales y extranjeros condicionada tan sólo al cumplimiento de la residencia o estancia legal en España.

De otro lado, el artículo 7.5 del T. R. L. G. S. S., relativo a las prestaciones en su modalidad de no contributivas, que establece una equiparación parcial que alcanza exclusivamente a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos. Añadiendo que, respecto a los nacionales de otros países, se estará a lo que se disponga en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuantos les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

En cuanto a los tratados internacionales que de forma específica se refieren a la Seguridad Social, debemos hacer referencia al menos a dos. De un lado al Convenio núm. 97 de la O. I. T. que expresamente reconoce<sup>85</sup> que «todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las siguientes materias.... la seguridad social<sup>86</sup>, a reserva... de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnan las

82. SOLÁ MONELLS, X.: «Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites», en *Rev. Tribunal Social* núm. 133, enero 2002, pág. 57.

83. Texto Refundido de la Ley Gral. de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio.

84. Básicamente se refiere a los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios dentro del ámbito del art. 1.1. E. T., trabajadores por cuenta propia mayores de edad, socios de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes y funcionarios.

85. Artículo 6.1.b.i.) del Convenio núm. 97 de la O. I. T. sobre trabajadores migrantes, publicado en el BOE de 7 de junio de 1967.

86. Es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como cualquier otro tipo de riesgo que de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de la Seguridad Social.

condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal». De tal manera que las prestaciones mínimas de derecho necesario son las de carácter contributivo sometidas al requisito de la residencia legal, no las de carácter no contributivo que se deja a lo que disponga la legislación interna de cada Estado.

De otro lado, el Convenio de la O. I. T. num. 102 determina<sup>87</sup> que «los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Estado miembro, en lo que respecta a las prestaciones o parte de prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos...». De nuevo para las prestaciones contributivas resulta requisito necesario la residencia legal.

Además, hemos de tener en cuenta el art. 7.3 del T. R. L. G. S. S., que recoge comprendidos dentro del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, a todos los españoles residentes en territorio nacional.

Respecto a la Seguridad Social, en el texto de la Ley de Extranjería, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 41 de la C. E., y además de lo recogido en el artículo 10 ya señalado, el artículo 14 de la L. O. 4/2000 dispone que los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, limitándose a los que sean titulares de un permiso de residencia, como obedece a un derecho de configuración legal al igual que el derecho al trabajo.

Este apartado de la Ley de Extranjería, supondría una ampliación notable de lo que venía disponiendo el artículo 7.5 del T. R. L. G. S. S. que se limitaba a varios países y que ahora puede quedar superado respecto de su ámbito subjetivo de acción. Pero además, el 14.1 de la L. O. 4/2000 modifica simultáneamente también el artículo 7.3 del T. R. L. G. S. S. descrito, de tal manera que ya no van a ser beneficiarios sólo los españoles residentes en territorio nacional como el mismo dispone, ni sólo los extranjeros a los efectos del 7.5 T. R. L. G. S. S., sino todos los españoles y extranjeros que residan y se hallen legalmente en España; criterio éste mantenido por algunos autores<sup>88</sup> que entienden que a partir de la actual Ley de Extranjería se equipara a los españoles y extranjeros con residencia legal en el acceso a la totalidad de las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, comprendiendo tanto las pres-

87. Artículo 68.1 del Convenio de la O. I. T. núm. 102 sobre normas mínimas de Seguridad Social, publicado en el BOE de 6 de octubre de 1988.

88. RODRÍGUEZ SANUDO, F.: «Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena» en *El nuevo derecho de extranjería*, Granada, 2001, Comares, pág. 92. Y también en el mismo sentido véase: ÁLVAREZ CORTÉS J.C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 63.

taciones contributivas como las no contributivas. Por ello, se entienden derogados por la Ley de Extranjería los artículos 7.3 y 7.5 del T. R. L. G. S. S.<sup>89</sup>.

En un segundo apartado del artículo 14 de la L. O. 4/2000, se avanza que los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. Son estos servicios, no los referidos en el artículo 38.1. del T. R. de la Ley General de la Seguridad Social alusivos a la acción protectora de la Seguridad Social<sup>90</sup>, sino los recogidos en los artículos 53 a 56 de la misma norma sobre asistencia social y objeto de los servicios sociales, así como los servicios sociales especializados y análogos que dispensan las Comunidades Autónomas.

Estos servicios pueden tener muy diversas manifestaciones<sup>91</sup>, y desde luego una virtualidad relativa, tanto porque pese al reconocimiento generalizado, el acceso efectivo a este tipo de prestaciones dependerá de manera muy directa de las condiciones establecidas por la norma correspondiente, y de otro lado porque las Comunidades Autónomas competentes en esta materia pueden reconocer otro tipo de derechos o beneficios de asistencia social a favor de los inmigrantes más allá de esa cláusula general.

Conviene aquí detenerse, cuando se establecen en el 14. 2 y 14.3 de la L. O. 4/2000, las prestaciones sociales básicas, que corresponden al ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas, que como ha declarado el Tribunal Constitucional<sup>92</sup>son externas, extramuros, del sistema de la Seguridad Social. Las Leyes de los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas distinguen, efectivamente entre servicios sociales comunitarios/básicos/primarios o generales y de otro lado los servicios sociales especializados, denominándose en las 17 Comunidades Autónomas de la siguiente manera, según su propia legislación y competencias desarrolladas al amparo del artículo 148.1.20 de la C. E. y de sus propios Estatutos de Autonomía.

89. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La protección social de los extranjeros en España», en *Rev. Aranzadi Social*, tomo V, año 2001, pág. 1.287.

90. Aquí la doctrina presenta diversas interpretaciones acerca de las prestaciones comprendidas en el artículo 38. 1. del T. R. L. G. S. S., que Belén Alonso García dice que se corresponden a las del art. 14.1 de la L. O. 4/2000, mientras que Joaquín García Murcia las refiere a las prestaciones del art. 14.2. Por nuestra parte entendemos que dado que el art. 38 del T. R. L. G. S. S. hace referencia a prestaciones muy diversas que van desde la asistencia sanitaria (aptdo. A), recuperación profesional (aptdo. B), prestaciones económicas en sus vertientes contributivas y no contributivas como desempleo, invalidez, jubilación (aptdo. C), prestaciones familiares contributivas y no contributivas (aptdo. D) y rehabilitación de inválidos y servicios de asistencia a la tercera edad (aptdo E), por ello nos parece que todas las prestaciones del ámbito contributivo están preferentemente dentro del apartado 1 del artículo 14 y el resto en el apartado 2 del mismo precepto.

91. Tales como rentas de inserción, salario social, subsidios de subsistencia, ayudas familiares, etc.

92. Véanse las SSTC 76/1986, de 9 de junio, Fto. Jco. 6º, publicada en el BOE de 04.07.1986; la núm. 146/1986, de 25 de noviembre, Fto. Jco. 2º, publicada en el BOE de 10.12.1986, y la núm. 13/1992, de 6 de febrero Fto. Jco. 13º, publicada en el BOE de 03.03.1992.



Con esta diversidad legislativa a nivel autonómico, se corre el riesgo cierto de que unas Comunidades Autónomas reconozcan unos derechos a los extranjeros en materia de servicios sociales y otras no, con lo cual depende de donde residan o se encuentren los extranjeros podrán acceder a diferentes prestaciones sociales, de servicios generales o específicos, con la consiguiente divergencia en el disfrute de éstos, igual que sucede con los mismos españoles.

Mientras los servicios comunitarios o de atención primaria, tienen por finalidad el logro de las mejores condiciones de vida para el pleno desarrollo de los ciudadanos en una atención polivalente, comprendiendo tanto la información y orientación, la cooperación social, la ayuda a domicilio, convivencia y alojamiento, reinserción social y prevenciones de todo tipo a través de diversos programas<sup>93</sup>; los servicios especializados se dirigen a determinados sectores de la población que por sus condiciones necesitan de una atención específica y diferenciada en colectivos tales como infancia, juventud, personas con discapacidad, drogodependencias, minorías étnicas, etc.

El párrafo tercero del artículo 14 establece como tercer grado de asistencia que los extranjeros tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas cualquiera que sea su situación administrativa. Debe de entenderse, sin embargo, que se trata de las no contributivas, pues de lo contrario se discriminaría a los propios españoles.

Es necesario destacar de este apartado el carácter ilimitado de su ámbito subjetivo, y también el carácter indeterminado de la atención material. A pesar de que el Tribunal Constitucional<sup>94</sup> delimitó el concepto de asistencia social como «el conjunto de acciones y de técnicas de protección que queden fuera del sistema de la Seguridad Social», es decir, una protección social de tercer grado, destinada a cubrir los huecos de las prestaciones contributivas y no contributivas demandadas por el usuario ante la insuficiencia propia de medios. Ahora nos encontramos con el problema de determinar qué debe entenderse por prestaciones «básicas». A ello se han dado diversas respuestas: desde quienes entienden<sup>95</sup> que lo más adecuado hubiera sido la distinción clara ente los servicios sociales básicos y los específicos; otros<sup>96</sup> han sugerido que la distinción podría referirse a la razón de necesidad, entendiendo por básicos los de carácter vital, como los sanitarios, educativos, atención por especial

93. ALONSO GARCÍA, B.: «El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la L. O. 4/2000, de 11 de enero», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, marzo/abril 2002, págs. 204 y 205.

94. STC 146/1986, Fto. Jco. 14º en relación con el Fto. Jco. 2º, publicada en el BOE de 10.12.1986.

95. GALA DURÁN, C.: «Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: Análisis de una nueva realidad», comunicación presentada a la tercera ponencia sobre «protección social de los trabajadores extranjeros», en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social «Derecho y libertades de los extranjeros en España», celebrado en Santander los días 8 y 9 de junio de 2001, Actas del Congreso, pág. 3.

96. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D.: «Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales», en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería* (coord. SANTOLAYA MANCHETTI, P.), Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 110.

vulnerabilidad por edad u otras circunstancias. Nosotros entendemos que lo más correcto es una interpretación técnica que se remita a las Leyes autonómicas de Servicios Sociales, en las que como hemos visto se distingue en todas ellas entre los servicios sociales básicos o primarios (que serían los del art. 14.3 L. O. 4/2000), y los servicios sociales especializados.

De todas formas, hemos necesariamente de valorar muy positivamente el avance que supone este apartado en la protección social de los extranjeros, y particularmente de los trabajadores extracomunitarios en nuestra legislación, frente a quienes piensan que se trata de mera declaración retórica, lo cierto es que resulta un paso adelante frente a la legislación de 1985. Podemos pues concluir<sup>97</sup> que existen tres niveles distintos de prestaciones:

a) el derecho a las prestaciones contributivas, que le son reconocidas a los extranjeros en igualdad a los españoles, siempre que residan o se encuentren legalmente en España y ejerzan su actividad en el territorio nacional, según la legislación social<sup>98</sup>; es decir, con permiso de residencia y/o autorización para trabajar. También, como hemos indicado a la hora de analizar el Derecho comunitario y los acuerdos bilaterales firmados por España, las prestaciones contributivas pueden resultar igualmente de los tratados internacionales, como reconoce la jurisprudencia constitucional<sup>99</sup> que tras denegarse el derecho a un trabajador del mar residente marroquí por no estar reconocido ni en el convenio bilateral entre España y Marruecos, ni en el convenio 97 de la O. I. T., sin embargo procede la prestación por desempleo por el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos de 27 de abril de 1976, lo que a su vez a sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria<sup>100</sup>.

Aunque no debemos perder de vista, que como se recogía en el R. D. 864/2001, respecto de las cotizaciones por desempleo, con base en la Disposición Adicional Octava, no se cotizará por las contingencias de desempleo en las contrataciones de extranjeros titulares de permiso de trabajo tipo F (trabajadores transfronterizos) y de temporada (antiguos A y T). Cotizaciones por desempleo también excluidas del régimen especial del servicio doméstico, de manera que afecta a un segmento importante de la población inmigrante, lo cual tiene un carácter injusto, según nuestro criterio.

97. DURENDEZ SÁEZ, I: «Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España», en *Rev. Española del Derecho del Trabajo* núm. 120, nov-diciembre de 2003, págs. 834-835.

98. Artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994., según Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, publicado en el BOE de 29.06.1994.

99. Nos referimos a la STC 130/1995, de 11 de septiembre, publicada en el BOE de 14.10.1995.

100. En el Fundamento Jurídico 5, de la conocida sentencia de 31 de enero de 1991 del T. J. C. E. se dispone que «aquel principio de no discriminación basada en la nacionalidad implica que al interesado cumplidor de todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones de desempleo no puede denegarse la concesión de dichas prestaciones por razón de su nacionalidad ...»

b) respecto de las prestaciones no contributivas, los nacionales de los países hispano-americanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos «que residan en territorio español» se equiparan a los españoles. Y en relación con los nacionales de otros países habrá que estar a lo que se disponga en los tratados, acuerdos y convenios ratificados o suscritos por España, o cuando les sea aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida<sup>101</sup>.

c) el tercer eslabón, lo constituyen los servicios sociales básicos, que tienen un carácter universal y comprenden a cualquier extranjero, con independencia de cual sea su situación administrativa en nuestro país<sup>102</sup>. Dentro de la definición de cuáles son esos servicios sociales básicos, hay sectores doctrinales<sup>103</sup> que los identifican con los servicios sanitarios, los educativos y los de atención social para personas en situación de especial necesidad. Aunque otros, a este respecto parecen entender que estarían incluidos también los que se dispensan desde fuera del marco de la Seguridad Social dirigidos a colectivos como el de las personas con discapacidad y el de los ancianos<sup>104</sup>, y las llamadas rentas mínimas de inserción establecidas en las Comunidades Autónomas con base en el artículo 148.1.20 de la C. E., cuyo sostenimiento está «al margen de toda obligación contributiva»<sup>105</sup>.

## Derecho de libertad de sindicación y huelga

El artículo 11 de la L. O. E. reconoce el derecho de los extranjeros a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, el cual podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España. De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga.

Sin embargo, respecto del derecho de sindicación, parece que la Ley ha querido distinguir entre la titularidad y el ejercicio del derecho, porque de un lado reconoce el derecho de los extranjeros a sindicarse o afiliarse libremente, pero después señala que sólo lo podrán ejercer en el caso de la estancia o residencial legal. Emplea por tanto una fórmula elíptica que quiere mantener un equilibrio imposible

101. Según se dispone en el artículo 7. 3 y 5 de la Ley Gral. de la Seguridad Social de 1994, y también ha sido reconocido en relación con el trabajo en el mar por la STSJ del País Vasco de 9 de junio de 1998, con amplia referencia a los Convenios de la O. I. T. ratificados por España, en Aranzadi Social 3572, 1998. Lo que también ha sido estudiado con amplitud por MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho al Trabajo*, 22 ed., pág. 612-613.

102. Véase sobre el particular la Resolución de 22 de febrero de 2000, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, publicada en el BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2000.

103. AA.VV. (coord. CAMPO CABAL J. M.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 121.

104. Regulados respectivamente por la Ley 13/1982 de 7 de abril, y el R. D. 1856/1979.

105. En este sentido se pronuncia la STC 76/1986, publicada en el BOE de 04.07.1986. Al igual que es una postura avalada por la doctrina. MONTROYA MELGAR, A.: «Fundamentos de la Seguridad Social», en *Curso de Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid 2000, pág. 45. y ALONSO GARCÍA, B.: «El derecho a la Seguridad Social y a los Servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000 de 11 de enero», en *Rev. Española del Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002, pág. 195 y ss.

entre el reconocimiento del derecho y su ejercicio. Se trata de una solución salomónica insostenible que evidencia la propia inseguridad del legislador en torno a la inconstitucionalidad de la solución adoptada. Salva teóricamente el reconocimiento formal del derecho, pero condiciona drásticamente su ejercicio negándolo a los trabajadores extranjeros irregulares.

Frente a la posibilidad del legislador de limitar el ejercicio del derecho a quienes tengan por objeto la tutela de sus intereses singulares<sup>106</sup>, o matizarlo como ocurre en relación a los funcionarios públicos, ha optado por la solución más radical de negarlo frente a los trabajadores que no se encuentren regularmente en España. La separación entre el derecho por sí mismo considerando y su ejercicio no es aceptable, pues sería un reconocimiento etéreo de aquel que de nada sirve<sup>107</sup> si no se cumplen los requisitos administrativos que permiten la residencia legal en España.

Partiendo de la remisión que el artículo 13 de la C. E. realiza a los Tratados internacionales para determinar el goce de los derechos y libertades públicas de los extranjeros recogidos en el Título I de la C. E., unido a la fuerza interpretativa de esos derechos fundamentales y libertades constitucionales según el art. 10.2 de la C. E. conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, que conforme al artículo 96.1 de la C. E. son parte integrante de nuestro Ordenamiento interno desde el momento de su publicación, debemos convenir que con arreglo al Derecho internacional ratificado por España, parece que el reconocimiento pleno al derecho de sindicación y huelga está garantizado en su normativa de manera reiterada, lo que ha sido vulnerado por el legislador español en la redacción actual del artículo 11 de la L. O. 4/2000 pendiente de la consideración del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, al menos cinco normas internacionales ratificadas por España reconocen el derecho de sindicación y huelga prohibido por nuestro legislador respecto de los extranjeros que se encuentren en situación irregular en nuestro país. De un lado, en primer lugar, el artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de «toda persona» a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Lo que se complementa, en este texto legal, con el artículo 2.1 que prevé que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza...»o por cualquier otra condición».

En segundo lugar, el artículo 8.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de «toda persona» a fundar

106. Por ejemplo los desempleados, o jubilados o incapacitados o autónomos, como se desprende del art. 3.1 de la Ley Orgánica 11/85 de Libertad Sindical de 2 de agosto, publicada en el BOE de 08.08.1985.

107. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000», *Rev. Derecho Social*, núm. 13, marzo 2001, pág. 37.

sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente y a promover y proteger sus intereses económicos y sociales. Establece, además, que «no podrán imponerse otras limitaciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos». Restricciones que no concurren para justificar las limitaciones de nuestro derecho de extranjería.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tercer lugar, en su artículo 22, se manifiesta en similares términos a los antes descritos.

El artículo 11.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en cuarto lugar, dispone que «toda persona», sin más adjetivaciones ni distingos, tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y el de asociación «incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Añadiendo en el apartado 2 del art. 11 que «el ejercicio de estos derecho no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos». Y precisa en su artículo 14 que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mismo «ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de... origen nacional».

En el mismo sentido, y en quinto lugar, el Convenio núm. 87 de la O. I. T.<sup>108</sup>, en su artículo 2 dispone que «los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las asociaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas», debiendo abstenerse las autoridades públicas de toda intervención que tienda a limitar tal derecho o a entorpecer su ejercicio legal (artículo 3.2.). Admitiendo expresamente regulaciones especiales para determinados colectivos como la policía o las fuerzas armadas en su artículo 9.1; sin embargo, no menciona en ningún momento a los extranjeros. Además, para más insistencia y como complemento a una interpretación auténtica, el Convenio núm. 98 de la O. I. T. que trata sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, también se mueve en ese plano de amplitud subjetiva, sin particularidad alguna respecto de los extranjeros.

Dentro de nuestro derecho interno, existen posturas y normativas encontradas. De un lado, los que niegan la universalidad del derecho de sindicación, invocan

---

108. Ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977, BOE 11.05.1977.

el artículo 28 de la C. E., que si bien dispone que «todos tienen derecho a sindicarse libremente», inmediatamente después establece que «la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos». Estas excepciones parecen luego ampliadas en concordancia con el artículo 28 de la C. E. con lo dispuesto en materia de libertad sindical por su norma reguladora<sup>109</sup>, en cuyo artículo 1 precisa que la libertad sindical se reconoce a «todos los trabajadores», si bien a continuación excluye de este derecho a numerosos colectivos: miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos de carácter militar, a los jueces y fiscales, etc. Y el artículo 3 exceptúa del derecho a fundar sindicatos, aunque se puedan afiliarse a los existentes, a los trabajadores autónomos que no tengan trabajadores a su servicio, a los trabajadores en paro y a los trabajadores con invalidez y a los jubilados. Por lo que se puede concluir<sup>110</sup> que si la legislación española regula estos derechos fijando limitaciones para su disfrute a los mismos españoles, no parece arriesgado aceptar, desde el punto de vista de las exigencias constitucionales, que esas limitaciones puedan ser fijadas también en el caso de los extranjeros.

*Sensu contrario*, hay quienes con fundamento en el artículo 36. 3 de la L. O. 4/2000, han argumentado<sup>111</sup>, en una interpretación que entendemos forzada de la letra de la norma, que los derechos de sindicación y huelga quedan salvaguardados en el caso de un extranjero que trabaje sin permiso, por aplicación de la cláusula del citado artículo por la cual «la carencia de la correspondiente autorización para trabajar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

A nuestro criterio, entendemos que, por un lado, se ha dado un paso atrás con la Ley Orgánica 8/2000 en esta materia, teniéndose presente que la redacción inicial del artículo 11 en la Ley Orgánica 4/2000 hacía referencia a «los trabajadores extranjeros que se hallen en España» indicando que tendrán el derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulan, pero sin condicionar como ahora su ejercicio a «cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España».

De otro lado, mantenemos que la actual regulación de esta materia contraviene claramente y conculca los tratados y convenios ratificados por España, que son

109. Véase el artículo 1 y el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto, cit.

110. Junto a DURÁNDEZ SÁEZ, I.: «Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 120, diciembre de 2003, pág. 837.

111. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PSOE contra la L. O. E., en el número VI de los Fundamentos Jurídicos Materiales.

parte de nuestro derecho interno, al menoscabar las garantías de que han de disfrutar todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa en nuestro país. Y ello es así tanto por la frontal contradicción existente entre la solución legislativa española y la internacional referida, y además porque no existen las razones objetivas previstas en los tratados que justifiquen las limitaciones que concurren en el artículo 11 de nuestra Ley, motivaciones tasadas y necesarias para el funcionamiento esencial de una sociedad democrática, tales como la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. Esta conclusión queda avalada por la línea interpretativa asentada por nuestro Tribunal Constitucional<sup>112</sup> quien resaltando la eficacia del artículo 10.2 de la C. E. ha afirmado categóricamente que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho debatido, con referencia en tal caso a la tutela judicial efectiva, a toda persona «sin atención a la nacionalidad». De otro lado el Alto Tribunal<sup>113</sup> considera que el artículo 21.1 de la C. E. reconoce el derecho de reunión «sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles, y a diferencia de otras Constituciones comparadas en las que este derecho se reserva expresamente a los ciudadanos». En el mismo sentido se mantiene respecto del derecho de asociación que «el artículo 22 de la Constitución reconoce también directamente a los extranjeros». Ese reconocimiento subjetivo indiscriminado que impide restricciones por razón de nacionalidad, son plenamente aplicables a los derechos de sindicación y huelga, máxime cuando está reconocido de manera pacífica que la sindicación es una específica concreción del género que conforma el derecho de asociación.

No es esta una línea aislada, sino que el Tribunal Constitucional ha seguido un planteamiento expansivo, sentando las bases de un reconocimiento amplio de los derechos de los extranjeros en España al margen de su concreta situación administrativa<sup>114</sup>.

En relación al derecho de huelga es mucho más escueto, e igual de restrictivo, pues tanto la titularidad como el derecho parece limitarse a quienes «estén autorizados a trabajar», lo que habrá que interpretar matizadamente, en el sentido de que el extranjero ostente el permiso de trabajo, pero no requiere que esté en activo, como sería el caso de jubilados, desempleados, etc.

112. STC 99/1985., en su Fto. Jco. 2º afirma que la tutela judicial efectiva es uno de los derechos que ha de reconocerse a todas las personas, como prevé el artículo 24 de la Constitución. St. cit.

113. STC 115/1987, Fto. Jco. 2º y 3º en los que reconoce los derechos de reunión y asociación a los extranjeros sin las trabas que imponía la L. O. 7/85. Es decir, el propio Tribunal Constitucional afirma que son derechos admitidos directamente por la Constitución a los extranjeros. St. cit.

114. Desde la ya citadísima STC 107/1984 hasta una de las últimas manifestaciones de esa tendencia, la STC 95/2003 de 22 de mayo.

No obstante, no podemos obviar aquí la dinámica real en el ejercicio de estos derechos, tanto el de asociación, sindicación, manifestación y huelga, de carácter político, por cuanto son derechos colectivos que están vinculados al mundo del trabajo asalariado de una manera consustancial e inevitable, admitiendo pocos controles externos el asociacionismo sindical por imperativo del artículo 7 de la C. E., existiendo numerosas muestras de que no se pueden reprimir en una sociedad democrática derechos fundamentales en la participación de la vida política y social, sobre todo cuando el ejercicio de esos derechos afecta a colectivos especialmente vulnerables y desprotegidos.

### **Derecho a la tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita**

Los derechos sin garantías se convierten en declaraciones retóricas, por lo que ya señalaba la doctrina clásica<sup>115</sup> que de nada sirve atribuir a los individuos determinados derechos si aquella atribución no se encuentra debidamente protegida. Y si respecto de la titularidad y ejercicio de los derechos antes vistos, hemos podido encontrar algunas diferencias entre españoles y extranjeros, no se puede decir lo mismo en materia de garantías constitucionales, ya que a los extranjeros se les aplica el régimen de garantías constitucionalmente previsto para los derechos, que son un elemento determinante de los derechos y las libertades que no varía por razón de la nacionalidad de su titular<sup>116</sup>.

En este sentido, el capítulo III del Título I de la L. O. 4/2000, en lo referente a las garantías jurídicas recoge tres artículos, tres aspectos relacionados estrechamente entre sí, pero diferentes, que resultan fundamentales como garantía judicial de los derechos de los extranjeros en nuestro país. Lo que garantiza la existencia de un estado social y democrático de derecho, está en buena medida, avalado por la protección judicial de los derechos de las personas, sin ningún tipo de distinción. Así, el artículo 24 de la C. E. establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión». Esto también vale para los extranjeros<sup>117</sup> de los que se predica que tienen derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de cual sea su situación administrativa o su nacionalidad<sup>118</sup>, siendo este reconocimiento un referente constante en la jurisprudencia constitucional<sup>119</sup>.

Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre

115. KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho e dello Stato*, Milán, 1978, 5ª edición, págs. 280 a 290.

116. CANO BUESO, J.: «Los derechos de los extranjeros en España; una perspectiva constitucional», en *Rev. De Derecho Político*, núm. 57, 2003, pág. 29.

117. Artículo 20 L. O. 4/2000 en su versión reformada por la L. O. 8/2000.

118. STC 99/1985, Fto. Jco. 2º.

119. Entre las últimas sentencias, en esta materia de reconocimiento de la tutela judicial efectiva del Alto Tribunal, citar la STC núm. 72/2005, de 4 de abril de 2005.



procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el art. 27.6 de la L. O. 4/2000 que sólo exige la motivación en la denegación del visado para los casos de reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, dándose como criterio general que los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes<sup>120</sup>, lo que no es sino una concreción del ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Además, se da un paso adelante con el reconocimiento legal de que en los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. Lo que significa, como en la realidad sucede, que son las propia organizaciones pro inmigrantes, con sus equipos técnicos y jurídicos, con su acceso a mecanismos de información y reciclaje continuos las que están en mejor disposición de defender los derechos de los extranjeros que, en pocas ocasiones, conocen en toda su extensión y en sus formas de ejercicio. Por lo que este reconocimiento hace verificable ese derecho a la tutela judicial efectiva.

En los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas, en los términos previstos por el art. 19.1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción.

Además de otros pronunciamientos del Alto Tribunal sobre la interpretación del reconocimiento de derechos fundamentales a los inmigrantes no regulares, como la tutela judicial efectiva limitado legislativamente a la obtención del beneficio de justicia gratuita y a los procesos administrativos y ejecutividad de las órdenes de expulsión, sin embargo el recurso de inconstitucionalidad<sup>121</sup> ha declarado nulo por inconstitucional el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, reconociéndose en consecuencia a los extranjeros que reúnan los demás requisitos exigidos por la Ley el derecho a la asistencia jurídica gratuita en cualquier proceso bastando con que sean residentes de hecho sin necesidad de que sean residentes legales. Cambiando así el sentido del tenor literal del artículo 22 de la L. O. 4/2000 que establecía que los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo<sup>122</sup>. Lo que ahora se ve ampliado a

120. Art. 21.1 L. O. 4/2000.

121. Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003 de 22 de mayo.

122. A cuyo efecto existen las correspondientes comisiones especializadas de abogados de extranjería, en los distintos Colegios de Abogados, destinados a cubrir por turno de oficio, esta asistencia especial.

cualquier tipo de procedimiento, dato que no resulta baladí en la materia que nos ocupa por cuanto muchos trabajadores extranjeros indocumentados no podían hacer valer sus derechos frente a las explotaciones laborales, y abuso de los mismos ya que no tenían reconocida la justicia gratuita aunque no dispusieran de medios económicos, estando mermado el ámbito objeto de aplicación de la norma que el Tribunal Constitucional se ha encargado de ampliar en una visión garantista de los derechos fundamentales de las personas como es el derecho a la justicia gratuita.

Además, termina señalando el párrafo primero del artículo 22, que tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Lo que suele ser bastante deficiente, recurriéndose con frecuencia a intérpretes que proporcionan las asociaciones, a o otros detenidos extranjeros, aunque los mismos están indocumentados y la traducción se realice sin las debidas garantías.

Amparados por ese principio de igualdad, una vez se es titular del permiso de residencia, se estipula que también en este ámbito los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.

Un elemento relevante, por lo que de juego puede aportar en el reconocimiento posterior de derechos ante los tribunales, lo puede constituir el artículo 10.1 en relación con el artículo 10.2 de la C. E. en lo que se refiere a los derechos vinculados a la dignidad de la persona, lo que puede conllevar un reconocimiento paritario de los mismos tanto se encuentre el sujeto en situación administrativa regular o irregular; y respecto de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España<sup>123</sup> que por disposición del artículo 96. 1 de la C. E., una vez publicados oficialmente en España forman parte del Ordenamiento interno, y además con rango supralegal.

Violación de la Ley de Extranjería de los Tratados Internacionales en la regulación de las siguientes materias:

–los derechos y libertades de reunión, asociación, sindicación y huelga como ya vimos.  
 –respecto al derecho al trabajo y a la Seguridad Social de los inmigrantes, que viola el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomará medidas adecuadas para garantizar este derecho». Lo que desde luego sería reiterativamente agravado si

---

123. Tratados cuya aplicación hemos analizado ampliamente al referimos al derecho de sindicación, reunión, asociación y huelga.

España hubiese ratificado determinados convenios internacionales en la materia de protección de los trabajadores inmigrantes que nos ocupan<sup>124</sup>. A lo que, además hay que añadir el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales citado que señala: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

–el derecho a la vida familiar de los inmigrantes, de tal suerte que el artículo 16.1 de la L. O. 4/2000 vulnera el artículo 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos según el cual «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia». En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17) y la Convención de Derechos del Niño (artículos 8 y 9).

–el derecho de todos lo inmigrantes a la educación. Si bien es intachable el texto del artículo 9. 1 y 2 L. O. 4/2000, el párrafo 3º, que restringe el derecho de la educación no obligatoria a los extranjeros residentes, vulnera el artículo 2 del Protocolo Adicional Primero de la Convención Europea de Derechos Humanos cuando afirma «a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción». Así como el artículo 13.2º.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 cuando indica: «La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita», lo mismo recoge el artículo 28.1º. c) de la Convención de los Derechos del Niño.

–vulneración de la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, al ser el artículo 22.2 de la L. O. 4/2000 contrario a lo dispuesto en el artículo 6.3.c) de la Convención Europea de Derechos Humanos que señala el derecho de toda persona a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial y a defenderse por sí misma o por un defensor y «si no tiene medios para pagarlo podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio». En los mismos términos se manifiesta el artículo 14.2.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Inconstitucionalidad de la que ya ha dado cuenta la STC 95/2003 de 22 de mayo al declarar en tal sentido el inciso del artículo 2.a) de la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita que limita el ámbito subjetivo de aplicación respecto de «los extranjeros que residan legalmente en España».

Violaciones de derechos, ya acreditadas internacionalmente al menos por los siguientes órganos<sup>125</sup>:

124. Nos referimos aquí al Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2003 una vez ratificado por 20 países miembros de la Asamblea, pero que no ha sido ratificado por España.

125. CHUECA SANCHO, A. G.: «Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 7, noviembre de 2004, págs. 123 a 138.

- a) el Comité de Libertad Sindical de la O. I. T., por el que se estudió el caso núm. 2.121, consistente en una queja interpuesta en marzo de 2001 contra el Gobierno de España por el sindicato Unión General de Trabajadores. Concluyendo el citado Comité mediante Informe Definitivo emitido en marzo de 2002 que España viola el Convenio núm. 87 de la O. I. T.<sup>126</sup>, en su artículo 2 que afirma «los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas». Libertad sindical que, según el artículo 9 del citado Convenio, solo se exceptiona en el caso de las fuerzas armadas y la policía.
- b) la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, aprobaba el 13 de diciembre de 1002, en su Segundo Informe Sobre España, publicado el 8 de julio de 2003<sup>127</sup> señala textualmente: «La Ley 8/2000 no concede a los trabajadores ilegales el derecho de asociación, de huelga ni de sindicación. Esta disposición ha sido muy criticada en determinados sectores de la sociedad civil española. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa comprende que se ha amenazado la constitucionalidad de estas disposiciones, y confía en que se tomará una decisión al respecto a la mayor brevedad»
- c) relatora especial de las Naciones Unidas para los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>128</sup>. De las catorce recomendaciones de su informe tras su visita a España, destaca la necesidad de que nuestro país ratifique la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; la revisión de nuestra legislación interna, a fin de que no se socaven los Derechos Humanos de migrantes y solicitantes de asilo.
- d) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que examina los derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en su informe emitido el 14 de mayo de 2004<sup>129</sup>, se manifestaba preocupado «por la precaria situación de un importante número de inmigrantes indocumentados que sólo disfrutaban de una protección limitada de sus derechos económicos, sociales y culturales... y urge al Estado parte a adoptar todas las medidas de protección efectiva de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales para todas las personas que residan en su territorio, de acuerdo con el artículo 2.2. del Pacto»<sup>130</sup>.

126. Texto ratificado por España y que desde su publicación en el BOE de 30 de abril de 1977, según el artículo 96 de la C. E. obliga jurídicamente a España.

127. Texto consultado en <http://www.coe.int/ecri>.

128. Gabriela Rodríguez Pizarro, relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en el tema de trabajadores migrantes, visitó España del 15 al 27 de septiembre de 2003, emitiendo su informe el 14 de enero de 2004. Documento E/CN.4/2004/G/17, de 10 de febrero de 2004.

129. Previo examen del Cuarto Informe periódico emitido por España. Documento E/C.12/1/Add. 99.

130. Anima, además, al Estado parte a promover la legalización de los inmigrantes indocumentados así como a que les permita que disfruten totalmente de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Hay otros dos grandes preceptos en nuestra Carta Magna que nos son de plena aplicación, tanto el artículo 13 que lleva la desconstitucionalización antes comentada, y que hay que interpretarlo a la luz del artículo 14 del mismo Cuerpo Legal, sobre el principio de no discriminación que se aplica, no a todas las personas, sino que recae solamente sobre los españoles, lo que ya hemos comentado que se atiene a la naturaleza constitucional de los derechos que establece según la jurisprudencia del Alto Tribunal varios grados o niveles de exigencia, desde aquéllos que afectan a la dignidad humana de todas las personas, y la de aquéllos cuya titularidad y ejercicio se difiere a lo señalado por las leyes y tratados internacionales suscritos por España, derechos de configuración legal, que pueden delimitar o incluso excluir su titularidad.

De todas formas, por lo que respecta a la enumeración de los derechos que a los extranjeros reconoce la Ley Orgánica de Extranjería hay que matizar que la misma no es exhaustiva porque, independientemente de que sería impensable que no se reconocieran a los extranjeros derechos tales como la vida, o el derecho al honor no explicitados en el texto normativo, el propio articulado de la L. O. 4/2000 establece que «los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución» a semejanza de lo dispuesto en el artículo 13 de ésta. Por tanto, no recoge la Ley un catálogo de derechos reconocidos a los extranjeros, sino que desarrollando el mandato constitucional regula las condiciones de su ejercicio, existiendo un evidente divorcio entre el texto normativo que responde a la voluntad del legislador, y la interpretación constitucional de aquél, mucho más respetuosa con los derechos de los extranjeros y garantista de éstos, afortunadamente. Por lo que no concebimos el conocimiento del derecho de extranjería sin acercarnos a la interpretación jurisprudencial del mismo, tanto a niveles de jurisdicción ordinaria como constitucional.

## TUTELA PENAL

Indisolublemente ligada al marco constitucional se encuentra la tutela penal que en nuestro derecho es bastante amplia según se ha ido desarrollando. Vertebrándose ésta sobre tres pilares fundamentales: de un lado la protección penal frente a la discriminación, reconociendo el derecho de las minorías y defendiendo el bien jurídico protegido por el tipo penal de la diferencia como derecho inalienable e indisponible<sup>131</sup> que viene amparado además en el artículo 14.2 C. E.; de otro lado

131. MACHADO MUÑOZ, M. D.: «El delito de discriminación en el ámbito laboral, en las prestaciones públicas y en las prestaciones privadas», en *Situación de la inmigración en Andalucía*, CES de Andalucía, 2001.

la incriminación del tráfico ilegal de personas; y el tercer escalón lo constituye la explotación laboral en varias acepciones.

Con un carácter previo, la discriminación constituye un elemento agravante genérico de la responsabilidad penal. Así el artículo 22.4 del Código Penal, cuando se refiere a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal computa como tales «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otras clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual...»<sup>132</sup>.

El Código Penal<sup>133</sup>, recogiendo la circunstancia núm. 17, del artículo 10 del Código Penal derogado, y mejorando su redacción<sup>134</sup>, establece un plus de protección de la igualdad con esta agravación específica de la responsabilidad penal, y que se puede aplicar a numerosos delitos contra la vida y la integridad, la libertad sexual, contra los delitos patrimoniales, abandono de la víctima, omisión del deber de socorro, etc.

Hay que dejar claro que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación, o participar de otras creencias religiosas distintas de las que caracterizan al sujeto activo del delito, haya de ser aplicada la agravante. Si el móvil que pueda presumirse razonablemente es independiente de la condición de la víctima, la agravante no operará<sup>135</sup>.

Tampoco se apreciará dicha agravante, cuando la pertenencia a otra raza o nacionalidad es consustancial del tipo penal, como ocurre por ejemplo con el art. 314 o 318 bis del Código Penal, donde ser trabajador extranjero es consustancial al tipo delictivo en la configuración del mismo. Por lo que no cabe gravar dos veces una misma conducta, lo que ocurriría a *sensu contrario*.

La protección frente a la discriminación se recoge en los artículos 314 redactado por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, 511 y 512 del C. P. Nos remitimos al apartado sobre infracciones y sanciones de este trabajo.

---

132. Que también hay que poner en relación con el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial hecho en Nueva York, el 7 de marzo de 1966.

133. Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre.

134. Aunque no nos parezca acertado hablar de «antisemitismo» por redundante e innecesario. La etnia en su proyección negativa comprende el antisemitismo, el antiarabismo, el antiinduisimo, etc. por lo que no son correctas mayores diferenciaciones ni matizaciones hacia unos colectivos a diferencia de otros que, así, pueden sentirse agraviados de manera innecesaria. Por ello, cuanto menos se distinga en este sentido, mejor.

135. RUIZ VADILLO, E. «Comentarios a las circunstancias agravantes», en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia* (coord. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), Trivium, Madrid, 1997, tomo I, págs. 856 a 859.

### III MARCO LEGAL INTERNO E INTERNACIONAL





## EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

El marco inicial, vendría determinado por ese vago y genérico reconocimiento del derecho al trabajo recogido en el artículo 10 L. O. 4/2000 al que ya hicimos referencia, y que viene concretado y desarrollado por los arts. 36 al 43 de la L. O. 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, enmarcados dentro del Capítulo III denominado «De la autorización de trabajo y regímenes especiales» del Título II que regula el régimen jurídico de la situación de los extranjeros. En este sentido el régimen jurídico se vertebra sobre dos sistemas de contratación: el régimen general abierto durante todo el año para los trabajadores por cuenta ajena y al que se dedica el mayor número de preceptos; y el sistema de cupos o contingente, al que la L. O. 4/2000 dedica el art. 39 y que luego trataremos, dividiéndose a su vez el primer tipo en permisos de trabajo por cuenta ajena y permisos de trabajo por cuenta propia.

Así mismo, hemos de señalar un tercer camino que las leyes de extranjería vienen recogiendo en sus disposiciones transitorias, con carácter excepcional, pero que supone el sistema hasta ahora más importante de acceso a la documentación en nuestro país de los extranjeros extracomunitarios, y nos referimos, claro está, a los sucesivos procesos de regularización que ponen de manifiesto, de por sí, el fracaso del sistema legislativo español en esta materia para adecuar la canalización de flujos migratorios, así como para atender a las necesidades reales del mercado de trabajo que asume toda esa mano de obra de manera irregular.

Sin embargo, expuesto ese marco general, conviene detenernos como si de un preámbulo al mismo se tratara, en el análisis del art. 36 de la L. O. 4/2000 que

viene a contextualizar el carácter general y básico, no sin algunas especificidades, lo que luego se desarrollará con más profusión. Así, como generalidades, podemos resumir que es necesario el permiso de trabajo a partir de los 16 años de edad<sup>136</sup> según establece el art. 36.1 L. O. 4/2000, teniendo la consideración de trabajador extranjero<sup>137</sup> toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, siendo preceptiva la resolución administrativa para poder contratar. Ahora llamadas autorizaciones lo que antes habían sido permisos en función de la última reforma legal de la Ley 4/2000<sup>138</sup>.

Otra de las novedades que introdujo la Ley Orgánica 14/2003 consiste en que la autorización se extingue si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso el correspondiente visado. Y es que el sistema anterior a la entrada en vigor de esta reforma, lo que preveía era que desde el momento en que el empleador realizase la solicitud de autorización de residencia y trabajo y presentase la oferta de empleo nominativa ante las autoridades españolas, el extranjero disponía de un periodo de dos meses para presentar la solicitud de visado que se tramitaba en paralelo al entonces permiso de residencia y trabajo, aunque internamente se cruzaran informes entre Asuntos Consulares para acreditar a la Oficina de Extranjeros que ya se había pedido el visado preceptivo, y a su vez, el Área de Trabajo y Asuntos Sociales de cada Subdelegación debiera comunicar al Consulado o Embajada española respectiva a través de la Dirección General de Asuntos Consulares, la aprobación o denegación del expediente de residencia y trabajo para que se aprobara o denegara en consecuencia la petición de visado cursada.

Hasta tal punto era masiva la presencia de extranjeros indocumentados en nuestro país, que la propia Administración del Estado facilitaba un impreso normalizado donde el trabajador, sin documentación en España, habilitaba o apoderaba mediante su designación ante el funcionario de la Oficina de Extranjeros, entonces meros negociados de extranjería, para que un tercero se personara ante las autoridades diplomáticas españolas en su país de origen y realizara la petición de visado. Luego cambió el criterio de la Administración, y para dificultar el acceso al mercado de trabajo de las personas indocumentadas en España, se exigió la comparecencia personal del extranjero en el país de origen para solicitar el visado, lo que por los

136. Véase el Convenio núm. 138 de la O. I. T., del año 1973.

137. Art. 64. 2 del Reglamento Extranjería 864/2001: «A los efectos de aplicación del presente Reglamento se considera trabajador extranjero a toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena».

138. Según recoge la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 14/2003, que establece que todas las referencias al término «permiso» incluidas en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, serán sustituidas por el término «autorización».

gastos de desplazamiento que ello implicaba y ante la inseguridad de que la solicitud de permiso de trabajo fuese desestimada suponía en la mayoría de los supuestos que el extranjero se retraía de acudir a su país de origen prefiriendo continuar en la situación de «indocumentación» pese a ser titular de una oferta formal de empleo.

En este sentido, la reforma supuso un limitado avance, por cuanto ahora es el empresario el que presenta la solicitud de autorización de residencia y trabajo junto a la oferta de empleo y demás requisitos, y una vez tramitada y resuelta afirmativamente su solicitud, el trabajador tendrá que desplazarse al país de origen, ya que si no queremos engañarnos lo normal no es la previsión legal de que el trabajador se encuentre en su país y sea contratado por el empresario por inspiración o recomendación familiar, a solicitar el visado ante las autoridades diplomáticas españolas en el plazo de un mes presentando la resolución afirmativa de autorización de residencia y trabajo, ahora ya con la certidumbre de que aprobada la solicitud de autorización en España será aprobada también la solicitud de visado.

Ello, a su vez ha encontrado dos dificultades añadidas. De un lado la introducción en la legislación española del supuesto de inadmisión a trámite de la solicitud de la autorización de residencia y trabajo si el trabajador se halla irregularmente en España, con base en el artículo 50.g) y 53 del R. D. 2393/04. Lo cual se presumía por parte de la Administración Central en un primer momento, aún vigente el artículo 84 del R. D. 864/2001, si el empresario presentaba el pasaporte del extranjero que era preceptivo, con un sello de entrada en España pero sin sello de salida, según las directrices internas de la propia Administración. Lo que fue rápidamente denunciado y corregido pues no siempre se estampilla el pasaporte a la salida del país, ni ello supone la evidencia de la presencia irregular del inmigrante en nuestro territorio, que bien podía haber remitido por correo o mensajería dicho documento, o salido por carretera de nuestras fronteras.

El segundo inconveniente que ha demostrado la práctica, es que con la tramitación del expediente de visado personalmente por el extranjero, pese a que se presenta con el mismo la resolución de la Subdelegación del Gobierno concediendo la autorización de residencia y trabajo interesada, es que se llega a denegar el visado estimando las autoridades consulares, después de la entrevista personal, que el extranjero extracomunitario se encontraba irregularmente en nuestro país en el momento de la solicitud por el empresario y de la tramitación de dicho expediente. Lo cual ha sido denunciado por los abogados españoles<sup>139</sup> manteniendo que el hecho de que las misiones diplomáticas en algunos países no admitan a trámite una soli-

139. En este sentido se expresó la conclusión novena de la mesa de trabajo núm. 4, del XV Congreso Estatal de Abogados de Derecho de Extranjería, celebrado en Zaragoza el 28 y 29 de abril de 2005, y cuyas recomendaciones ya han sido acogidas por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española. Véase en [www.reicaz.es/extranjeria](http://www.reicaz.es/extranjeria).

cidad de visado, o la resuelvan negativamente, cuando previamente ha sido dictada una autorización laboral favorable por el órgano competente en España basándose en la situación irregular del extranjero en nuestro país en el momento de la solicitud de autorización es considerada como totalmente ilegal y se propone que sea elevada una queja ante la Dirección General de Asuntos Consulares, a fin de que por parte de ésta sean realizadas las recomendaciones oportunas para evitar nuevas situaciones de este tipo.

Y una última consideración sobre este apartado primero del artículo 36 L. O. 4/2000, es que la exigencia de visado en el plazo de un mes desde la autorización, sólo se entiende correctamente aunque la Ley lo omita, respecto de la autorización inicial, puesto que en los casos de renovación no existe la necesidad del visado y los plazos para la misma son superiores al mes citado. Lo que sólo encuentra su explicación en una deficiente técnica legislativa que tenía que haber dispuesto, por ejemplo, que esta «autorización inicial...». Amén de que sea el trabajo, y el tiempo de la autorización para éste, el que domine sobre la situación de residencia, es decir, se adecua la residencia a la duración de la autorización de trabajo y no al revés.

En el párrafo segundo del artículo 36 se pone un especial hincapié en la tenencia de la titulación «especial» correspondiente cuando así lo requiera la profesión o puesto de trabajo de que se trate y, por supuesto, que aquélla se halle debidamente homologada. Esto nos sugiere, al menos, dos comentarios centrales. De un lado ¿qué entiende el legislador por titulación especial? Considerado desde un punto de vista rigorista, todo tipo de actividad exige de titulación. Así, quien quiera trabajar como empleada de peluquería o de cocinera en un restaurante, deberá acreditar los cursos homologados de peluquería o de cocina con la correspondiente titulación. Pero no parece ser que sea esa la vía por la que ha optado el legislador, porque en el artículo 50 e) del R. D. 2393/2004, cuando se refiere a la concurrencia de los requisitos necesarios para la concesión de la autorización de residencia temporal y de trabajo, indica que debe tenerse en cuenta «que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada<sup>140</sup> o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión». Por tanto la «capacitación» sule a la titulación. Y ello parece lógico, porque quien ha trabajado toda su vida laboral como albañil en su país de origen y conoce su profesión aun sin estudios ni títulos para ello, puede ser aquí un magnífico trabajador del gremio. Y en este sentido se pide por las autoridades laborales algún tipo de certificación laboral expedida por empresas en la que hubiese trabajado con anterioridad el solicitante en la misma actividad que ahora demanda,

140. Téngase en cuenta el Real Decreto 1830/2004, de 27 de agosto, por el que se establece un nuevo plazo para la entrada en vigor de determinados artículos del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior. Publicado en el BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2004.

lo que suele ser bastante fácil de conseguir en el país de origen<sup>141</sup>. O incluso, podemos entender el término capacitación en un sentido aún más laxo que también tiene acogida dentro del procedimiento habitual de tramitación de estas autorizaciones, cuando nos referimos a oficios básicos sin especial cualificación, como guardeses, peones agrícolas, mozos de almacén, empleadas de hogar, etc. lo único que se pide es la concurrencia de la edad necesaria, la integridad física y mental y de las condiciones mínimas para el desarrollo del trabajo, sin exigirse experiencia alguna, en una visión de capacitación entendida casi como capacidad civil para contratar y operar en el tráfico jurídico. En resumen, que la exigencia inicial de titulación del artículo 36.2 L. O. 4/2000 se interpreta de tres modos distintos: a) título para un puesto cualificado; b) certificado de experiencia laboral anterior en puesto similar; c) capacidad civil, entendida como aptitud y condiciones físicas mínimas para empleos básicos.

Respecto del segundo comentario, se refiere a la homologación de títulos, que supone un complejo y exasperante trámite que debe pasar por varios Ministerios y organismos, y que resulta normalmente insatisfactorio por la diversidad de programas formativos y titulaciones diferenciadas entre España y los países de origen. Lo que lleva a una carrera de fondo contra la Administración, que salvo sea superada por la paciencia del extranjero y su empleador, deberá tratar de solventarse con la acreditación certificada de la experiencia en dicho puesto de trabajo o similar.

El párrafo tercero del artículo 36 L. O. 4/2000 recoge la excepción a la regla general. Así comienza manteniendo el principio de que para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a la que el propio artículo hace referencia en el apartado primero. Sin embargo, tras una construcción jurisprudencial tomada a partir de las sentencias del Tribunal Superior de Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002<sup>142</sup>, se introdujo la reforma legal en el art. 36.3 LOEXIS mediante la cual aún sin papeles ni autorización sí hay contrato de trabajo, al entenderse este tal como lo define el Estatuto de los Trabajadores<sup>143</sup>, como contraprestación de servicios por dinero, lo que ha supuesto un apoyo imprescindible al reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores y las prestaciones que pudieren corresponderle y a evitar la explotación de los mismos, siendo frecuente en la *práxis* que al carecer estos de documentación y permiso de residencia y trabajo en nuestro país, no se les reconocieran los salarios del convenio aplicable, ni tampoco las pagas extraordinarias

141. En cualquiera de los casos, sea real esa experiencia laboral o figurada, lo normal es que por una módica cantidad cualquier empresa de tipo medio o familiar expida en el país de origen el mejor de los certificados de experiencia laboral en un campo de actividad concreta.

142. M. A. BALLESTER PASTOR: «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ de Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002», en *Revista Actualidad Laboral*, núm. 27, 2003, págs. 491-503.

143. Artículo 1. 1º del Estatuto de los Trabajadores R. D. L. 1/95: «la presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

ni la retribución de horas extras o la jornada laboral<sup>144</sup>. Todo ello, como veremos más adelante, también nos dará juego para solicitar la autorización de trabajo y residencia por arraigo laboral.

Finalmente, el artículo 36 recoge el principio de reciprocidad pero sólo para las autorizaciones de carácter inicial, que como trataremos en el capítulo referente a las mismas en el régimen general, se aplica a los nacionales de Chile, Perú y Uruguay sólo respecto de no tenerse en cuenta la situación nacional de empleo, pero serán exigibles el resto de requisitos que la ley marca al empresario y al trabajador, y todos los necesarios para el visado y la residencia.

Pero a pesar del texto del artículo 36 de la L. O. 4/2000, no a todos los trabajadores extranjeros se les exige una autorización administrativa para trabajar, ni existe una única autorización, ni todos tienen derecho a obtenerla, ni todos están en las mismas circunstancias. Así, hay en la doctrina científica quien habla de la exención, excepción, exigencia, privilegios y carencia de la autorización laboral<sup>145</sup>. Efectivamente, están exentos los comunitarios; exceptuados de autorización quienes tengan una residencia permanente, tarjeta de refugiado o apátrida, o la resolución de estar exceptuado. Pueden exigir la autorización, peruanos, chilenos y uruguayos en virtud de los tratados internacionales, si bien se pueden encontrar con el freno de la exigencia del visado. Están los privilegiados para los que no se tiene en cuenta la situación nacional de empleo, bien por tener una residencia por circunstancias excepcionales, o bien por estar incurso dentro del artículo 40 de la L. O. 4/2000. Y luego están los trabajadores carentes de autorización, los trabajadores en estancia irregular pero con derechos según el art. 36.3 de la L. O. 4/2000. Aquéllos preferentes por acuerdos bilaterales internacionales, y los ajenos a los mismos. Por lo que el régimen de la extranjería no es para nada uniforme, sino que depende de multitud de variables cada vez más confusas y prolijas a las que nos acercamos en este estudio.

## RESOLUCIÓN 45/158 DE NACIONES UNIDAS

Una vez centrado el marco de nuestra legislación interna, significar que no podemos olvidar la aplicación del Derecho comunitario en nuestro Ordenamiento, ni los tratados internacionales suscritos por España con base en los arts. 10, 13 y 96 de la Constitución, ni tampoco el extenso derecho «secundario» que desarrolla la Ley

144. En el capítulo XI de este trabajo se dedica un extenso análisis de la figura del contrato de trabajo del trabajador extranjero extracomunitario sin autorización para trabajar, al que nos remitimos.

145. MOYA ESCUDERO, M.: «¿Extranjería o extranjerías?», en *La inmigración en España: contextos y alternativas* (coord. GARCÍA CASTAÑO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, volumen II, Granada, 2002, págs. 551 a 565.

de Extranjería, reglamentos, decretos y ordenes, etc. que paulatinamente se irán concretando pues se trata de examinar, los modos de acceso al mercado de trabajo, analizando el régimen general con sus peculiaridades y excepciones, lo concerniente al contingente como opción preferente de nuestro sistema, y las regularizaciones como la vía más importante cuantitativamente hablando para acceder al mercado de trabajo en nuestro país, terminando con algunas alusiones al derecho comparado respecto de los países de nuestro entorno más cercano.

De otro lado, aunque se trate de una norma de *lege ferenda*, y no de *lege data*, nos parece sin embargo éste el lugar adecuado para hacer presente y analizar los contenidos básicos de la Convención Internacional sobre Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. No se trata de una norma comunitaria, y desde luego al no haber sido ratificado por España, ni por ningún país de la solidaria Unión Europea hasta el momento, no forma parte de nuestro Ordenamiento interno, aunque no perdemos la esperanza pues en la pasada legislatura, estando en la oposición el Grupo parlamentario socialista presentó una proposición no de Ley relativa a la firma y ratificación por parte de España de esta Convención Internacional<sup>146</sup>, que ha sido reiterada con el voto mayoritario del Parlament de Catalunya, que el 27 de julio de 2004 volvió a instar al Gobierno mediante una proposición no de Ley, presentada por el Grupo parlamentario socialista y otros<sup>147</sup>, si bien la última reforma consensuada de la Ley de Extranjería, dada por la L. O. 14/2003 se opone parcialmente en sus contenidos a dicha Convención, no pareciendo que sea esta la idea más cercana del legislador.

Si nos referimos a los antecedentes, se puede decir que ya desde principios del siglo XX, se planteó la necesidad de otorgar una protección que resultara eficaz a los problemas que se planteaban a los trabajadores emigrantes y sus familiares, sobre todo con el éxodo masivo de la década de los años 20 al continente americano, como una de las prioridades del Derecho Internacional. Llegándose incluso a concretar en la reunión de la Comisión Técnica de la Asociación para el Progreso Social, celebrada en Lieja los días 4 y 5 de julio de 1930, en el siguiente acuerdo: «...que los organismos internacionales preparen y elaboren un proyecto de Recomendación o Convenio internacional, que contenga los principios directores del Derecho Internacional de la migraciones humanas propuestos a las naciones para su aplicación en las Leyes, los Convenios bilaterales o los Tratados de Alcance más amplio»<sup>148</sup>.

146. Se recoge en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 9 de diciembre de 2003, serie D, núm. 636, págs. 10 a 12.

147. Véase el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 87, de 27 de julio de 2004, pág. 40.

148. MARTÍN GRANIZO, I.: *La política internacional de las migraciones de trabajadores*, Imprenta y Encuadernaciones Sobrino M. Minuesa, Madrid, 1930, págs. 22 a 25.

Sin duda alguna, el marco de la citada Convención Internacional abre horizontes nuevos de esperanza en el contexto de los derechos de los trabajadores migrantes, puesto que la Convención supone un avance en el reconocimiento internacional como mecanismo de superación de la vulnerabilidad de que son objeto y para hacer frente al uso de la inmigración irregular, que constituye uno de los objetivos estratégicos de la política de inmigración en tanto que fenómeno perverso tanto para los inmigrantes como para la sociedad de destino<sup>149</sup>, por lo que al socaire de la citada Convención tendría que ponerse el acento en la protección de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familias, más allá de la distinción entre extranjeros en situación regular e irregulares<sup>150</sup>.

Los pilares y objetivos fundamentales, a nuestro entender, en los que se sustenta esta normativa internacional, básicamente son:

- reforzar el marco legislativo internacional consagrado por la actuación de Naciones Unidas en defensa de los trabajadores migrantes y sus familiares.
- ampliar la vigencia de los derechos humanos fundamentales a todas estas personas ante la disparidad de legislaciones y restricciones de las mismas, siendo un colectivo de especial vulnerabilidad, «convencidos de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal».
- la integración normativa de los trabajadores irregulares en el ámbito de los derechos fundamentales y la lucha contra su explotación.

Entre las novedades fundamentales que aporta, a nuestro juicio, se encuentran las siguientes:

- de un lado la importante valoración y la incorporación normativa que se realiza respecto de los familiares, definidos como las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate (art. 4 de la Convención).

149. Comparecencia de la Secretaría de Estado de Inmigración, Consuelo Rumí, en el Congreso de los Diputados el día 29 de junio de 2004. Véase en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 49, de 29/6/2004, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales.

150. CAMOS VICTORIA, I. y ROJO TORRECILLA, E.: «La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias», en *Rev. Migraciones*, núm. 16, diciembre de 2004, págs. 7 a 40.



- el reconocimiento de derechos bajo el principio de no discriminación y de igualdad de trato<sup>151</sup>.
- la consagración de un amplio abanico de libertades y derechos<sup>152</sup>, que tienen un carácter más integrador y suponen un avance respecto de las legislaciones nacionales, de ahí la problemática de éstas para la ratificación de la Convención por lo que le supone de modificación de sus propias leyes.
- el establecimiento de unos mecanismos de control y seguimiento de la aplicación del Convenio, y una tutela efectiva a través de la Corte Internacional de Justicia<sup>153</sup>.
- la consideración de los trabajadores, no sólo desde el punto de vista de la mano de obra como factor de producción y la promoción de condiciones satisfactorias para los trabajadores en el ámbito de las relaciones internacionales, como lo recoge el artículo 64 del texto de la Convención, haciéndose hincapié en una vieja demanda ya colectiva, como señala el artículo 65, sobre la obligación de los Estados de facilitar la provisión de servicios consulares adecuados y necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares.

La Convención se articula en 93 artículos, divididos en nueve partes. Después de que dicha Convención entrara en vigor el día 1 de julio de 2003, tras obtener las 20 ratificaciones mínimas preceptivas, hoy son sólo 28 los Estados parte<sup>154</sup> debido, entre otras causas, a la falta de sensibilización de la comunidad internacional para con este colectivo de trabajadores inmigrantes<sup>155</sup>.

Aunque hicimos alguna indicación en el capítulo I de este trabajo, el ámbito subjetivo del mismo se comprende a toda persona trabajadora migrante y sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Define lo que son los familiares (art. 4), y clasifica a los trabajadores migrantes comprendidos en varias categorías, después de conceptualizar aquél como toda persona que realice una acti-

151. Artículo 7 de la Convención.

152. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, aportado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/185, de 18 de diciembre de 1990», en *Rev. Migraciones*, núm. 5, págs. 135-136.

153. El artículo 92 de la Convención recoge ese sistema de tutela judicial.

154. En la fecha actual, quince años después de su aprobación, y teniendo en cuenta las dos centenas de Estados que conforman la Comunidad Internacional, por orden alfabético las ratificaciones han sido de los siguientes Estados: Azerbaiján, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Colombia, Chile, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Kirgizistán, Libia, Mali, Méjico, Marruecos, Filipinas, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tadjikistán, Timor Leste, Turquía, Uganda y Uruguay. Llamativamente ninguno de los países industrializados y receptores de mano de obra inmigrante ha ratificado la Convención.

155. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990», en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, pág. 11.

vidad remunerada en un Estado del que no sea nacional con carácter pasado, presente o futuro, en trabajadores de temporada, fronterizo, marino, de estructura marina, vinculado a un proyecto, con empleo concreto y por cuenta propia.

Llama la atención en el apartado de las exclusiones de carácter subjetivo, los cooperantes, enviados con empleos oficiales, inversionistas, refugiados y apátridas, estudiantes, marinos y trabajadores de estructuras marinas no remunerados ni autorizados en el Estado del empleo.

Es importante, de otro lado, el avance normativo en la consagración de derechos humanos abriendo realmente el abanico, y consagrando un catálogo importante de los mismos que realiza la Convención «a todos los trabajadores migratorios y de sus familiares»<sup>156</sup>. De un lado, los más básicos inherentes a la persona, como la vida (art. 9), la integridad (artículo 10), prohibición de la esclavitud y trabajos forzados (art. 11) libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12); derecho de opinión y libertad de expresión (art. 13), respeto a la vida familiar y al honor (art. 14), derecho a la propiedad privada (art. 15), libertad y seguridad personales (art. 16), garantías frente a los expulsados (art. 22), o la garantía de la asistencia diplomática (art. 23). O el derecho de que los Estados Partes velen por el respeto de la identidad cultural de los trabajadores migratorios y sus familiares, sin impedirles que mantengan vínculos culturales con sus comunidades de origen, alentando los Estados las medidas orientadas en este sentido (art. 32).

De esta parte tercera, nos merece la pena destacar el derecho a la libre circulación, configurado como la posibilidad de salir de cualquier Estado y de regresar sólo al de origen (art. 8). El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 18), donde con un carácter extenso se consagra el libre acceso a los tribunales, la presunción de inocencia, derecho de apelación, de no ser sancionado por el mismo delito en dos países distintos y las garantías mínimas que son las propias recogidas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Lógicamente se reconocen los derechos a todos los trabajadores migrantes, frente a lo que recoge nuestra vigente Ley de Extranjería, a afiliarse libremente a cualquiera de los sindicatos y asociaciones legales, sin más restricciones que las propias en una sociedad democrática, como las que afecten al orden público, seguridad nacional o la protección de los derechos y libertades de los demás (art. 26). Sobresalen, en el ámbito laboral que nos ocupa, dos preceptos de la Convención:

Primero.– El referente a la igualdad en las condiciones de trabajo y empleo, prohibiendo en el artículo 25 que los trabajadores migratorios gocen de un trato que sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

156. Como reza el Título de la Parte III, sin tener en cuenta el carácter documentado o no de los mismos.

- a) otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término.
- b) otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

Advirtiéndose de la ilegalidad de menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona y obligando a todos los Estados Partes para que adopten las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Segundo.— De otro lado, el mismo trato que los nacionales en el acceso y prestaciones de la Seguridad Social, siempre que se cumplan los requisitos de la legislación aplicable correspondiente en cada Estado, consagrando un derecho indemnizatorio para el caso en que no se les reconozca ninguna prestación se les reembolse por el Estado en el monto de las contribuciones que hubieren aportado (art. 27).

Dentro del ámbito laboral, se insiste en la libertad de elección por parte del trabajador de su actividad remunerada, de tal manera que no se considerará que los trabajadores migratorios se encuentran en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia, por el solo hecho del cese de su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo o autorización análoga. A tal fin, según el artículo 49 de la Convención, para que dichos trabajadores tengan tiempo suficiente para encontrar otra actividad remunerada, no se les retirará su autorización de residencia, por lo menos por un período correspondiente a aquel en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo.

Se descarta la irregularidad cuando no haya libertad de elección de su actividad remunerada por los trabajadores migratorios, ni tampoco se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados. Dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y readiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo, con sujeción a las condiciones y limitaciones que se establezcan en dicho permiso.

Esa libertad de elección de la actividad remunerada, no obstante, no es una premisa absoluta, sino que el artículo 52 de la Convención recoge una serie de importantes excepciones que puede establecer el Estado de empleo, como el beneficio del Estado o la previsión legislativa nacional (aptdo. 2. a); exigir una residencia previa máxima de dos años en el Estado de empleo (aptdo. 3.a.); dar prioridad a los nacionales o personas asimiladas a los mismos, salvo que el trabajador migratorio tenga una residencia no superior a cinco años (aptdo. 3.b); o que haya ejercido actividad por cuenta ajena de forma que podrá pasar al ejercicio de la cuenta propia, en función del periodo de su anterior residencia legal en el país de empleo (aptdo.52.4).

Hemos de destacar el reconocimiento a la igualdad de trato respecto de los nacionales en dos niveles distintos: de un lado en el ejercicio de la actividad remunerada (artículo 55 Convención); y por otro, sin perjuicio de las condiciones para obtener la autorización de residencia o trabajo, también se gozará de la igualdad de trato en relación con programas y prestaciones, en concreto: a) la protección contra los despidos; b) l prestaciones de desempleo; c) el acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo; d) el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o poner término a otra actividad remunerada.

Ya dijimos que uno de los pilares de la Convención era la lucha contra la clandestinidad y la ilegalidad de los trabajadores<sup>157</sup>, de tal forma que los Estados parte, incluidos los Estados de tránsito, colaborarán con miras a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular. Entre las medidas que se adopten con ese objeto dentro de la jurisdicción de cada Estado interesado se contarán:

- a) medidas adecuadas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración.
- b) medidas para detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos o presten asistencia a tal efecto.
- c) medidas para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que hagan uso de la violencia o de amenazas o intimidación contra los trabajadores migratorios o sus familiares en situación irregular.

A través de las actuaciones inspectoras, y de los expedientes sancionadores, los Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular,

---

157. Véanse cómo los artículos 68 y 69 de la Convención concretan dichos compromisos contra la inmigración irregular.

incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo.

Los Estados parte en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista, como pueden ser por ejemplo los procesos de regularización. Y en este sentido se dispone que cuando los Estados parte interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar.

Las Partes VII, VIII y IX de la Convención se dedican a los términos de aplicación del texto (arts. 72 a 78), destacando la creación de un Comité de evaluación y seguimiento; se introducen unas Disposiciones Generales (recogidas en los art. 79 a 84) entre las cuales se significa la irrenunciabilidad de derechos y las adaptaciones legislativas de los Estados parte. Y las Disposiciones Finales (contenidas en los arts. 85 a 93), recogen el papel del Secretario General de Naciones Unidas, las cuestiones de ratificación y denuncia, y la resolución de controversias que pasarán primero por un intento de arbitraje tras el cual queda abierta la posibilidad de la denuncia a la Corte Internacional de Justicia.

La relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Gabriela Rodríguez Pizarro, en las conclusiones de su informe emitido el 14 de enero del año 2004, tras la visita girada a España en la segunda quincena del mes de septiembre del año 2003, incluyó entre sus recomendaciones al Estado español, la ratificación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

## CONVENIOS BILATERALES SUSCRITOS POR ESPAÑA

Sobre el régimen general recogido en la legislación española básica, esto es la Ley Orgánica de Extranjería y su Reglamento de ejecución, se prevé en la misma que dicho régimen jurídico puede verse alterado parcialmente, con la adopción de acuerdos bilaterales con terceros Estados, que por virtud del artículo 96 de la Constitución Española, una vez publicados los mismos oficialmente en España pasan a formar parte de nuestro Ordenamiento interno, siendo el Gobierno a quien corresponde articular dicha política exterior en función de las prerrogativas que le concede el artículo 97 de la C. E.

Tal es la virtualidad y eficacia de dichos acuerdos bilaterales, que los mismos son citados varias veces por la norma de extranjería. Así, el artículo 50 del actual Reglamento de Extranjería establece, in fine, «Igualmente, se autorizará a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo a los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto»<sup>158</sup>. Otra previsión legal viene contenida en el artículo 39 de la LO 4/2000, referente al contingente, en cuyo párrafo 6 se alude a que las ofertas de empleo realizadas a través del contingente se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos sin perjuicio de la posibilidad de realizar ofertas de empleo nominativas a través del procedimiento del contingente según las condiciones que determine el mismo.

Aunque existían escasos acuerdos bilaterales en este sentido firmados por España, excluidos aquéllos de la doble nacionalidad con los países sudamericanos y antiguas colonias, es a partir del Programa GRECO<sup>159</sup>, con la nueva normativa de extranjería cuando se comienza a intentar completar una incipiente política internacional con un doble objetivo: el control de flujos con los países emisores de mano de obra a través del instrumento del contingente que, a la postre no ha dado resultado, pero que hay que tener presente por cuanto de influencia tiene en el régimen de los trabajadores que se ven afectados por los mismos; y de otro lado incluir los compromisos de retorno y readmisión de los trabajadores indocumentados que llegan a nuestras fronteras.

Si bien la vigencia de dichos acuerdos es hoy plena, por el contrario la operatividad en su puesta en práctica pone de manifiesto deficiencias<sup>160</sup> y dificultades considerables que obedecen a distinto orden: como fórmulas complejas y burocratizadas, la resistencia de algunos sectores a satisfacer su demanda de trabajadores con irregulares; o el dato básico de querer negociar con países que, precisamente presentan grandes carencias en cualquier segmento de su administración y que son incapaces de ejecutar con éxito su parte de colaboración; siendo además bastante retóricos porque se acredita el carácter preferente una vez se produzca la autorización pero no se prevé un procedimiento abreviado distinto del recogido en la legislación española de extranjería.

---

158. Que en este sentido, ya hemos dejado dicho que tales acuerdos vigentes lo son con Chile y Perú. Además se ha invocado un acuerdo decimonónico con Uruguay que, al no haber sido derogado, los tribunales le han concedido toda validez jurídica.

159. Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2001, publicado en el BOE el 27 de abril de 2001, mediante Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración de 17 de abril de 2001, con una vigencia cuatrienal.

160. TRINIDAD GARCÍA, M. L.: «Los acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos escasos resultados», en *«La inmigración en España: contextos y alternativas»* (coord. GARCÍA CASTANO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, págs. 493 a 504.

Dichos acuerdos, son de muy diverso signo, y los podemos agrupar en las categorías siguientes en función de la diversidad de su contenido, son siete tipos de acuerdos:

- A) Acuerdos de readmisión, en virtud de los cuales aquellos extranjeros extracomunitarios que llegan a nuestras fronteras sin el correspondiente visado ni autorización, una vez identificado su identidad y origen de procedencia son devueltos de manera inmediata a su país de origen, solucionando así el convenio la falta de reconocimiento por parte del país de origen de dichos extranjeros como nacionales suyos, lo que implicaba un grave problema de integración y documentación, a los que trataban de dar respuesta los Centros de Internamiento Temporales de Extranjeros (CITE) de Ceuta y Melilla<sup>161</sup>.
- B) Acuerdos de doble nacionalidad, por los que en base a las razones históricas España reconoce la doble nacionalidad a determinados países con los que ha mantenido unos vínculos de naturaleza más especial.
- C) Acuerdos de asociación y cooperación, que son los concertados por la Comunidad Europea con terceros Estados, como hemos indicado más arriba, bien para reconocer determinadas zonas geográficas de mercado y cooperación económica y financiera comunes, o para asegurar un estatuto a los nacionales de dichos países con determinadas fases de intervención y acercamiento encaminadas a una futurible adhesión a la Comunidad Europea.
- D) Acuerdos de supresión de visados, que estaban suponiendo una fórmula de entrada masiva en España dada la ausencia del control del visado, y que paulatinamente se ha ido suprimiendo en base a estos acuerdos.
- E) Existe, en un cuarto grupo, integrado por los acuerdos bilaterales firmados por España para la regulación de flujos migratorios.
- F) También, referente a las condiciones de seguridad social, a tipos de prestaciones y seguros voluntarios, existe una serie de convenios que son complementarios de los anteriores. Si bien se puede realizar la crítica de la dispersión contractual existente, de tal manera que en breves períodos de tiempo se convenían diversos aspectos sobre las mismas materias, en lugar de ir a un procedimiento más completo y global de las relaciones entre dos países respecto de la contratación y derechos de los trabajadores de uno de ellos. Con lo cual, sigue dándose a este nivel ese aspecto de fragmentación que ofrece nuestra legislación, además de improvisación.
- G) El último grupo, sería el de aquellos acuerdos suscritos por España con terceros países para el reconocimiento recíproco de la validez de los permisos de circulación, a través normalmente del canje de notas.

---

161. Y que cuando se hacinaban y completaban su capacidad, procedían al traslado a la Península de dichos extranjeros, primero con una cédula de inscripción, luego con una resolución de expulsión inejecutable en el bolsillo.

La actividad diplomática desarrollada por España en estos últimos años ha sido, pues, verdaderamente importante cuantitativamente, hasta el punto de que ahora se trata de poner algo de orden en la misma<sup>162</sup>. Si bien desde el punto de vista cualitativo los acuerdos que más alcance han tenido han sido los destinados a la readmisión de extranjeros, y menos los de contratación, que por su extensión no son objeto de este trabajo, pero que debemos igualmente ponderar.

---

162. En este sentido véase la Resolución de 26 de enero de 2005, de la Secretaría General Técnica, sobre aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales, publicado en el BOE nº 34 de 9 de febrero de 2005.



## IV AUTORIZACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL



Recogido en el artículo 38 de la L. O. 4/2000, se distinguen dos supuestos bien diferenciados que implican regímenes distintos: la concesión inicial de la autorización y la renovación frente a su expiración. Ha de destacarse, como novedad esencial del Reglamento nuevo de Extranjería, la supresión de la tipología de permisos en materia de extranjería hasta ahora existente (tipo A, tipo B, inicial y renovado, tipo C, tipo D, inicial y renovado, tipo E, tipo F, tipo G y tipo T), siendo sustituida por una regulación pormenorizada de los distintos tipos de visados y autorizaciones de residencia y trabajo.

## CONCESIÓN INICIAL

### La situación nacional de empleo

#### *Fundamento*

La primera consideración legal que se establece normativamente es la ponderación de «la situación nacional de empleo», concepto jurídico indeterminado que viene a considerar la primacía de los nacionales frente a los extranjeros a la hora de optar por un puesto de trabajo, consagrando así un criterio de subsidiariedad para los extranjeros en esta materia, y que ya en la primera Ley de Extranjería<sup>163</sup> se establecía como requisito para la concesión y renovación del permiso de trabajo la apreciación de la existencia de trabajadores españoles, o comunitarios o residentes extracomunitarios autorizados a trabajar, en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante. No debemos tampoco olvidar que la situación nacional

---

163. Artículo 18.1. a) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

de empleo no sólo afecta a los españoles, sino a todos los extranjeros, comunitarios y extracomunitarios autorizados para trabajar en nuestro país, existiendo en la actualidad en torno a 150.000 extranjeros inscritos como demandantes de empleo ante las oficinas públicas<sup>164</sup>.

Es claro que la alta tasa de paro laboral nacional, situada en torno al 12 y 13% de la población activa, ha llevado a la consideración del legislador a procurar primero el bienestar y desarrollo de los propios nacionales frente a los terceros que, así con este criterio de subsidiariedad, nunca competirán con los españoles en la ocupación de un mismo puesto de trabajo, sino que vendrán a cubrir aquellos nichos laborales que los españoles ya no desean ocupar, preferentemente trabajos más precarios, de peor cualificación, de mayor penosidad y salarios más inferiores.

### ***Determinación conceptual***

Reglamentariamente<sup>165</sup> se concreta la determinación de ese concepto jurídico de «la situación nacional de empleo», de tal manera que con periodicidad trimestral el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, para cada provincia así como para Ceuta y Melilla, de acuerdo con la información suministrada por servicios públicos de empleo autonómicos. Este catálogo estará basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los servicios públicos de empleo, y se considerarán como ocupaciones las consignadas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones en vigor, que supone una novedad importantísima porque supone un elemento nuevo por el que se trata de unificar la tremenda disparidad de criterios en la interpretación de la situación nacional de empleo que cada oficina de los Servicios Públicos interpretaba.

### ***Comisión Laboral Tripartita de Inmigración***

La nueva Comisión Laboral Tripartita de Inmigración<sup>166</sup> se constituye como un órgano asesor colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, de la que formarán parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal. Dicha Comisión, a la que se refiere el apartado anterior, será informada sobre la evolución de los movimientos migratorios en España y, en todo caso, será consultada sobre la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y sobre la propuesta de contingente anual de

---

164. Según datos estadísticos ofrecidos por el Instituto Nacional de Empleo en su página web: [ine.es](http://ine.es).

165. Artículo 50 a) del R. D. 2393/2004.

166. Se regula la misma en la Disposición Adicional Decimoquinta del R. D. 2393/2004, un cuyo apartado tercero se establece que mediante orden ministerial se precisará su composición, forma de designación de sus miembros, competencias y régimen de funcionamiento.

trabajadores extranjeros, así como sobre las propuestas de contratación de trabajadores de temporada que se determinen.

Con la creación de esta comisión tripartita, según el Dictamen del Consejo de Estado<sup>167</sup> se busca la articulación de un instrumento de concertación, cuyas competencias, además de las que señala el propio Reglamento –participación en la elaboración del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura del artículo 50.a), y del contingente de trabajadores extranjeros en los términos de los artículos 77 y ss., también fueron desarrolladas vía Orden Ministerial<sup>168</sup>.

Recoge la citada Orden la naturaleza, fines y funciones de la Comisión Laboral Tripartita, además de su composición, funcionamiento interno y régimen administrativo aplicable como aspectos más destacados. Tiene un marcado carácter de órgano consultivo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, siendo su finalidad principal la de asesorar a los órganos superiores y directivos del Departamento en las actuaciones específicamente relacionadas con la gestión de flujos migratorios en materia laboral, quedando conformada con una composición equilibrada que se reparte entre ocho miembros representantes de la Administración, ocho vocales por parte de las organizaciones empresariales más representativas y otros ocho designados por las organizaciones sindicales más representativas, renovándose dicha composición cada cuatro años. Siendo fijados los criterios de mayor representatividad de las organizaciones sindicales y empresariales a través de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y otras normas legales pertinentes y concordantes.

Las funciones que la Comisión Laboral Tripartita tiene asignadas son las siguientes:

- a) conjunto de la gestión de los flujos migratorios y el procedimiento ordinario de contratación de extranjeros no comunitarios.
- b) propuesta de contingente, con anterioridad a su elaboración, siendo el punto de partida, pues, del mismo.
- c) propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.
- d) propuestas de concesión de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada, cuando los puestos ofertados en su conjunto superen el número de 300 trabajadores en los supuestos previstos en el artículo 55.2.a) y b) del Reglamento de Extranjería<sup>169</sup>.

Pero no sólo informan estos aspectos puntuales y taxativos, que son de la máxima importancia. Sino que también se les reconoce la facultad con un carácter

167. Dictamen 333203/2004, aprobado por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo de Estado de sesión de 16 de diciembre de 2004, sobre el proyecto de Real Decreto del Reglamento de Extranjería.

168. BOE de 10 de junio de 2005.

169. Que son las autorizaciones referentes a las actividades de temporada o campaña, con el límite de nueve meses dentro de un periodo de doce meses consecutivos; y también las autorizaciones de obras y servicios para el montaje de plantas industriales, redes de suministro y mantenimiento de equipos.

amplio de presentar propuestas a los órganos competentes de la Administración General del Estado sobre cualesquiera otras circunstancias que interesen al colectivo de trabajadores inmigrantes en España, así como aquéllas que redunden en una mejora de su integración social y laboral.

Carácter consultivo de la Comisión que, dada la importancia en la composición y en las funciones de la misma, nos parece que tendrá una notable influencia en la determinación de la política migratoria que, de nuevo, adquiere un marcado sentido laboral y utilitarista.

### *Eficacia*

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero. Asimismo, se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto que pretende cubrirse, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el servicio público de empleo concluida con resultado negativo. A este efecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en el plazo máximo de quince días, una certificación en la que se exprese que de la gestión de la oferta se concluye la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta.

### *Tramitación de la certificación*

Convendría detenerse en este momento en la práctica sobre la tramitación de la oferta genérica de empleo, cuya regulación contenida en el artículo 70 del derogado R. D. 864/2001 establecía que la gestión de la oferta de empleo presentada necesariamente ante el servicio público de empleo, se haya concluido con resultado negativo. Correspondiendo al empleador o empresario acreditar que, previo a la solicitud de permiso de trabajo inicial, ha instado la gestión de la oferta.

A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta.

No obstante, a los efectos de dicha regulación, la autoridad competente para resolver sobre el permiso de trabajo podrá sustituir la exigencia de este certificado individual por una certificación genérica del servicio público de empleo, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores. Dicha certificación tendrá validez durante dos meses.

La certificación genérica, como tal ha desaparecido en la actualidad, y fue utilizada reiteradamente por la Administración como parte del expediente al que el solicitante de autorización no tenía siquiera acceso, vulnerándose así el principio de contradicción, con la agravante, de que la resolución administrativa que denegaba la solicitud de autorización de residencia y trabajo, lo hacía motivándose precisamente en ese certificado genérico emitido por los servicios públicos de empleo con carácter provincial respecto de determinadas actividades económicas y que renovaba periódicamente, sin conocimiento del administrado. Afortunadamente, la Jurisprudencia<sup>170</sup> vino a cambiar este panorama, en el sentido de interpretar la insuficiencia de un certificado que acreditase la existencia de 10.000 peones agrícolas en paro en la provincia de Córdoba, por ejemplo, para denegar una solicitud de autorización de trabajo con base en una oferta de empleo para peón agrícola, sino que exigió el certificado de los servicios públicos de empleo pero individualizado al caso concreto; es decir, sobre la existencia de trabajadores dispuestos realmente a cubrir el puesto de trabajo ofertado.

Pero es que, además, como ahora junto al catálogo de puestos de difícil cobertura, se admite la gestión particular de una oferta de empleo ante el Servicio Público encargado de la misma, es necesario comentar las clases de certificados que se están dando por las distintas oficinas de empleo, así como las «claves» interpretativas de los modelos normalizados de oferta de empleo. En el primero de los supuestos, resulta cuando menos llamativo que la Administración Pública Autonómica o Estatal, responsable del servicio de empleo que debe gestionar las ofertas, utilice en las mismas provincias y localidades, modelos distintos de certificaciones con contenidos totalmente diferenciados. Mientras unos certificados se limitan a decir SI o NO existen demandantes de empleo inscritos para cubrir la oferta presentada por tal particular sobre tal puesto de trabajo; y otros certificados diseccionan la gestión realizada, y nos dicen cuántos trabajadores se presentaron a la entrevista, cuantos fueron rechazados por motivos imputables al trabajador, y cuantos por motivos imputables a la empresa, reinterpretando a su vez los funcionarios de los servicios, al amparo de instrucciones internas emanadas de responsables políticos, la existencia o no de trabajadores inscritos aptos para el puesto de trabajo ofertado.

Aquí se introduce el segundo aspecto comentado, porque la clave para determinar el sentido del certificado cuando concurren trabajadores a la entrevista, se encuentra en los ocho motivos de rechazo tipificados en el impreso de oferta de empleo, y que hay que hacer constar necesariamente en el mismo por la empresa ofertante.

---

170. En este sentido, la sentencia de la Sección Quinta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T. S. J. de Madrid, de fecha 29 de julio de 2004, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 359/2002, ponente Garandillas Martos.

Dada la importancia que adquiere el certificado como instrumento para acreditar la situación nacional de empleo y ante las divergencias de modelos existentes, así como de criterios interpretativos, haciendo uso de la facultad recogida en el artículo 51. 2 g) del Reglamento de extranjería el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales dispuso mediante la Orden 1745/2005 de 3 de junio<sup>171</sup> la regulación de la certificación que emite el Servicio Público de Empleo, regulando la información mínima que debe contener dicha certificación, en la que deberá constar expresamente la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta como consecuencia de la gestión de la misma y contendrá, al menos, el siguiente contenido:

- a) identificación del Servicio Público de Empleo que emite la certificación, y expresamente del responsable del Servicio Público que la emite, lo que sin duda supone una llamada de atención sobre la responsabilidad del mismo.
- b) identificación de la empresa, a través de su razón social y de su CIF/NIF/NIE en su caso.
- c) datos de la oferta de empleo, recogiendo necesariamente el identificador de la oferta, la fecha de presentación, el número de puestos de trabajo y la localidad así como la ocupación específica. Ante los contenidos variopintos y engañosos de las ofertas que la práctica había puesto de manifiesto, se exige ahora que aquellas estén formuladas de manera precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo y, por tanto, no contengan requisitos que no tengan relación directa con su desempeño.
- d) La certificación deberá ser acompañada con la copia de la oferta de empleo y la copia de la comunicación del empleador sobre el resultado de la selección si la hubiere.

El Servicio Público de Empleo realizará la gestión de dicha oferta en la manera que considere más adecuada con el fin de promover el contacto con el empleador de los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma. Y en el caso particular de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada del artículo 55. 2 a) y b) del Reglamento, referentes a los trabajos de temporada o campaña y montaje de instalaciones, redes de suministro o mantenimiento de equipos, las ofertas puedan ser puestas a disposición del Servicio Público de Empleo tanto nacional como autonómicos para que cualquier trabajador del territorio nacional pueda concurrir a su cobertura.

---

171. Orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales 1745/2005 de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50. a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el R. D. 2393/2004. Publicada en el BOE de 13.10.2005.



El empleador comunicará el resultado del proceso selectivo y desde entonces el Servicio Público de Empleo tiene un plazo máximo de quince días para emitir la certificación de insuficiencia, regulándose el silencio o incumplimiento de dicho plazo de emisión en el sentido que se entenderá que existen demandantes de empleo adecuados y disponibles suficientes para aceptar la oferta. Lo que supone un contrasentido, pues cabe la posibilidad de que el resultado de la selección comunicada por el empleador fuese negativo y el Servicio Público no emita en el plazo señalado la certificación lo que supone el efecto contrario por indicación legal. Entendemos que serán nuevamente los tribunales de justicia los que tendrán que reinterpretar los efectos de este silencio administrativo recogidos en la Orden Ministerial, que no pueden ni deben ir contra la naturaleza y realidad de las cosas ni tampoco premiar la dejación de actividad por parte del Servicio Público.

### *Disfunciones*

Sin embargo, la previsión legal no cierra el abanico de supuestos prácticos que suelen presentarse cuando, como ocurre en numerosos casos es el propio trabajador nacional el que desestima la solicitud tramitada por el servicio público de empleo por no serle adecuada a sus características. Lo que nos lleva a un callejón sin salida, en el sentido que normativamente el resultado de la oferta es negativo, a la par que existen demandantes de ese empleo concreto inscritos en los servicios públicos, quedando el empresario sin cubrir la oferta solicitada e inhabilitándolo además para tramitar el permiso a nombre de otro extranjero. Caso frecuente que suele ocurrir en los términos rurales con los empleos agrícolas, o bien con las empleadas de hogar en el sector del servicio doméstico. Y es que no podemos ocultar la realidad social de un amplio espectro de la población que mantiene la economía sumergida cobrando ayudas al desempleo mientras realiza alguna actividad económica no declarada, lo que entre otros muchos efectos tiene el de impedir el acceso al mercado laboral y la obtención de su documentación de no pocos inmigrantes en búsqueda de papeles.

Creemos que el certificado del servicio público de empleo, exigible legalmente, no debe ser el único documento para la contemplación de la situación nacional de empleo, y que por el principio de admisión de otras pruebas en el procedimiento administrativo<sup>172</sup>, dicha información pudiera contrastarse con otras fuentes documentales que ofrezcan también de forma fehaciente la situación real de carencia de mano de obra en determinadas localidades y sobre determinados ámbitos. Por ejemplo, serían admisibles los certificados expedidos por las organizaciones empresariales de ámbito provincial sobre la carencia de transportistas de largo recorrido o internacionales; o el certificado del concejal de empleo del Ayuntamiento

<sup>172</sup>. Previsto en los artículos 80 y siguientes de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común.

correspondiente sobre la cobertura o no de mano de obra local en una determinada actividad<sup>173</sup>. De tal manera que se ofrezcan ante la Oficina de Extranjeros que ha de resolver el expediente elementos valorativos para la correcta interpretación de «la situación nacional de empleo» determinante de la concesión o no de la autorización de residencia y trabajo interesada.

También añadiremos que ha sido corregida, jurisprudencialmente primero y normativamente después, la interpretación restringida para el derecho de los ofertantes que realizaba la Administración. Puesto que interpretaba la situación «nacional de empleo» en toda su extensión. De tal manera que se denegaba una solicitud de residencia y trabajo basada en una oferta de empleo cursada en Huelva como peón albañil, por ejemplo, no porque en Huelva existiesen demandantes en para inscritos en dicha actividad, sino porque en Barcelona sí había inscritos demandantes en paro en las oficinas públicas de empleo. Claro, que normalmente el trabajador desempleado de Barcelona no concurría a la oferta de Huelva, con lo que el extranjero se quedaba sin autorización y el empresario ofertante sin trabajador, al menos sin trabajador regularizado.

Esta práctica totalmente abusiva de la Administración, respondió en un determinado momento a criterios de política migratoria, en algunas ocasiones alentadas por determinados agentes sociales que mantienen el discurso de potenciar y maximizar los datos del paro nacional como elemento de presión social y de negociación ante determinadas contraprestaciones.

### *Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura*

En aras de concretar la definición del término «situación nacional de empleo», el apartado a) del artículo 50 del Reglamento de Extranjería, prevé como una novedad legislativa importante en esta materia por primera vez en nuestro país, un instrumento para la determinación de aquélla que es el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, siendo desarrollado el mismo a través de la Resolución de 8 de febrero de 2005, sin peder de vista que no es un criterio además excluyente, sino que admite certificaciones individuales de empleo para otros sectores no contemplados como favorecidos en el Catálogo, que en definitiva pretende ser un instrumento de objetividad, de transparencia y de unificación de criterios entre oficinas públicas de empleo, a la vez que de celeridad en la tramitación de los expedientes para los empleadores que se ahorran, así, el penoso trámite ante las oficinas de empleo cuya duración venía oscilando de los 30 a 40 días, en el mejor de los casos.

---

173. Por la tanto, la capacidad probatoria del administrado que le concede la ley es fundamental para tratar de acreditar la realidad social. En este sentido, la Sentencia del T. S. J. de Cataluña de 21 de noviembre de 2003.

Dicha Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal vertebró su contenido en tres apartados que conviene conocer: de un lado, el referente al criterio de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura; de otro, la metodología sobre la base de los datos e indicadores, de lo cual resulta un criterio de transparencia y objetividad en este punto siempre loable; y en tercer lugar impulsa el papel conferido a las Comunidades Autónomas, terminando con la previsión transitoria de que en la elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura correspondiente al primer trimestre del año 2005<sup>174</sup>, no serán de aplicación los plazos establecidos en los puntos primero y tercero de la Resolución<sup>175</sup>.

### Elaboración

El Catálogo, que será elaborado con periodicidad trimestral por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con la información suministrada por los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, previa consulta con la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, permitirá que los empleadores insten la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en el citado catálogo.

Por tanto, en virtud de la competencia que el mencionado artículo 50 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, concede al Servicio Público de Empleo Estatal, el Servicio Público de Empleo Estatal, según determina la Dirección General<sup>176</sup>, elaborará con periodicidad trimestral, en la primera quincena de cada trimestre natural, un Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para cada provincia así como para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que contendrá aquellas ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones que así se calificquen, de acuerdo con la información estadística disponible en la Base de Datos Estatal sobre la gestión del empleo en el último año.

La metodología para la elaboración del Catálogo se sustenta en dos pilares iniciales: los datos utilizados y los indicadores que se obtienen a través de fórmulas previstas.

### Papel de las Comunidades Autónomas

Si bien inicialmente se prevé que el Servicio Público de Empleo Estatal remitirá con periodicidad trimestral, antes del inicio de la segunda quincena del primer

174. Según se recoge en la Disposición Séptima de la Resolución de 8 de febrero de 2005.

175. Sin embargo, transcurrido dicho trimestre no se publicó el esperado Catálogo, que vio la luz en el mes de julio y cuyo contenido puede consultarse en la página web: [www2.inem.es/catalogoOcupaciones](http://www2.inem.es/catalogoOcupaciones).

176. Véase Disposición Primera de la Resolución de 8 de febrero de 2005.

mes de cada trimestre natural, a los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, los Catálogos correspondientes a cada una de las provincias de su ámbito territorial, la intervención de los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos va mucho más allá, y podrán incluir o excluir de dicho Catálogo aquellas ocupaciones que su experiencia en la gestión así lo determine, comunicando al Servicio Público de Empleo Estatal estas modificaciones en el plazo de los 30 días siguientes a la recepción del Catálogo.

El Servicio Público de Empleo Estatal remitirá dichos Catálogos con las modificaciones efectuadas por los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración al objeto de cumplir con el trámite de consulta al que se hace referencia en el artículo 50.a) del Reglamento de Extranjería.

Cumplido dicho trámite el Servicio Público de Empleo Estatal, en la última quincena de cada trimestre natural del año, pondrá a disposición de los órganos competentes para la tramitación de las autorizaciones de residencia y trabajo dirigidas al extranjero, el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura correspondiente, a los efectos previstos en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, en relación con la tramitación de estas autorizaciones cuyas solicitudes se efectúen a lo largo del trimestre natural siguiente.

De esta manera, se potencia el papel de las Comunidades Autónomas en un doble nivel: de un lado en lo que respecto a su implicación en la regulación de flujos y en la influencia consiguiente que se quiere mostrar de la necesidad de la integración por la sociedad de acogida, con lo cual serán estas administraciones territoriales las que redefinan el cupo de trabajadores que pueden admitir. Y en segundo lugar, porque se acentúa el papel de estas en las políticas activas de empleo, culminados los procesos de transferencias en determinadas Comunidades<sup>177</sup>.

### Jurisprudencia

Los tribunales han ido relativizando y devaluando el valor del informe y de los certificados emitidos por los servicios públicos de empleo o por el INEM, dado el contraste cada vez más evidente entre el tenor de éstos, en el sentido de mantener la existencia de trabajadores desempleados inscritos en las oficinas públicas demandantes de empleo, y la realidad del mercado laboral que de forma tangible constata la falta de mano de obra en determinados sectores de productividad y ámbitos geográficos. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de

---

177. En este sentido, la Comunidad Autónoma Andaluza vio transferidas en el año 2003 las políticas activas de empleo, y las oficinas del INEM pasaron a ser los servicios gestores del Servicio Andaluz de Empleo o SAE.

Cataluña<sup>178</sup>, donde frente a los 5.133 ofertantes de empleo que la Administración alega en el expediente administrativo para denegar la solicitud de autorización en base a esa situación nacional de empleo, se detiene la Sala en el examen de las concretas características del empleo que finalmente se pretende, indicando que «efectivamente en el presente caso se plantea en indicaciones genéricas que no descienden de forma trascendente al presente caso», de tal manera que hay que estar al caso y circunstancias concretas.

En este sentido, una de las novedades más recientes, respecto de la interpretación jurisprudencial en esta materia, viene determinada en los efectos negativos que generaba la carencia del certificado. Recordemos que el artículo 84.5 del derogado R. D. 864/2001 de 20 de julio, establecía que la autoridad competente podría resolver la inadmisión a trámite de la solicitud del permiso de trabajo «cuando el empresario o empleador no acreditase en su caso, que con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo». Pues bien, la sentencia de 21 de octubre de 2004 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo<sup>179</sup> declara la nulidad de pleno derecho del apartado 5 citado. En este sentido el actual artículo 54 del R. D. 2393/2004 mantiene en el apartado b) cuando lo exija la situación nacional de empleo y en el apartado j) que concurra alguna causa de inadmisión a trámite, pero el tenor literal del antiguo artículo 84.5 del Reglamento ha sido eliminado del Ordenamiento.

No hemos de olvidar tampoco, lo que luego tendrá una trascendencia fundamental en las causas de denegación de la autorizaciones de trabajo por cuenta ajena del artículo 53.1.b) del R. D. 2393/2004, referente a la valoración de la situación nacional de empleo<sup>180</sup>, porque el Tribunal Supremo ha ido creando una jurisprudencia que corrige de manera importante la actuación de la Administración denegatoria de permisos de trabajo fundada en la existencia de desempleados para la ocupación laboral ofertada, y mantiene que la constatación de excedente de mano de obra nacional para el puesto de trabajo de que se trate, no es suficiente para fundamentar la decisión denegatoria del permiso de trabajo, exigiendo la demostración de que un español o asimilado, con la competencia precisa para el desempeño del puesto laboral ofertado manifieste su deseo real de ocuparlo de manera específica y concreta<sup>181</sup>.

178. Sentencia de 21 de noviembre de 2003, de la Sala de Contencioso-Adtvo, recurso 684/2001. Magistrado ponente Manuel Táboas Bentanachs.

179. Publicada en el BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2005.

180. SÁEZ LARA, C.: «Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extracomunitarios», en *Actas del III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, (coord. Andreo Tudela J.C.), celebrado en Huelva., Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2003, pág. 55.

181. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1997, entre otras.

## Excepciones a la situación nacional de empleo

No obstante, no es esta circunstancia de la situación nacional de empleo un mandato absoluto, sino que tiene dos excepciones.

En primer lugar, en el sentido de que el propio artículo 40 de la L. O. 4/2000<sup>182</sup> establece aquellos casos en que tal circunstancia no sea tenida en cuenta cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigida a los supuestos descritos, que tienen un sentido de *numerus clausus*, y cuya enumeración resulta larga pero que obedece a razones concretas de política legislativa que pueden agruparse en cuatro apartados:

1.– Razones empresariales o productivas, que descartan la ponderación de la situación nacional de empleo, potenciando los valores de la economía de mercado:

- a) la cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente, que en tal sentido define como tales<sup>183</sup> los ocupados por aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general. Tendrán la misma consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deben poseer acreditada experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada esta última.
- b) los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.

2.– Razones de protección a la familia, tras las que subyace el artículo 39 de la C. E. Así:

- a) el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que éstos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario<sup>184</sup>, lo cual para algún sector de la doctrina<sup>185</sup>, no

182. Según redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre.

183. Disposición Adicional Duodécima R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre.

184. Introducido en la última reforma de la L. O. 14/2003 de 20 de noviembre, y que parece un acierto en aras a preservar la unidad familiar.

185. MOLINA NAVARRETE, C.: «Las reformas en el régimen jurídico legal de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social», en *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, julio 2004, pág. 146.

obstante, parece redundante y superfluo con la clarificación operada con la incorporación del nuevo apartado 3 del artículo 1 L. O. 4/2000.

b) los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española. Supuesto éste que se utiliza con frecuencia por los nacionales de estados sudamericanos que tienen hijos nacidos en España, y que aun siendo de padres sudamericanos no inscriben en el registro consular de su país en el plazo de tres meses desde el nacimiento, con lo que certificado este extremo por el correspondiente servicio diplomático del país de origen en España, junto a la partida literal de nacimiento del menor expedida por el Registro Civil de la localidad de nacimiento, conlleva la solicitud de la nacionalidad española con valor de presunción para el citado menor, lo que apareja la condición preferencial para los padres al ser ascendientes de un menor de nacionalidad española.

3.- Razones de arraigo, vinculación o permanencia en España, donde se pondera la trayectoria inmediata de la persona en referencia a nuestro país:

a) los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación. Pasado así el primer filtro de la situación nacional de empleo en la concesión inicial, no se exige en la renovación.

b) los extranjeros nacidos y residentes en España. No tendría sentido que tuviesen que concurrir como si de extranjeros recién llegados se tratara, pues aunque mantienen su nacionalidad, se presume su integración y el apego al país en el que residen.

c) los hijos o nietos de español de origen. Tras la intensa inmigración española de los años 20 y de la década de los 60 del pasado siglo, existe una diáspora de descendientes de españoles, cuyo retorno preferente se quiere así potenciar.

d) los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por el procedimiento previsto en el art. 31.3 de la Ley de Extranjería. Dicha autorización tendrá la duración de un año. Se refiere el citado art. 31.3 a aquellas autorizaciones de residencia temporal que podrá conceder la Administración por situación de arraigo, razones humanitarias o colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales, según se determinan reglamentariamente en el artículo 45 y ss. del R. D. 2393/2004.

e) los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país. Con lo que se quiere así dar una situación preferencial y premiar a quienes hayan observado el escrupuloso respeto por las normas de ordenación de los flujos migratorios temporales, sobre todo en lo referente al retorno voluntario<sup>186</sup>.

---

186. Introducida por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre.

4.– Razones de tipo humanitario, donde prevalecen las circunstancias personales del individuo, su vulnerabilidad, y la protección básica de sus derechos. En este grupo se encuentran:

- a) los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de refugiados por los motivos recogidos en su art. I. C.5.
- b) los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.
- c) los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

Además, estos supuestos del artículo 40 no tienen alguna de ámbito geográfico ni de sector de actividad en su concesión inicial<sup>187</sup>.

La segunda excepción al principio general de la situación nacional de empleo, viene recogida en el párrafo 4 del artículo 36 de la L. O. 4/2000 que habla de la aplicación del principio de reciprocidad<sup>188</sup> como determinante para establecer criterios especiales con determinadas nacionalidades. Más explícito es el Reglamento<sup>189</sup> cuando dispone: «Igualmente, se autorizará a trabajar sin atender a la situación nacional de empleo a los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto, así como a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo enrolados en buques españoles en virtud de acuerdos internacionales de pesca marítima. En este caso, se concederá validez de autorización para trabajar al duplicado de la notificación de embarque o renovación del contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles».

El criterio de reciprocidad ha sido paulatinamente eliminado en los tratados internacionales suscritos por España, siendo el más notable por su incidencia la eliminación del criterio de preferencia aplicado a los nacionales de Ecuador<sup>190</sup>, manteniéndose en la actualidad, dada su escasa incidencia cuantitativa en el fenómeno

187. Criterio introducido por la Circular de 20 de diciembre de 2005 de la Dirección General de Inmigración.

188. Se consagra legislativamente la línea jurisprudencial sentada, entre otras sentencias, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1997.

189. Artículo 50 in fine del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

190. Los ecuatorianos se beneficiaban de esa preferencia, en virtud del convenio de doble nacionalidad con Ecuador de 4 de marzo de 1964. Pero varió a raíz de la entrada en vigor el 5 de julio de 2000 del Protocolo modificador de dicho Convenio.



migratorio, sólo respecto de los nacionales de Chile y Perú<sup>191</sup>, en cuyo artículo VII de ambos Tratados se recoge que «... podrán especialmente ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social... todo ello en las mismas condiciones que los nacionales». La suspensión temporal del Canje de Notas de 14 de abril de 1959 sobre supresión de visados entre España y Perú, trae como consecuencia la exigencia de visado a los peruanos para entrar en territorio español y su concesión implica un verdadero acto administrativo y no un trámite formal. Por lo que si es preceptiva la autorización de trabajo para éstos, no lo es la del visado que pueda repercutir en aquélla.

Respecto del criterio de la reciprocidad, se le ha colado a la Administración, creemos que por despiste o error más que por criterios de política migratoria, un tercer Estado en el que hay que aplicar dicho criterio y por consiguiente no tener en cuenta la situación nacional de empleo. Se trata de Uruguay, en virtud del Tratado de Reconocimiento de Paz y Amistad celebrado entre la República Oriental de Uruguay y la de España en el año 1870 que establece en su artículo VIII: «Los súbditos españoles en la República de Uruguay y los ciudadanos de la República de España, podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender al por mayor y mejor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos, en vida, por muerte y suceder en los mismos por testamento o *ab intestato*, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos e iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la Nación más favorecida...».

Por su parte, el Tratado General de Cooperación Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España de 1992, establece en su artículo 18 que las partes acuerdan sin perjuicio de las disposiciones establecidas que, en lo que no fueren incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad. Lo que, en este caso además los tribunales de justicia han confirmado<sup>192</sup> ya de manera reiterada.

Esta situación esta vigente para Chile, Perú o Uruguay, sin perjuicio de la necesidad de obtener la autorización de residencia conforme a la legislación de extranjería.

## Requisitos y procedimiento

Aunque no recogidos en la Ley, existen otros requisitos de plena vigencia a ser considerados para la concesión inicial de la autorización de trabajo por cuenta ajena,

191. Convenios internacionales hechos en Santiago de Chile el 24 de mayo de 1958 (BOE 14.11.1958), y en Madrid el 16 de mayo de 1959 (BOE 19.4.1960).

192. Entre las últimas sentencias en este sentido, destaca la dictada por el T. S. J. de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de fecha 19 de octubre de 2004, en el recurso contencioso núm. 2499/2003, ponente García Otero. Aunque la jurisprudencia es, no obstante, oscilante.

además del comentado sobre la situación nacional de empleo, exigidos conforme a la normativa reglamentaria<sup>193</sup>, y que consisten en los siguientes:

- a) que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar.
- b) que las empresas solicitantes hayan formalizado su inscripción en el correspondiente régimen del sistema de Seguridad Social y se encuentren al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social. En los términos establecidos en el artículo 51 del Reglamento, se podrá requerir, además, al empresario que acredite los medios económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial.
- c) que las condiciones fijadas en la oferta de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad.
- d) que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada o que se acredite la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.
- e) que los trabajadores extranjeros que se pretenda contratar carezcan de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el Ordenamiento español.
- f) que los trabajadores extranjeros no se encuentren irregularmente en territorio español. Esta exigencia parece más clara desde la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, pero la jurisprudencia ha recalado en el hecho de que «el procedimiento general está pensado para la vía general, que incluye solicitudes de permiso por extranjeros irregulares en España»<sup>194</sup>, que en realidad sigue ocurriendo sin perjuicio de que *a posteriori* el trabajador inmigrante marche a su país dentro del plazo del mes desde la concesión de la autorización solicitada por el empresario, para la tramitación del preceptivo visado.

La otra consideración establecida en el artículo 38.2 de la L. O. 4/2000 es la limitación temporal de la duración de la autorización inicial, así como su limitación a un determinado ámbito geográfico, y además a un específico sector productivo o actividad económica. En este sentido la concesión inicial tiene una duración máxima de un año, y se pone por nuestra parte en entredicho la inadecuación de la limitación geográfica y sectorial a unos empleos normalmente precarios y a unos trabajadores con amplia movilidad.

El procedimiento para la tramitación de la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena viene recogido en el artículo 51 del R. D. 2393/2000, así como las

---

193. Vid. *supra*.

194. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del T. S. J. de la Comunidad Valenciana, de fecha 15 de abril de 2003.

causas de denegación de las mismas establecidas en el artículo 53 del Reglamento dado por el R. D. 2393/2004.

De tal manera, que según dispone el primero de los artículos citados, la legitimación para la solicitud corresponderá al empleador o empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero no residente en España, el cual deberá presentar personalmente o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial<sup>195</sup>, la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena ante el registro del órgano competente para su tramitación, correspondiente a la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral. La base de esa exigencia legal de comparecencia personal del empleador o representante legal la encontramos, de un lado en el propio artículo 40.1 Ley 30/92 que establece que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una norma con rango de ley, lo que se cumplimenta o lleva a efecto de la mano de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000, sobre los lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal, que fue añadida por la reforma de la L. O. 14/2003 de 20 de noviembre.

Es preceptivo que con la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena en modelo oficial se acompañe la siguiente documentación:

- a) el DNI o CIF o copias cotejadas notarialmente o por la propia Administración que expide los citados documentos, y documento de inscripción de la empresa en la Seguridad Social, o documento acreditativo de hallarse exento o certificación expedida por la Seguridad Social sobre dichos extremos; y en el caso de que la empresa esté constituida como persona jurídica, documento público que otorgue su representación legal en favor de la persona física que formule la solicitud.
- b) el contrato de trabajo o la oferta de empleo en el modelo oficial establecido específicamente denominada «oferta de empleo para trabajadores extranjeros».
- c) cuando la autoridad competente lo considere necesario para asegurar que el empresario podrá hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, éste deberá acreditar, con los documentos que expresa y motivadamente se le requieran, los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones. Normalmente, dichos documentos en el caso de empleadores individuales, son la declaración de la renta, además

---

195. Téngase presente lo recogido en el artículo 32 y 40 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Desde el punto de vista del Derecho Civil, el art. 1.259 C. C. a efectos de contratación establece que ninguno puede contratar en nombre de otro sin estar por éste autorizado, o sin que tenga por la ley su representación legal. Pero es en el régimen del mandato de los artículos 1.709 y ss. del Código Civil donde puede encontrar también encaje esta figura.

de certificados de estar al corriente en el pago de la Seguridad Social y con Hacienda, o los tres últimos boletines de cotización.

d) copia del pasaporte, o documento de viaje, en vigor, del trabajador extranjero. Se da la circunstancia frecuente respecto de aquellas personas cuyo pasaporte fue retenido como medida cautelar en un expediente de expulsión no finalizado, que luego ha decaído en caducidad pero que el pasaporte sigue retenido por la autoridad policial, que se realicen a través de los consulados y embajadas nuevos pasaportes que son los presentados con la solicitud de autorización.

e) aquellos documentos que justifiquen, si son alegados por el interesado, alguno de los supuestos específicos establecidos en el art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, referidos a no tener en cuenta la situación nacional de empleo.

f) la titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.

g) otros documentos que se hayan determinado mediante Orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales para evaluar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 50, lo que lleva a una desregulación de la materia, o habilitación de normativa de carácter inferior de dudosa legalidad y largo alcance que puede restringir sobremanera los derechos de las partes, empleador y trabajador, en el procedimiento.

Toda la documentación señalada deberá ser presentada necesariamente en las Oficinas de Extranjeros<sup>196</sup> y, en defecto de éstas, ante la Subdelegación del Gobierno, siendo las Oficinas de Extranjeros las unidades que integran los diferentes servicios de la Administración General del Estado competentes en materia de extranjería e inmigración en el ámbito provincial, con el fin de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa, ante el trasiego de personas anteriormente existente que acudían a la Tesorería de la Seguridad Social, a la Comisaría de Policía, al negociado de Extranjería y finalmente a registrar sus documentos en la Subdelegación, todo ello agravado con el desconocimiento de la normativa y la carencia de recursos humanos que llevaba a largas colas para ser atendido y recorrerse media ciudad exasperando al más paciente. Por lo que efectivamente, esta Oficina Integral de Extranjeros han permitido un avance, fundamentalmente conseguido con la aplicación de las nuevas tecnologías que ha supuesto cruce de datos informáticos entre distintas administraciones, y la mayor presencia de recursos humanos, que aun sigue siendo insuficiente para atender la demanda existente.

---

196. Cuyo régimen viene recogido en el Título XIII del R. D. 2393/2004, cuyo Capítulo I comprende las Oficinas de Extranjeros, que son reguladas por los artículos 159 a 162 del citado Reglamento.

Dependientes orgánicamente de la Subdelegación o Delegación del Gobierno correspondiente, funcionalmente lo son del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Ministerio del Interior. Entre sus principales funciones<sup>197</sup> están la recepción de solicitudes en materia de extranjería, asilo y apátridas, tramitación de procedimientos administrativos y sancionadores, elevación de propuestas, asignación del número de identificación de extranjeros, y la elaboración de la información estadística, fundamentalmente.

Una vez recibida la solicitud, la autoridad competente procederá a la instrucción del procedimiento y a su inmediata tramitación, y recabará de oficio el informe al respecto de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Tesorería General de la Seguridad Social, de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y del Registro Central de Penados y Rebeldes. Estos informes deberán ser emitidos en el plazo de diez días. Aquí debe tenerse en cuenta, que el informe gubernativo será negativo en caso de detenciones o denuncias en juicios de faltas, lo que nos parece inadecuado y a lo que deberá oponerse la presunción de inocencia y el principio del *non bis in idem*.

En el supuesto de que no se presenten los documentos recogidos en el apartado anterior, o no se acredite estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, se requerirá al interesado con la advertencia expresa de que, de no aportar los documentos o acreditar el cumplimiento de las citadas obligaciones en el plazo de diez días, se le tendrá por desistido de la petición y se producirá el archivo del expediente. Las deudas tributarias, cuando las haya, podrán ser objeto de fraccionamiento que si es autorizado por la Seguridad Social mediante resolución no será óbice para la tramitación positiva del expediente.

El Subdelegado del Gobierno o Delegado en las Comunidades uniprovinciales, a través de la oficina de extranjeros, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, resolverá de forma motivada, atendiendo a los requisitos previstos reseñados y, según el artículo 51.5 del Reglamento notificará al empleador<sup>198</sup> la resolución sobre la autorización de residencia y trabajo solicitada, a los efectos de que, en su caso, proceda al abono de las tasas en el plazo correspondiente.

Entendemos que la notificación deberá realizarse siguiendo las disposiciones recogidas en la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común, que dispone la notificación a los interesados, es decir, empleador y trabajador conforme al artículo 31 de la citada, de las resoluciones que afecten sus derechos e intereses, en el plazo inicial de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener en el mismo el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no

---

197. Recogidas en el artículo 161 del Reglamento.

198. Téngase en cuenta el artículo 31 de la Ley 30/92.

definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieren de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que puedan los interesados ejercitar aquellos otros que estimen procedentes, como recursos de revisión, o aquéllos de carácter extraordinario en vía administrativa o ante la jurisdicción contencioso administrativa<sup>199</sup>.

Lo que ocurre, es que el trabajador teóricamente no se puede encontrar en España de manera irregular, porque ello sería causa de inadmisión a trámite y denegación de la autorización conforme al artículo 53. j) del Reglamento. Aunque se le notifica al mismo en el domicilio designado por éste es España, que coincidirá con el del empleador la mayoría de los casos para evitar el conocimiento de la ubicación del trabajador irregular, o en otro domicilio en la provincia solicitante, manteniéndose aun así la suposición de que el trabajador no se encuentra en nuestro país, salvo que se derive informe a las autoridades policiales para que contrasten la vecindad existente en dicho domicilio.

Aplicándose igualmente con todo el rigor y detalle, la normativa explícita establecida sobre los pasos, formas y garantías para que la notificación alcance la eficacia jurídica y la fuerza legal que le corresponde, según recoge la Ley 30/92<sup>200</sup>, teniendo que recurrir en numerosas ocasiones ante el cambio de domicilio de los trabajadores extranjeros sin constancia del mismo en el expediente, a la publicación mediante anuncios en el Boletín Oficial de la Provincia, que pasa totalmente desapercibido para los interesados pero que permite poner fin al procedimiento. Se dan bastantes casos en que los propios extranjeros se personan en las oficinas de la Administración, ante la ausencia de noticias sobre su expediente y sólo en los casos de permisos por cuenta propia, modificaciones o cambios de permisos y renovaciones, para ser notificados personalmente mediante diligencia de comparecencia que se levanta expresamente en el expediente o con la firma del acuse de recibo devuelto en su momento. No así en los casos de solicitud de autorizaciones por cuenta ajena que podrían llegar a acreditar, en su caso, la estancia irregular del trabajador extranjero.

Cuando la resolución fuese favorable, se suspenderá su eficacia hasta la expedición, en su caso, del visado y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. En la comunicación al interesado se hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular.

La autoridad competente comunicará la resolución favorable, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la misión diplomática u oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del trabajador.

---

199. Así se establece en el artículo 58 de la Ley 30/92.

200. Sobre la práctica de la notificación habrá que estar al artículo 59 de la Ley 30/92.

En el plazo de un mes desde la notificación al empleador o empresario interesado, el trabajador deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación reside.

Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado. La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento. Ha existido una evolución en la aplicación de esta normativa, pues inicialmente no se requería dicha entrevista personal que, posteriormente, se ha hecho común.

Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará una copia al interesado. La casuística de las entrevistas en los consulados y embajadas españolas a lo largo del mundo, como nos podemos imaginar, es bastante amplia. Normalmente va desde el mero cotejo de la documentación, hasta la indagación sobre el modo en que se ha contactado o conocido al empresario que realiza la solicitud, a examinar los viajes anteriores al país de destino y las fechas de estancia en los mismos, a preguntar sobre las verdaderas intenciones del extranjero y la coherencia con su situación económica y familiar en su país de origen, etc.

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado. De acuerdo con lo previsto por la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, podrá realizarse la presentación por un representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad, o cuando se trate de un menor.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando a través del poder de representación, de otros documentos aportados en la solicitud o de datos que consten en la Administración, se evidenciase que el extranjero para el que se solicita el visado se halla en España en situación irregular, no se admitirá a trámite o, si tal circunstancia se advirtiera en un momento posterior, se denegará la solicitud de visado.

La solicitud de visado deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

- a) pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses. La vigencia mínima resulta novedosa y se incluye como prevención de posibles fraudes.
- b) certificado de antecedentes penales, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español. Si bien no se nos oculta, que la práctica en países poco desarrollados es que la corrupción administrativa fácilmente permite borrar los antecedentes penales o obtener un certificado «limpio» de los mismos sin mucha dificultad.
- c) certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional<sup>201</sup>.
- d) copia de la autorización de residencia y trabajo condicionada, que en su momento fue notificada al empleador.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera autorizado inicialmente la autorización.

Notificada la concesión del visado<sup>202</sup>, el trabajador deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la fecha de notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente. Lo que ha ocurrido en numerosos casos, en que el trabajador se encontraba en España irregularmente y ha solicitado el visado a través de un representante, no atreviéndose después a recogerlo por esperar procesos de regularización anunciados, por ejemplo. De todas formas, y pese a lo indicado sobre la realidad en la tramitación de los visados, tenemos que manifestar nuestra esperanza fundada en que mejore la situación descrita, fundamentalmente por una doble motivación: el anuncio ministerial de la dotación presupuestaria para la Dirección General de Asuntos Consulares demandada desde todas las instancias sociales y políticas, y también por las garantías que se incorporan en el nuevo Reglamento respecto de las competencias para la resolución de los

201. Es decir, enfermedades infecto contagiosas, defectos psíquicos o físicos, y además se incluye la no tenencia del VIH.

202. Contraviniendo el procedimiento administrativo común, la notificación se realiza a través de la publicación, normalmente un día fijo a la semana, en el tablón de anuncios de la embajada o consulado, de la relación de visados concedidos, comenzando desde entonces a contarse la fecha del mes para su retirada.



visados<sup>203</sup>, el procedimiento en los mismos mejorando las garantías del administrado de conformidad con el procedimiento administrativo común, sobre todo en lo referente a la acreditación de la recepción de documentos y notificación, hasta el punto que se dispone que un extracto del procedimiento dispuesto en el Reglamento se recogerá en el impreso de solicitud para conocimiento del interesado, por lo que se supone que se realizará en el idioma del país de origen<sup>204</sup>. Asimismo, la delimitación de plazos para la resolución que tiene su propio plazo frente a las demás solicitudes de autorizaciones laborales, según recogen los apartados 2 y 3 de la Disposición Adicional Octava del Reglamento.

Una vez recogido el visado, el trabajador deberá entrar en el territorio español, de conformidad con lo establecido en el título I del Reglamento, en el plazo de vigencia del visado, que no será superior a tres meses.

A partir de la entrada legal en España del trabajador, podrá comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación. Si bien por el desconocimiento de empresarios, gestorías, y a veces de los propios funcionarios, se exige la tarjeta de identificación del extranjero (T. I. E.) en la que consta la autorización de trabajar, para proceder a tramitar el alta, en vez de hacer valer directamente el visado concedido y la resolución habilitadora.

En el plazo de un mes desde la entrada en España, el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, personalmente y ante la oficina correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada por el extranjero.

Si en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no existiera constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, la autoridad competente podrá resolver la extinción de la autorización, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75.

Asimismo, la autoridad competente requerirá al empresario o empleador que solicitó la autorización para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores. En este sentido, es frecuente que cuando se trata de ofertas de trabajo «de favor», sea el propio trabajador el que adelante los costes de cotización de la Seguridad Social al empleador, o bien que el empleador recabe un

---

203. Disposición Adicional Quinta del R. D. 2393/2004.

204. En este caso, es la Disposición Adicional Sexta del Reglamento la que detalla ese procedimiento y garantías.

documento firmado del trabajador alegando éste que ha encontrado otra oferta del mismo sector y ámbito geográfico en mejores condiciones económicas, o que alegando el empresario que no se presentó a trabajar y que la relación no se ha iniciado, o cualquier otra excusa para justificar que él no ha procedido en el plazo legal a cursar el alta del trabajador.

La situación contradictoria, en la práctica se presenta cuando hay otro empleador que quiera dar de alta al trabajador en el mismo ámbito geográfico y sectorial de actividad. En teoría, el alta inicial sólo pueda darla el empleador que cursó la solicitud de autorización para trabajar y la oferta de empleo, ya que el expediente administrativo lo ha iniciado él y la resolución ha sido a su favor. Téngase en cuenta además, que ha sido examinada la capacidad y solvencia económica del empleador para la concesión de la autorización.

Sin embargo, en el periodo que transcurre desde dicha solicitud a la resolución completa del expediente con la obtención del visado en el país de origen, transcurren como poco del orden de los seis meses, que son más que suficientes para que objetivamente puedan cambiar las circunstancias que determinaron la oferta y la solicitud, las cuáles se mantienen en muchas ocasiones para no perjudicar al propio trabajador extranjero ansioso de documentación para su residencia en España. Por ejemplo, en los casos de empleadores de servicio doméstico, es frecuente que el anciano que se iba a cuidar esté hospitalizado o haya fallecido; que la familia se haya trasladado de provincia, que hayan cambiado los ingresos económicos de ésta, etc. Dada la gran casuística real existente, hay una permisividad en tramitar el alta en la Seguridad Social dentro del plazo que marca el Reglamento, si no a nombre del empleador solicitante, sí a nombre de otro en el mismo sector y provincia en el caso de los permisos iniciales. Pues si este cambio es posible *a posteriori* sin ninguna dificultad, durante la vigencia de la autorización, entendemos que también es perfectamente posible *a priori*, sobre todo si lo que se trata es de ordenar las relaciones laborales desde la realidad del propio mercado laboral y evitar situaciones fraudulentas.

Adquiere ahora un papel relevante la figura del visado, en esa idea de simplificar la tramitación y documentación, hasta el punto que el visado de residencia y trabajo por cuenta ajena incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la cual deberá hacerse constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje, según establece el propio artículo 52 del Reglamento, si bien en la realidad el avance en la simplificación del procedimiento es bastante cuestionable, porque se mantienen los mismos pasos anteriores a la reforma aunque cambie la validez jurídica de aquéllos. Así, necesitamos de la resolución administrativa, luego del visado y finalmente de la tarjeta de identificación del extranjero. Antes la auto-

rización iba aparejada a la resolución y ahora al visado, pero todos los documentos siguen siendo igual de necesarios.

A modo de recapitulación y resumen del procedimiento, sólo destacar que el sujeto legitimado para la solicitud de la autorización de trabajo y residencia a favor del extranjero es el empleador español, o el representante legal de la empresa, y que una vez tramitado el expediente y resuelto favorablemente, le será el mismo notificado al empleador, desde cuyo momento comienza el cómputo del plazo de treinta días para que el trabajador interesado solicite personalmente el correspondiente visado en la oficina diplomática o en la misión consular española correspondiente en cuya demarcación resida en el país de origen, acompañado del pasaporte, certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades de su país, certificado médico y copia de la autorización de residencia y trabajo condicionada. Salvo en caso de denegación del visado que será motivada, la concesión del visado deberá ser recogida personalmente por el trabajador en el plazo de un mes, a partir del cual dispone de tres meses como máximo para su entrada en España. Desde entonces, el trabajador podrá comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización. Vendrá obligado en el plazo de un mes, desde la entrada en España, a solicitar el trabajador la tarjeta de identidad de extranjero.

Como novedad sustancial en términos de política migratoria y de técnica legislativa, ahora todo este proceso de concesión de la autorización inicial de trabajo y posterior expedición del visado se condiciona a la efectiva afiliación y alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo improrrogable de un mes a contar desde su entrada en España, puesto que de lo contrario la autoridad laboral podrá resolver la extinción de la autorización de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del R. D. 2393/2004, requiriéndose igualmente al empleador solicitante de la autorización para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que si no resultare suficientemente justificadas podrán denegarse ulteriores solicitudes que presente dicho empleador por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores<sup>205</sup> Sin duda, ello supone un avance para evitar la economía sumergida, el tráfico de contratos, los fraudes de ley administrativos, unido a la necesidad de cotización y alta a los efectos de la renovación del permiso, pero a nuestro juicio la novedad se queda corta respecto a la consecuencia en el incumplimiento de dicha afiliación y/o alta a la Seguridad Social, puesto que es fácilmente eludible la consecuencia de no poder volver a tramitar otra solicitud bajo el mismo nombre, por lo que la capacidad disuasoria o coercitiva es bastante escasa, sin ocultársenos la dificultad que encierra para la empresa la contra-

---

205. Artículo 51.14 R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre.

tación de una persona extranjera a miles de kilómetros, que no conoce, y las incertidumbre mutuas que ello provoca, incluidos los cambios de estrategias migratorias por parte del propio sujeto migrante.

### Motivos de denegación e inadmisión a trámite

Mención expresa merecen los motivos de la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena<sup>206</sup>, habiendo existido una modificación importante en el régimen legal, pues aunque se mantienen básicamente los motivos, sin embargo, han sido reformulados y ya no aparece aquella cláusula del art. 74.1.k) del anterior Reglamento que basaba la denegación en la concurrencia de «cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente, mediante resolución debidamente motivada». Esto suponía un cajón de sastre que se dejaba en las manos discrecionales de la propia Administración, de dudosa legalidad al referirse a una restricción de derechos que no se encontraba tasada sino que se trataba de un *numerus apertus* con la consiguiente inseguridad jurídica e indefensión que ello supone, pese a la motivación exigida por la norma.

Tampoco se recogen ahora los motivos incluidos en la letra c) del art. 74 R. D. 864/2001, que hacía referencia a la denegación de la autorización de trabajar cuando la petición para emplear a trabajadores extranjeros fuese formulada por persona no autorizada legalmente para residir o trabajar en España o cuando no haya designado representante en España, caso de residir en el extranjero. Realmente, dada la farragosidad de la literalidad del precepto, lo más acertado ha sido su desaparición, porque además, el mismo resulta totalmente innecesario.

También ha desaparecido del tenor del actual artículo 53 del R. D. 2393/04 la causa de denegación prevista en la letra j) del artículo 74 del Reglamento derogado, que se basaba en que hubiese sido denegado el visado de residencia para trabajar o la exención del mismo. Ello puede interpretarse en el sentido del nuevo papel que se otorga la figura del visado que no puede ser contrario a la resolución administrativa previa lo que supondría una incoherencia, y de otra parte porque ha desaparecido como tal la figura de la exención del visado, aunque de facto sigan existiendo autorizaciones excepcionales que no requieren de la tramitación del visado, conforme, por ejemplo, se recoge en los diferentes supuestos de arraigo del artículo 45 del vigente Reglamento.

Dicho esto, será competencia del Subdelegado del Gobierno o los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, de forma motivada y expre-

---

206. Recogidos ahora en el artículo 53 del Reglamento que reemplaza al antiguo artículo 74 del R. D. 864/2001.

sándose en la resolución los recursos que contra ella procedan, el órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarlo y el plazo para interponerlos<sup>207</sup>.

Utilizando el sistema normal de recursos vía administrativa<sup>208</sup>, al ser la denegación de la autorización inicial una resolución que sí agota la vía administrativa, cabe interponer recurso de reposición ante el órgano que dictó el acto, dentro del plazo de un mes desde la notificación del mismo; o directamente en el plazo de dos meses desde esa misma notificación, se podrá interponer por el interesado el recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente según donde se tramitase el expediente y dictara la resolución que se recurre. También puede interponerse el recurso potestativo de reposición<sup>209</sup> y frente a la resolución que resuelva éste, en el plazo de dos meses interponer el recurso contencioso.

Los supuestos previstos reglamentariamente como causas de denegación, según recoge el artículo 53 del vigente Reglamento, son los siguientes:

- cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el Ordenamiento español. Condicionante que anteriormente no existía con esta redacción como motivo expreso para la denegación, pero que se podía entender embebido dentro del preceptivo informe gubernativo que en realidad hacía referencia a estos extremos.
- cuando lo exija la situación nacional de empleo, sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Este es lógicamente el principal motivo de denegación, si bien ahora se acota la excepción a los supuestos específicos del artículo 40 de la L. O. E., mientras en la redacción anterior se decía «sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el presente Reglamento», de tal manera que se ha mejorado la redacción.
- 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. Este es un caso que suele pasar, mayormente por desconocimiento, en algunos supuestos en los que el salario que se ofrece al trabajador extranjero en la oferta de empleo se hace consignar el «salario mínimo interprofesional», cuando por el contrario existe un convenio de su ámbito de aplicación ya sea nacional, autonómico o provincial, que mejora las condiciones salariales de dicha categoría y

207. Disponiéndose en este sentido en el artículo 89,3 de la Ley 30/92 que la resolución contendrá la resolución, que será motivada en los casos del artículo 54.

208. Hay que tener en cuenta la Disposición Adicional Segunda del R. D. 2393/04 sobre la normativa aplicable a los procedimientos. Y ello además de la Disposición Adicional Décima del propio Reglamento expresamente referida al régimen de recursos.

209. En este sentido, acudimos de nuevo a lo dispuesto en la Ley 30/92 que establece en su artículo 116, sobre el objeto y naturaleza del recurso potestativo de reposición. Y en materia de plazos lo recogido en el artículo 117.

puesto de trabajo<sup>210</sup>. También se denegará en el caso de que la contratación fuera a tiempo parcial, cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, salvo que se tratase del cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, o de hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados, de acuerdo con lo previsto en el art. 41.6 del reglamento.

– cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido improcedente o nulo, declarado por sentencia o reconocido como tal en acto de conciliación, o por las causas previstas en los arts. 50 y 51 referidos al despido colectivo y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, que habla de la causa de extinción del contrato cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo según el artículo precedente. Excepto en los supuestos de fuerza mayor. Ahora se incluye, frente a la redacción anterior, también el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores que recoge las justas causas de extinción que traen su origen en la voluntad del trabajador<sup>211</sup>, aunque con el trasfondo del perjuicio creado por el empresario, por lo que nos parece acertada esta inclusión del artículo 50 que antes servía como fraude de ley por el empresario para que no se computase esta causa.

– cuando el empleador solicitante haya sido sancionado mediante resolución firme en los últimos doce meses por infracciones calificadas como muy graves en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o por infracciones en materia de extranjería calificadas como graves o muy graves en el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. En este apartado, se mejora la técnica legislativa al concretarse el ámbito de la infracción, antes referido al «incumplimiento de la legislación social, en particular la relativa a inmigración». También se acorta el plazo que antes era de tres años desde la resolución firme sancionadora, lo que parece excesivo habida cuenta, sobre todo, de las dificultades reales de contratar legalmente a un trabajador extranjero, por lo que el nuevo plazo nos parece más razonable.

– cuando el empresario o empleador no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, o bien cuando, siendo requerido para ello en los términos establecidos en el art. 51, no acredite los medios

210. De ahí entiendo, que lo más acertado si no se quiere consignar una cantidad económica concreta, que no es deseable, es simplemente consignar en la casilla correspondiente los términos «según convenio».

211. En este supuesto se encuentran las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, así como la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado; y cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario.

económicos, materiales y personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo. En este apartado, aún alterando el orden, se mantiene prácticamente el mismo texto del Reglamento derogado. Si la exigencia de solvencia económica al empleador es un requisito razonable y necesario para garantizar los derechos del trabajador y las cotizaciones del propio sistema, sin embargo, nos caben más dudas sobre los términos de garantizar la actividad continuada durante la vigencia de la autorización, porque de un lado, objetivamente las garantías totales y absolutas son inviables, y por lo tanto no exigibles. Piénsese en un contrato de obra y servicio en el sector de la construcción: ¿cómo acreditar la continuidad de la relación laboral cuando depende de un tercero ajeno que es el promotor de la obra? O en las empresas multiservicios que están al socaire del mercado ¿quién puede asegurar hoy que durante un año de vigencia de una autorización va a existir la relación contractual? Cuanto más en aquellas relaciones de especial confianza como concurren en el régimen especial del servicio doméstico. Por tanto, ese criterio de la continuidad en la relación laboral cuando existe tanta precariedad en el empleo no puede ser exigido de forma rigurosa, sino interpretado de manera amplia, en el sentido de que no concurren circunstancias de las que resulte evidente la inmediata extinción de la empresa por ejemplo, o impedimentos para la ejecución de su actividad.

– cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, y medie mala fe. Se añade en el nuevo texto la «mala fe». Claro, éste es un concepto jurídico indeterminado de interpretación restrictiva y cuya prueba de cargo corre de cuenta de la Administración que la alega, pues dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico lo que rige es la presunción de buena fe y la exigencia de la misma en el ejercicio de los derechos<sup>312</sup>. De otro lado, la existencia de la falsedad en los documentos entendemos que no puede ser apreciada por el funcionario tramitador del expediente, sino que habrá que comunicarlo a la Fiscalía o a la autoridad judicial para que se inicien las correspondientes diligencias de averiguación de los hechos y determinación de los autores responsables de los mismos. La falsedad ha de quedar judicialmente acreditada, pues de lo contrario se estaría legitimando la arbitrariedad administrativa y se vulneraría el principio de seguridad jurídica. De igual manera, cuando la norma habla de formular «alegaciones inexactas», como concepto jurídico indeterminado y en aras a la protección de los derechos del administrado, debe ser interpretado con un carácter muy restrictivo, y sólo se entenderán por tales aquellas alegaciones cuya inexactitud resulte relevante y suponga cambiar el significado o contenido de lo declarado y ello tenga una relevancia en los datos exigidos por la norma y en el tramitación del expediente administrativo. No basta cualquier error matemático o de hecho en la cumplimentación del expediente. Nótese además, que

---

212. Artículo 7.1 del Código Civil: Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

antes de apreciar dicha circunstancia debería de requerirse al interesado para que subsanare la posible inexactitud en el plazo de diez días conforme al procedimiento administrativo<sup>213</sup>, por lo que es una circunstancia raramente aplicable y que tiene un carácter residual.

– cuando se carezca de la titulación especial exigida para el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera. Dado los complicados y laboriosos trámites de la homologación de títulos, y según ya vimos, se suple dicho requisito con la certificación de experiencia en la categoría profesional a la que se opta, que son mucho más fáciles de obtener.

– cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable. Esta circunstancia que viene arrastrada del Reglamento anterior en los mismos términos, aunque de fácil comprensión encierra en sí misma un amplio margen a la discrecionalidad. Primero porque no debemos olvidar que el informe gubernativo que se incorpora al expediente no se exhibe al interesado aun cuando pueda motivar negativamente la resolución, y por lo tanto no es de público conocimiento del mismo. En segundo lugar, porque desconocemos cuáles son las causas que pueden llevar a ese informe desfavorable. Nos preguntamos si bastaría una mera detención policial sin más consecuencias judiciales, o sería motivo para el mismo una infracción administrativa de la ley de seguridad ciudadana por portar una pequeña navaja, por ejemplo. O tal vez puede motivar el informe gubernativo desfavorable el hecho sancionable como infracción leve de no haber notificado el cambio de domicilio. Nos parece estrictamente necesario que las circunstancias que sean tenidas en cuenta por el informe gubernativo estén tasadas, pues de lo contrario éste puede servir de instrumento incorrecto de una política migratoria restrictiva respecto del acceso al mercado de trabajo por el régimen general.

– cuando el empresario solicitante haya sido condenado mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 314 del Código Penal o contra ciudadanos extranjeros, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Parece un defecto de técnica legislativa hablar de condena por delitos «contra ciudadanos extranjeros», porque ello nos podría llevar al absurdo de aplicarse de manera plena, en el sentido de que una imprudencia de circulación con vehículo de motor donde el perjudicado sea un ecuatoriano llevaría a ese empresario conductor responsable a no poder contratar en su empresa a ninguna clase de trabajadores extranjeros. Por ello, entiendo que la voluntad real del legislador es prohibir al empresario autor de los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 al 314, de los delitos contra el tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis, y todos aquellos en que concurra la circunstancia agravante del número 4 del artículo 22 del Código Penal, consistente en cometer el delito por motivos racistas,

---

213. El artículo 71.1 de la Ley 30/92.



antisemitas u otras clase de discriminación; o como autor del delito de asociación ilícita en caso de promover la discriminación, castigado en el artículo 515 del Código Penal.

– cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud. Las causas de inadmisión a trámite se encuentran establecidas en las Disposición Adicional Cuarta de la Ley, bajo el denominador de «inadmisión a trámite de solicitudes», y vienen a dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 que declaró, entre otros artículos, la nulidad del artículo 84.2 y 6 del R. D. 864/2001 de 20 de julio al vulnerar la reserva de ley, por entender que no tenía rango legal un Reglamento para restringir los derechos reconocidos tanto por la Ley Orgánica de Extranjería como por la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Lo que el legislador ha hecho en la reforma de la Ley 14/2003 ha sido incorporar aquel precepto reglamentario a la Ley Orgánica de Extranjería para salvar la objeción judicial.

No ha sido tampoco una transposición literal, del precepto reglamentario a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley, sino que se han añadido causas nuevas que veremos a continuación, y se han suprimido otras del anterior Reglamento, si bien en conjunto ahora son más los supuestos de inadmisión a trámite de solicitudes, o lo que es lo mismo, existe una mayor rigidez legal y administrativa en el acceso al mercado laboral.

Así, se ha suprimido el apartado 2 del art. 84 que hacía referencia a la falta de competencia del órgano a quien se dirige la solicitud, lo que resulta ahora exigencia en virtud del artículo 51 del Reglamento vigente que habla de presentación de la solicitud ante el registro del órgano competente para su tramitación, correspondiente a la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral, que por virtud de la Disposición Adicional Primera y salvo que expresamente se disponga otra cosa, la competencias serán ejercidas por los Delegados del Gobierno de las Comunidades Autónomas y por los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

Nótese que la norma hablaba de a «quien se dirige la solicitud», no donde se presenta la misma. Y era difícil aplicarse literalmente dicha causa, porque la solicitud al formularse la misma en un impreso tipo de la propia Administración, era difícil que se dirigiese a un órgano distinto del legalmente correspondiente.

Como señalamos en otro apartado, el artículo 84.5 del derogado R. D. 864/2001, establecía que se podría resolver la inadmisión a trámite de la solicitud del permiso de trabajo «cuando el empresario o empleador no acreditase, en su caso, que con carácter previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo». Frente a lo cual, la sentencia de 21 de octubre de 2004 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró la nulidad de pleno derecho del apartado 5 citado.

De otro lado, se ha suprimido el número 6 del antiguo art. 84, referente a las solicitudes presentadas utilizando procedimientos inadecuados de acuerdo con lo establecido en ese Reglamento. Nótese que ahora el artículo 51 del Reglamento, en su apartado 2, exige modelo oficial para la presentación de la solicitud de autorización y modelo oficial para la oferta de empleo, que entendemos se debe seguir exigiendo si bien ahora cabe que mediante el requerimiento de los 10 días por solicitud incompleta al amparo del art. 70 de la Ley 30/92.

La actual Disposición Adicional Cuarta recoge los supuestos que serán aplicados por la autoridad competente para resolver que inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en la Ley de Extranjería. A modo de consideraciones generales previas, podemos decir que las causas previstas en los apartados 1, 2, 3 y 6 pueden ser consideradas como un recordatorio de las causas que habitualmente se utilizan con carácter general en los procedimientos administrativos. Las verdaderas novedades vienen dadas por los supuesto 4, 5 y 7 que tienen en común como referencia básica la situación administrativa del extranjero, que podían haber sido reconducidos todos al supuesto de la estancia irregular, lo que con la salvedad incluida en el apartado 7 respecto al artículo 31.3 de la L.o 4/2000 no ha sido posible. Y a juicio de la doctrina científica<sup>214</sup>, esa consideración a la mera situación subjetiva de irregularidad como causa de inadmisión a trámite comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que no distingue entre ciudadanos españoles y extranjeros. Por lo que no basta la mera situación de irregularidad, sino que para inadmitir a trámite la solicitud con respeto a los criterios constitucionales, deberían de concurrir además una serie de circunstancias, previstas legalmente y que fuesen proporcionadas y se basaran en finalidades objetivamente adecuadas y razonables, de protección de bienes o intereses protegidos constitucionalmente.

Analizando las causas legales previstas en la Disposición Adicional Cuarta, son las siguientes:

- 1) falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación. Añadiéndose ahora ese inciso final, que es coherente con la legislación ya que se admite a quien ostente legalmente la representación legal empresarial.
- 2) presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido. Lo que en el caso de las solicitudes iniciales del régimen general, entendemos que no será aplicable, por cuanto en cualquier momento puede iniciarse la instancia administrativa.

---

214. AGUADO I CUDOLÁ, V.: «Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo de 2004, pág. 134.

3) cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado. Aunque compartamos el fondo de la denegación, no nos parece acertado su inclusión en las causas de inadmisión a trámite, que tal como se viene operando por la Administración, suponen un análisis inmediato, somero y sucinto de la documentación que se presenta, y que no es contrastado con los motivos de la anterior denegación y la documentación presentada entonces, lo que nos parece poco riguroso para tan grave consecuencia jurídica.

4) cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa. Este motivo, en su redacción actual traspasa la línea de la inconstitucionalidad pues, siguiendo el discurso del Consejo General de la Abogacía Española, parece que en caso de que no se haya dictado aún una resolución sancionadora se produciría, además de la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que como garantía procesal y principio constitucional recoge el artículo 24 de la C. E.<sup>215</sup>.

Téngase presente que la causa descrita afecta tanto a aquel caso en que se está tramitando el procedimiento administrativo sancionador como a aquel otro en que ya se ha dictado la correspondiente orden de expulsión. Y en el caso de que no haya aún una resolución sancionadora, además de vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción, se infringe el derecho a la presunción de inocencia que, como garantía constitucional y procesal recoge el artículo 24.2 de la C. E. Como ha recogido la jurisprudencia constitucional<sup>216</sup>, «no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el procedimiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas». Derecho que comprende que el inculpado debe considerarse como inocente mientras no haya un pronunciamiento firme en el que se declare su culpabilidad, cuestionándose así la causa de inadmisibilidad al faltar esa resolución firme y previa de culpabilidad. La mera concurrencia de un procedimiento sancionador, no puede servir de base para considerar culpable en otro procedimiento administrativo al inculpado, pues de lo contrario se vulnera el derecho a la presunción de inocencia. Y aunque ahora no nos encontremos ante un procedimiento típicamente sancionador, sin embargo la jurisprudencia viene reconociendo la aplicación de las garantías previstas en el artículo 24.2 de la C. E. al procedimiento que si bien no son estrictamente sancionadores tienen una estrecha vinculación con los mismos<sup>217</sup>, como ocurre en las inadmisiones a trámite que dependen de un procedimiento sancionador.

215. ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D.: *El derecho de presunción de inocencia y su extensión a los extranjeros en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, 1992, *passim*.

216. Así se ha pronunciado, entre otras, la S. T. C. núm. 76/1990, de 26 de abril. Publicada en el BOE de 30.05.1990.

217. MOYA MALAPEIRA, D.: «El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Rev. Justicia Administrativa*, núm. 8, julio 2000, págs. 279 y 280.

5) cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España. No dice expresamente que halla sido expulsado, ni que se encuentre ya fuera del país, sólo que tenga prohibida su entrada. Evidentemente, si es fruto de una sanción de expulsión y concurren nuevas circunstancias, como por ejemplo el matrimonio con un ciudadano comunitario o la paternidad sobre un descendiente que tenga la nacionalidad española, deberá pedirse primero la revocación de dicha resolución de expulsión que lleva aparejada la prohibición de entrada en España y una vez sea revocada la misma solicitar la autorización correspondiente de trabajo y residencia. Otro supuesto, viene recogido en el artículo 59 de la Ley de Extranjería, referente a la colaboración contra redes organizadas.

6) cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento. El problema de este apartado se centra en la interpretación abierta del término «manifiestamente», que puede caer en el criterio coyuntural y subjetivo del funcionario receptor de solicitudes del momento. Entendemos, por nuestra parte, que la carencia manifiesta de fundamento debe consistir en la falta de alguno de los requisitos esenciales para la contratación, pero deberá de ser extremadamente respetuoso por cuanto previamente a la aplicación de este apartado, habría que recabar aquellas omisiones o documentación complementaria al amparo del artículo 70 de la Ley 30/92.

7) cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del art. 31, apartado 3<sup>218</sup>. Ha ocurrido en diversas ocasiones que, con motivo de la presentación personal del empleador ante la Oficina de Extranjería de la solicitud de autorización de residencia y trabajo y oferta de empleo, ha sido asistido ingenuamente por el propio trabajador que lo ha acompañado<sup>219</sup> a las dependencias administrativas, lo que ha motivado de forma fulminante previa acreditación de su identidad, la aplicación de este precepto y la inmediata inadmisión a trámite de la solicitud. Supuesto que, a juicio del Dictamen de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española comporta una vulneración clara del derecho a la tutela judicial efectiva, que no distingue entre ciudadanos españoles y extranjeros<sup>220</sup>.

8) cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley. Está clara de un lado la exigencia legal, contenida en la Disposición Adicional Cuarta del Reglamento vigente que establece sobre la legitimación y la representación que de conformidad con la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en terri-

218. Que hace referencia a la posibilidad de la Administración de conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, razones humanitarias, colaboración con la justicia u otras razones excepcionales, que ha sido desarrollado por el artículo 45 y siguientes del R. D. 2393/2004. No siendo necesario en estos casos la tramitación del visado, precisamente porque el extranjero se encuentra en nuestro país.

219. A veces, sobre todo, tratándose de personas mayores que necesitan para su traslado del apoyo físico del personal extranjero al que quieren contratar, o bien para forzar la voluntad del empleador renuente a «perder su tiempo valiosísimo» en este gestiones para sus empleados.

220. Véase página web: [www.cgae.es](http://www.cgae.es).

torio español habrá de presentar personalmente las solicitudes iniciales relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo. En aquellos procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes iniciales podrán ser presentadas por éste o por quien válidamente ejerza la representación legal empresarial. Para el supuesto de que el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente. Cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad, podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado. Supuesto éste que puede dar un amplio juego de utilización, pues son muy numerosos los países donde las dificultades de desplazamiento y las malas comunicaciones agravan notablemente el acceso a los lugares de ubicación de las representaciones diplomáticas españolas.

No se requerirá esa comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos previstos en un convenio o acuerdo internacional; en tal caso, se estará a lo dispuesto en él.

Para el caso de las solicitudes de modificación o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo se podrán presentar personalmente, sin perjuicio de la existencia de fórmulas de representación voluntaria a través de actos jurídicos u otorgamientos específicos, como los poderes notariales.

Aunque en el Preámbulo de la L. O. 14/2003, se trata de justificar la exigencia de esta solicitud personal en aras a mejorar la gestión de los procedimientos y también para evitar posibles usos fraudulentos, no parece suficiente y se deberían de haber buscado otras vías alternativas a quien válidamente ostente la representación legal de la empresa. A pesar del motivo esgrimido legalmente que entendemos insuficiente, creemos que existe una evidente desproporcionalidad de las consecuencias jurídicas por la inobservancia de dicha exigencia, consecuencias que no pueden considerarse constitucionalmente legítimas como causa de inadmisibilidad sino que de acuerdo con el principio «*pro actione*» debería llevarse adelante la tramitación del expediente hasta conseguir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Sobre dicha Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Extranjería, introducida por la Ley Orgánica 14/2003, planea insistentemente la cuestión de inconstitucionalidad, que ha sido uno de los motivos que han llevado al Parlamento Vasco a apoyar al Ejecutivo de dicha Comunidad para la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de dicha reforma, entre los

que se encuentra el que ahora nos ocupa, alegándose en este sentido que bajo el pretexto de una mejora en la tramitación administrativa, se produce un serio recorte de los derechos de los extranjeros que no queda suficientemente justificado desde el punto de vista de las exigencias constitucionales previstas en el artículo 24 de la C. E. sobre la protección judicial de los derechos y el principio de tutela judicial efectiva, haciéndose especial hincapié en la posible inconstitucionalidad de los apartados 4, 7 y 8 de la citada Disposición.

Después de analizar las causas de denegación y la inadmisión a trámite, hay que señalar que la Administración tiene la obligación de dictar resolución frente a la solicitud formulada de autorización de residencia y trabajo, en virtud de lo dispuesto en el procedimiento administrativo común<sup>221</sup>, como en el especial del Reglamento de Extranjería por virtud de lo que recoge la Disposición Adicional Octava que dispone un plazo general máximo para notificar las resoluciones sobre las solicitudes que se formulen por los interesados en los procedimientos regulados en este Reglamento, el cual será de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas, salvo a los efectos que nos ocupan las autorizaciones de trabajo de temporada y de modificación de la autorización de trabajo, cuyas resoluciones se notificarán en la mitad del plazo señalado, siendo el silencio administrativo desestimatorio de la resolución<sup>222</sup>.

Otra cosa bien distinta, frente a lo establecido en el Reglamento respecto de los plazos, si bien es cierto que la Administración resuelve, no es menos cierto que lo hace cuando puede. Resulta alarmante es esta materia que las resoluciones de los expedientes de autorizaciones iniciales de trabajo puedan estar demorándose en algunas provincias hasta un plazo de un año<sup>223</sup>, ya que raramente va a esperar un empleador necesitado de mano de obra, siendo tal el colapso de la Administración que se convierte en un grave problema frente al que el trabajador extranjero poco puede hacer en la realidad, provocando, entre otros efectos, su llegada a España de manera irregular ante la presión, o mejor dicho, depresión, de su país de origen y la necesidad imperiosa de emigrar.

### **Posibilidad indemnizatoria en caso de denegación indebida**

Desde luego no resulta el caso más frecuente, pero ya existe un precedente judicial, confirmado además por el Tribunal Supremo, en el que se desataca la posibilidad de solicitar indemnización derivada de la denegación indebida de un

221. Por aplicación del párrafo primero de la Disposición Adicional Segunda del R. D. 2393/2004, que remite al procedimiento administrativo común, en relación a los artículos 42, 54 y 89 de la Ley 30/92.

222. A este respecto, la Disposición Adicional Novena del Reglamento.

223. Plazos que se dan sobre todo en aquellas provincias con mayor presión de población inmigrante como puede ocurrir en Madrid, siendo el plazo medio en otras provincias de seis a ocho meses, excesivo en cualquier caso para un proyecto de vida que depende de esa autorización.

permiso de trabajo y residencia solicitado por trabajador extranjero no comunitario, que aunque gira sobre un supuesto de denegación a través del contingente, sus argumentos son perfectamente extrapolables y aplicables al régimen general.

La sentencia del Tribunal Supremo<sup>224</sup> confirma la dictada en primera instancia y resuelve dos cuestiones de interés. Por un lado, la concesión del permiso de trabajo y residencia solicitada por un ciudadano extranjero no comunitario, basando la concesión del permiso en razones de falta de motivación de la resolución inicial refutada, manteniendo que la Administración competente no goza en su facultad decisoria de una discrecionalidad absoluta y total, sino que ha de considerarse con ponderación y análisis del supuesto los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos del juicio reglados, motivando las causas que determinan la concesión o, sobre todo en el caso de denegación, de los permisos de trabajo, tal como mantiene la doctrina jurisprudencial<sup>225</sup>.

De otro lado, el derecho del extranjero a ser indemnizado por parte de la Administración en virtud de la denegación indebida de su solicitud, confirmando el *quantum* indemnizatorio de la sentencia de instancia en las cantidades que el extranjero hubiera percibido de haber prestado sus servicios para la empresa que solicitó el permiso de trabajo.

Sobre la naturaleza de la indemnización<sup>226</sup> no nos encontramos ante una responsabilidad patrimonial de la Administración que exige el procedimiento regulado en el R. D. 429/1993, sino que como indica la propia sentencia, nos encontramos ante una pretensión accesoria y subordinada a la de la anulación del acto, teniendo en cuenta que, en ocasiones, la indemnización de los daños y perjuicios puede suponer la única medida posible para lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica perturbada. No se presupone que el mero hecho de revocar una resolución administrativa conlleve por sí mismo el derecho a la indemnización correspondiente. La obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstáculo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos restantes legales; es decir la causación del daño por una actuación de la Administración existiendo una relación clara de causa–efecto en el supuesto<sup>227</sup>.

De todas formas, pensamos que es discutible esta solución, en el sentido de que cabe pensar sobre el carácter vinculante o no de las ofertas de empleo, si la

224. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003, que confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 5 de mayo de 1999 en el recurso contencioso-administrativo núm. 1412/96.

225. Entre otras, SSTs de 10 de junio de 2002, 15 de abril de 1997 y 27 de junio de 1997.

226. MARTÍNEZ PÉREZ, A.: «Posibilidad de solicitar indemnización derivada de denegación indebida de permiso de trabajo y residencia solicitado por extranjero no comunitario», en *Rev. Aranzadi Social* núm. 12, noviembre de 2003, págs. 43 y ss.

227. SSTs de 1 de febrero de 1996 y 11 de marzo de 1999. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de febrero de 1999 ya mantuvo esta tesis.

duración de las mismas se adecua al tiempo efectivo de trabajo posterior; a la indeterminación del salario que en la oferta se concreta «según convenio», lo que también plantearía dificultades a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria, etc. Todo ello creemos que habrá que estar a lo que la doctrina jurisprudencial vaya aclarando en sucesivos pronunciamientos sobre esta materia.

## RENOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

### Renovación de la autorización de trabajo

El apartado tercero del artículo 38 de la L. O. 4/2000 establece los cuatro pilares sobre los que se sustenta el régimen de renovación de la autorización de trabajo por cuenta ajena, que consisten en dicha renovación siempre que se de alguno de los siguientes supuestos:

- a) persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, cuando se cuente con una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente. De nuevo encontramos en la Ley Orgánica una habilitación reglamentaria que, en la práctica supone dejar manos libres al Poder Ejecutivo para que determine los «términos» que estimen oportunos respecto de la nueva oferta de empleo. Por lo que un derecho al trabajo y los derechos de los extranjeros en España, constitucionalmente consagrados y desarrollados por Ley Orgánica, al final se convierte en normas de carácter reglamentario al dictado del Poder Ejecutivo y fuera del control legislativo.
- b) cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación. Nótese que en el caso de las contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para trabajadores transfronterizos, para actividades de duración determinada y para estudiantes, no se cotizará por la contingencia de desempleo<sup>228</sup>, lo que puede tener su lógica dada la falta de imbricación en el mercado laboral de esta tipología de trabajadores. También hemos aquí de hacer referencia aquí, por la importancia cuantitativa que representa dentro del total de autorizaciones por cuenta ajena de trabajadores extranjeros, que en el régimen especial de la seguridad social de empleadas de hogar<sup>229</sup>, tampoco se cotiza por la contingencia

228. Así lo determina la Disposición Adicional Decimotercera del R. D. 2393/2004.

229. Regulado por el Decreto 2346/1969 de 25 de noviembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico en cuyo artículo 28 establece el alcance de la acción protectora donde no se encuentran comprendidas las prestaciones por desempleo; así como en el R. D. 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994, entre otras normativas.



de desempleo, lo que parece injusto, ya que después de un largo período de interna en una casa, con el sacrificio personal que ello comporta, se pueda resolver el contrato viéndose el trabajador en la calle, totalmente desprotegido, sin prestación contributiva por desempleo; y si se encuentra con la primera autorización y no tiene nueva oferta sin posibilidad además de renovarla. Por lo que debería de incluirse para estos trabajadores cuya prestación laboral tiene una cobertura más permanente en el tiempo, la cotización por la contingencia de desempleo para garantizarle una mayor cobertura social.

c) cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma. Dentro de este ámbito podemos contemplar todas aquellas prestaciones no contributivas, y las llamadas rentas de inserción que dispensan las Comunidades Autónomas a parados de larga duración, con cargas familiares, o pertenencia a colectivos de riesgo.

d) cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente. Con lo que de nuevo nos encontramos ante una habilitación normativa completamente incondicionada, por lo que mantenemos sea de dudosa legalidad, ya que deberían darse los parámetros o criterios mínimos para determinar en función de qué y para qué han de concurrir las circunstancias que libremente establezca la Administración en esta materia.

A partir de la primera concesión, las autorizaciones se otorgarán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

El artículo 54 del R. D. 2393/2004 complementa este régimen de renovación, del que destacamos la amplitud en los plazos de renovación, desde sesenta días antes a la fecha de la expiración de la autorización, sirviendo además el justificante de solicitud de renovación dentro del plazo indicado para prorrogar la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento, cuyo silencio se entiende estimatorio a la pretensión *ope legis*. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.b) de la L. O. 4/2000, que tipifica como infracción leve «el retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado».

Hay que tener en cuenta que conforme al R. D. 864/2001 el plazo era de un mes antes de la expiración para la renovación, lo que producía bastantes situaciones posteriormente difíciles de encauzar, en el sentido de que en no pocos casos

se producía la caducidad de la autorización dada la movilidad del trabajador, o simplemente que se le pasara el plazo por un mero descuido, en cuyo caso debía de comenzar de nuevo todo el dilatado procedimiento con el perjuicio irreparable que ello le supone normalmente al trabajador al devenir en una situación de irregularidad. Además la ampliación del plazo de renovación también está ampliamente justificada, por cuanto el volumen de población inmigrante ha ido ascendiendo a un nivel muy superior a la dotación de recursos de la propia Administración, con lo que en algunos momentos llegaba a colapsarse el trámite de renovación de autorizaciones.

Normalmente, la Administración va a solicitar el informe de la vida laboral que expide la Tesorería de la Seguridad Social, a fin de acreditar la continuidad y vigencia de la relación laboral, aunque en virtud de las propias previsiones reglamentarias la propia Administración tiene acceso a través de la conexión informática con los servicios de la Tesorería de la Seguridad Social para contrastar de oficio dicha información y obtener directamente el certificado acreditativo de la misma.

La novedad que se produce en el vigente texto del Reglamento es la introducción del criterio interpretativo de la habitualidad, lo que supone un verdadero avance en aras al principio de seguridad jurídica, manteniendo la regla general y dos excepciones. La exigencia del actual artículo 54 del Reglamento de la continuidad y la habitualidad ya venía recogida en el artículo 72.2. del R. D. 864/2001 de 20 de julio, que planteaba entonces algunos problemas desde el punto de vista interpretativo. De manera que con el fin de considerar esa habitualidad debían tomarse en atención tanto las circunstancias subjetivas del trabajador como las condiciones objetivas del sector de la actividad en donde desempeña su trabajo<sup>230</sup>, de tal modo que no se convirtiese en una exigencia de plena ocupación por encima de las circunstancias coyunturales que afectan a todo trabajador inevitablemente, y por las que atraviesa el empleo en nuestro país<sup>231</sup>.

Incluso ante la disparidad de criterios existentes, la Administración fue consciente de la necesidad de su unificación, y en una circular de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, vino a establecer que el criterio de la habitualidad no debía ser entendido «como una obligación exhaustiva de realizar una actividad continuada e ininterrumpida durante toda la vigencia del permiso» y que «en la renovación la autoridad laboral tendrá en cuenta las características concretas de la actividad llevada a cabo por el trabajador y exigirá solamente la justificación de la

---

230. Nos referimos tanto a la coyuntura socio laboral, a la estabilidad en el empleo del sector, o al tipo de trabajo desempeñado, entre otros referentes.

231. TOLOSA TRIBIÑO, C.: «Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo 2004, págs. 147 a 149.

realización de la actividad correspondiente, en relación con la ocupación de un trabajador español en las mismas circunstancias... A título orientativo, se puede partir de un período mínimo para estimar que ha existido una ocupación estable durante la vigencia del permiso anterior, que según el sector de la actividad de que se trate, puede cifrarse entre cuatro y seis meses». Así, desde el punto de vista probatorio, y de instrucción de los expedientes de renovación, además de pedirse el informe de vida laboral, que no resulta exacto, comenzó a recabarse del trabajador interesado su contrato de trabajo para comprobar la duración parcial de su jornada laboral, la certificación de cursos de formación profesional ocupacional o el certificado de alta en el desempleo para acreditar la búsqueda activa de trabajo.

En este sentido, antes de aprobarse el nuevo Reglamento de Extranjería, este criterio ya había sido recogido jurisprudencialmente<sup>232</sup> en el caso de un trabajador extracomunitario que tras extinguirse su contrato después de cinco meses de actividad laboral, se inscribió en las oficinas de desempleo hasta que obtuvo nueva oferta laboral, lo que a juicio de la Sala «pone de manifiesto... tomando en consideración los propios criterios orientadores de la Administración la existencia de una ocupación estable durante el permiso anterior, pues aun cuando ésta no ha sido permanente también hay que tomar en consideración la gran movilidad que existe en el sector de la construcción y la actividad desplegada por el recurrente para continuar trabajando».

La regla general es «que se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización» y la habitualidad en la actividad.

Las excepciones, o la reinterpretación de esa regla general, son que si no ha habido continuidad en la relación laboral durante el periodo de vigencia de la autorización, ha debido darse el desarrollo de la actividad durante un mínimo de seis meses dentro del cómputo de un año siempre que exista contrato vigente o una nueva oferta de empleo con los requisitos legales, o bien, que haya un periodo de tres meses de actividad por año.

En el caso de ejercicio de la actividad sólo durante tres meses por año, procederá la renovación siempre y cuando el trabajador acredite:

- a) que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.
- b) que ha buscado activamente empleo, participando en las acciones que se determinen por el servicio público de empleo o bien en programas de inserción sociolaboral de entidades públicas o privadas que cuenten con subvenciones públicas.
- c) que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.

<sup>232</sup>. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2003.

Como hemos dicho, la acreditación de dicho requisito se articula a través del informe de vida laboral que deberá solicitar el trabajador interesado ante los servicios de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde se describe el tiempo total cotizado, así como las empresas y períodos. Sin embargo, hay que realizar una matización importante a la hora de interpretar este requisito, dado como se refleja en los sistemas informáticos de la Tesorería la vida laboral, ya que la misma se refleja por jornadas completas de trabajo; es decir, una persona que trabaje seis meses a media jornada, será computada en el certificado de la Tesorería como un trabajador de tres meses. Ello resulta plenamente relevante a la hora de tramitar la renovación, porque puede ocurrir que haya trabajado más meses del periodo exigido y que, sin embargo, aparezca una cotización total por un período menor al legalmente fijado, en cuyo caso normalmente la Administración resolvente denegará la renovación, salvo que se acredite en el expediente administrativo de renovación los contratos suscritos a jornada parcial junto con las correspondientes nóminas de dichos contratos verificándose así una duración contractual superior a la exigida.

La primera y segunda renovación será por un período de dos años, y ya sin límite alguno de ámbito geográfico o sector de actividad, con lo que se adecua mucho mejor al trabajador extranjero respecto del mercado laboral. De ahí se pasa a una autorización de carácter permanente que habilita para todo tipo de trabajo, sector y ámbito geográfico.

Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su concesión, de acuerdo con lo establecido reglamentariamente en función del periodo de actividad trabajado.

Como decíamos más arriba, también se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

- a) haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.
- b) disponga de una nueva oferta de trabajo que reúna los requisitos establecidos en el art. 50, con excepción del párrafo a).

No se agotan aquí los supuestos de renovación, sino que también se renovará la autorización cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el art. 38.3. b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; es decir, cuando se hubiere otorgado conforme a la normativa de la Seguridad Social una prestación

contributiva por desempleo, la renovación se realizará por el tiempo de duración de dicha prestación; y cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción laboral durante el plazo de duración de la misma, haciéndose referencia a las llamadas rentas de inserción. Ha de entenderse, que si en el caso de renovada la autorización en estas circunstancias el trabajador extracomunitario encuentra un contrato de trabajo *a posteriori*, deberá antes del vencimiento de la renovación expedida solicitar con el nuevo contrato la renovación de la autorización.

Una materia más delicada puede suponer los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social, que no impedirán la renovación de la autorización siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

En este sentido, la práctica demuestra que la previsión legal raramente se cumple, porque la empresa que no cotiza lo hace previa baja laboral del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, y ello se produce sin que el trabajador ni siquiera lo sepa, la mayoría de las ocasiones. Por ello, nos hemos encontrado con situaciones de abusos en los que el trabajador creía que estaba de alta al habersele requerido su documentación para ello por la empresa, y luego aparecer en el informe de vida laboral que dicha alta no se produjo o fue por un tiempo menor al exigido. Cuando el trabajador va a renovar su documentación en estas circunstancias, se le exigía por la Administración la denuncia del trabajador al empresario para acreditar el argumento del primero de que había trabajado por cuenta ajena según su permiso creyendo estar de alta laboral. Denuncia que tropezaba a su vez con tres obstáculos:

- a) de un lado, el desconocimiento del trabajador extranjero de la normativa legal española, y la presunción de «buen derecho» que rodea a la actuación del empresario, con lo cual no existe una previsión de dicha circunstancia, y por lo tanto normalmente se carece de documentación acreditativa.
- b) en segundo lugar, existe un tremendo «pudor» en denunciar a quien te ha ofrecido trabajo y, tal vez incluso se ha ofrecido en tramitarte la obtención de la primera documentación. El concepto de no denunciar a quien te ha dado de comer, el temor a posibles represalias o a que los informes de dicho empresario sean negativos y afecten a la integración en el mercado de trabajo de ese extranjero, o la desconfianza ante un sistema legal que no se conoce, la desigualdad de medios entre ambas partes a todos los niveles... hacen que no sea habitual dicha conducta.

c) y finalmente, cuando nos referimos a situaciones contractuales anteriores ya finalizadas, las denuncias a la inspección de trabajo suelen ser bastantes inoperantes, dado que no se puede comprobar *in situ* el incumplimiento de las obligaciones de la empresa con la Seguridad Social.

Todo ello suele llevar a que el trabajador extranjero, que ha estado trabajando tal vez diez meses dentro del año de vigencia de la tarjeta, sólo ha sido dado de alta dos meses, y perderá el derecho legal a su renovación<sup>233</sup>. Lo que ahora parcialmente pudiera ser corregido en el sentido de vincular la concesión de la autorización al alta efectiva en la Seguridad Social y la petición de explicaciones al empleador que así no lo realizara.

De otro lado, contempla la normativa que cuando concurren los requisitos señalados anteriormente y proceda, la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se hará por un período de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia permanente, y permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional, por lo que se elimina así ese encorsetamiento inicial tan lejano a las necesidades de flexibilidad del mercado de trabajo. Los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior, lo que resulta lógico para que no haya vacíos temporales entre caducidad de una autorización e inicio de la autorización renovada, y sin perjuicio de que con la autorización inicial y la copia registrada de la renovación se aplica el nuevo régimen legal respecto a la ausencia de limitaciones sectoriales y geográficas.

Notificada la resolución favorable al trabajador extranjero por los medios dispuestos en el procedimiento administrativo, éste deberá solicitar en el plazo de un mes la tarjeta de identidad de extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Reglamento.

Respecto de las denegaciones de las solicitudes de renovación, además de venir motivadas por el incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en el artículo 54 del Reglamento que analizamos, por la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos con carácter general en el artículo 53 para la denegación de la autorización inicial de trabajo, excepto el recogido en el apartado 1.b) puesto que ya no se aplicará en el caso de la renovación la situación nacional de empleo. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que

---

233. Lo que muchas veces termina en que el propio trabajador se paga en todo o en gran medida el propio importe de la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la empresa.

han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena, teniéndose en cuenta la concesión de las prestaciones sociales y ayudas al desempleo que el sistema dispone para lograr la integración de toda esta tipología de casos penitenciarios.

El plazo máximo para resolver y notificar la solicitud de renovación se establece en tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas<sup>234</sup>. El silencio administrativo también resulta previsto legal y reglamentariamente, de tal manera que si transcurrido el plazo para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta no ha sido resuelta y notificada<sup>235</sup> la misma se entenderá estimada. La autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada, previa solicitud por parte del interesado, a expedir el certificado que acredite la renovación por este motivo y, en el plazo de un mes desde su notificación del mismo, su titular deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero<sup>236</sup>.

Finalmente, y sin modificar la normativa vigente, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y el Ministerio de Administraciones Públicas han decidido desarrollar un plan para automatizar la renovación de las autorizaciones definitivas de residencia y trabajo por cuenta ajena concedidas en 2005 a amparo del proceso de normalización de trabajadores extranjeros, así como otro tipo de autorizaciones de residencia y trabajo cuyo vencimiento tendrá lugar en 2006<sup>237</sup>.

En este Plan, en el que será la propia Administración la que se dirija a los trabajadores extranjeros para indicarles la forma de llevar a cabo sus renovaciones, se ha incluido también a los extranjeros que tengan que solicitar una residencia permanente por llevar cinco años residiendo legalmente en España y aquellos extranjeros que tengan que solicitar la primera o la segunda renovación de su permiso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Uno de los aspectos novedosos de este sistema, encaminado a mitigar la aglomeración de personas en las Oficinas de Extranjería, es que las solicitudes de renovación no se presenten personalmente en las oficinas responsables de su tramitación, sino que esa presentación se lleve a cabo por cualquier otro de los procedimientos previstos por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: en los registros de los órganos administrativos

234. Según establece la Disposición Adicional Primera de la L. O. 4/2000.

235. Existe una diferencia entre el texto reglamentario y el orgánico en esta materia, porque la D. A. Primera L. O. 4/2000 habla de 3 meses para «resolver y notificar», mientras que el artículo 54 Reglamento sólo se refiere a la resolución, que por el principio de jerarquía normativa debe entenderse como resuelta y notificada.

236. Lo que viene previsto además en el artículo 105 del R. D. 2393/04.

237. Plan presentado el día 1 de marzo de 2006, y que cuyos pasos se pueden seguir en la página web: [map.es/servicios](http://map.es/servicios).

de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la Administración local; o en las oficinas de Correos, en sobre abierto, para su registro. Además de incluir el envío de impresos precumplimentados y la incorporación de las nuevas tecnologías mediante internet.

### **Modificación de la autorización de residencia y trabajo**

A diferencia de lo que ocurre con el régimen de las renovaciones, cuyas bases mínimas sí están incluidas en el artículo 38.3 de la Ley Orgánica de Extranjería como hemos visto en el apartado anterior, nada dispone dicha norma en materia de modificaciones de las autorizaciones. Hay que acudir al Título IX del Reglamento, que regula en sus artículos 95 a 99 el régimen de las modificaciones en las autorizaciones de «las situaciones de los extranjeros en España», contemplando diversos supuestos, de los que ahora sólo analizaremos los referidos al cambio que afecte a las autorizaciones por cuenta ajena, dentro del régimen de la cuenta ajena, y de ajena a cuenta propia, y el paso de la autorización de residencia al acceso al mercado laboral. Dejaremos para otros apartados más específicos de este trabajo, las modificaciones que afectan al régimen de los estudiantes, y también las referentes a la residencia por circunstancias excepcionales.

Así, respecto a las modificaciones de la autorización de residencia y trabajo, se justifica plenamente la posibilidad de la modificación de la autorización porque si la primera concesión queda vinculada a un ámbito provincial y reducida a un sector productivo, encorsetamiento que se contraría con la necesaria flexibilidad del mercado de trabajo, ante la precariedad de las condiciones laborales, la falta de garantías en la continuidad en el empleo pese a lo que exija la norma, o las legítimas expectativas de mejorar las condiciones laborales, llevan en no pocos casos a que los trabajadores extranjeros tengan que desplazarse a otras provincias o trabajar en otros sectores laborales, debiendo ello encontrar su acomodo dentro de la legislación.

No obstante, recientemente se han introducido criterios de flexibilidad que atemperan la norma a las exigencias del mercado de trabajo, eliminando las limitaciones sectoriales y geográficas respecto de las autorizaciones de trabajo por arraigo, las obtenidas por el proceso último de normalización extraordinaria, y las referentes al artículo 40 de la L. O. 4/2000, por lo que se dispensa de los trámites del artículo 99 del Reglamento<sup>238</sup>.

Distingue la norma, como presupuesto previo, cuatro situaciones:

#### 1.– La residencia inicial

En este sentido, en el caso de las autorizaciones iniciales<sup>239</sup>, será el órgano competente que concedió la autorización inicial para residir y trabajar por cuenta ajena o

238. Según dispone la Circular de 20 de diciembre de 2005 de la Dirección General de Inmigración.

239. Véase el artículo 99 del R. D. 2393/2004.



cuenta propia; es decir el Subdelegado del Gobierno o Delegado en las Comunidades uniprovinciales, quién podrá modificar su alcance en cuanto a la actividad laboral, en cuyo supuesto se tendrá en cuenta lo previsto respecto a la situación nacional de empleo en el art. 50.a).

Respecto al cambio en el ámbito territorial autorizado, deberá cursarse la petición ante las autoridades señaladas de la provincia donde se vaya a realizar la nueva oferta de empleo, y siempre a petición de su titular. Por lo que si siendo titular de una autorización para trabajar en Huelva, el trabajador quiere marchar a Murcia, será el órgano competente de la Delegación del Gobierno el que reciba la solicitud y tramite el expediente y lo resuelva.

## 2.- La residencia renovada

El cambio o mutación entre las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena, que podrán convertirse respectivamente en autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, se realizará igual que en el caso anterior, a solicitud del interesado, siempre que se le haya renovado ya su autorización inicial o que presente la solicitud en el momento en el que corresponda solicitar la renovación de la autorización de la que es titular y reúna, además, las condiciones siguientes:

- a) en el caso de las modificaciones de cuenta ajena a cuenta propia, se autorizarán si se reúnen los requisitos establecidos en el art. 58 y se tiene constancia de la realización habitual de actividad laboral durante el período de vigencia de la autorización por un período igual al que correspondería si pretendiera su renovación.
- b) en el caso de las modificaciones de autorizaciones de trabajo de cuenta propia a cuenta ajena, se autorizarán si se ha suscrito un contrato de trabajo que justifique la nueva actividad laboral del trabajador, siempre que se tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social de su anterior actividad profesional. Relajándose en este supuesto de modificación los requisitos de los artículos 50 y 51 del Reglamento, como son la acreditación de la solvencia económica, por ejemplo, que ahora no se requiere. A diferencia de lo que hemos visto en el apartado anterior, donde sí se exigen los requisitos legales de la autorización por cuenta propia para poder conceder la autorización.

Lógicamente se trata de que la modificación del permiso no altere el plazo de duración del mismo, ya que ello podría llevar al fraude concatenando diversas modificaciones de autorizaciones, de tal manera que queda claro que la nueva autorización no ampliará la vigencia de la autorización modificada. En el mismo sentido se recoge que cuando se trate de modificaciones solicitadas en el momento de la

renovación de la autorización de la que es titular, su vigencia será la que correspondería a su renovación.

No se establecen límites a la solicitud de modificaciones, pero partiendo de la duración limitada de vigencia de los permisos y del tiempo en que se demora la tramitación de la modificación de la autorización, es claro que, como mucho, pudieran darse sólo dos supuestos de solicitud.

### 3.– Compatibilidad

Recoge, también el Reglamento la posibilidad de compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y la residencia y trabajo por cuenta propia<sup>240</sup>. Aplicando en este sentido un criterio muy lógico, consistente en que aquellos extranjeros que deseen realizar simultáneamente actividades lucrativas por cuenta propia y ajena habrán de obtener las correspondientes autorizaciones para trabajar, de conformidad con los requisitos generales establecidos para la obtención de cada una de ellas en el Reglamento, previa acreditación de la compatibilidad del ejercicio de ambas actividades lucrativas, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral. Pues se trata de facilitar administrativa y legalmente lo posible, aquellas pretensiones que no son absurdas o irrealizables.

La autorización administrativa mediante la que se conceda la compatibilidad del ejercicio de actividades laborales y profesionales tendrá una duración equivalente al período de vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el trabajador extranjero, excepto en el caso de que se conceda sobre la base de una oferta de empleo de duración inferior.

### 4.– De la residencia al trabajo

Otro supuesto bien distinto a los comentados, que realmente es una modificación de autorización y por ello se trata aquí, pero que constituye una vía nueva de acceso al mercado de trabajo, viene representado por el supuesto de cambio de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena. Pueden darse dos supuestos<sup>241</sup>, en función del periodo de residencia previa:

- a) que el extranjero que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia legal, en cuyo caso podrá acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador, como sujeto legitimado según el régimen general conocido, presente la solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos laborales exigidos generales en el art. 50, excepto los

240. Véase artículo 97 del R. D. 2393/2004.

241. Véase artículo 96 del R. D. 2393/2004.

referentes a la situación nacional de empleo que no será de aplicación, y la exigencia de presentación de los antecedentes penales en España o en los países de residencias anteriores, de conformidad con los párrafos a) y f) del citado artículo 50.

b) Sin necesidad de que haya transcurrido el plazo de un año, excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo el extranjero que acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas de trabajar para garantizar su subsistencia. Dichas circunstancias sobrevenidas pueden ser muy variadas, en los casos de fallecimiento del familiar reagrupante, por ejemplo, o simplemente de la situación de paro laboral sobrevenida del mismo.

Otro supuesto de aplicación, recaerá sobre los extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados, así como el cónyuge que accede a una autorización de residencia temporal independiente por la vía prevista en el art. 41.2, podrán acceder a la autorización de residencia y trabajo sin necesidad de que se cumpla el plazo de residencia legal previa de un año.

Si el mero extranjero residente lo que pretende es ejercer una actividad por cuenta propia, se requerirá el cumplimiento de los requisitos del art. 58, excepto su párrafo f), que al igual que en el régimen por cuenta ajena, es el requisito referido a la carencia de antecedentes penales en España o en los países de su residencia anterior por delitos existentes en el Ordenamiento español.

La eficacia de la autorización de trabajo concedida estará condicionada a la posterior afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia. Hay que tener presente que el incumplimiento de esta obligación, puede propiciar la resolución de la autorización de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, siendo esta una aplicación concreta de lo dispuesto en el artículo 51.14 del Reglamento con carácter general, que exige a «*contrario sensu*» que en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad de extranjero o transcurrido un mes desde su entrada a España deberá quedar constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar en España ha sido afiliado y dado de alta en la Seguridad Social.

Finalmente, el Reglamento hace una alusión conexas al régimen de comunitarios, referente a aquellos supuestos en que los extranjeros titulares de una autorización de residencia como ciudadano comunitario o familiar de comunitario, hayan cesado en tal condición, los cuales podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o cuenta propia, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la autorización anterior de la que fuera titular.

Los requisitos «exigidos al efecto» que no se explicitan en la norma, deben ser realizando una interpretación integradora y sistemática, habida cuenta del precepto normativo en que nos encontramos, los requisitos del artículo 58 para el caso del trabajador por cuenta propia, y los requisitos del artículo 50 para el caso del trabajador por cuenta ajena, con las excepciones de los párrafos a) y f) antes mencionados.

## V AUTORIZACIONES DE TRABAJO ESPECIALES



## RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

En el ámbito de las relaciones laborales, existen determinados tipos de contratos que por la naturaleza de la prestación están delimitados a un concreto espacio de tiempo. Y esto ha querido recogerlo expresamente el legislador en el artículo 42 de la L. O. 4/2000 bajo la denominación de «régimen especial de los trabajadores por temporada» que nosotros entendemos inadecuada, por existir otras figuras de contratación que quedan fuera de esta denominación y que, por el contrario, sí están comprendidas en el texto reglamentario.

La norma legal está pensando sólo en las campañas agrícolas de temporada, estableciendo una amplia habilitación reglamentaria por la que el «Gobierno regulará la autorización de trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan». Subraya la Ley Orgánica la cooperación de las Administraciones Públicas al exigir la colaboración en la programación de dichas campañas, y a la promoción de la asistencia de los servicios sociales adecuados<sup>242</sup>, lo cual resulta un *desideratum* que tropieza con no pocos problemas, derivados unos de los conflictos competenciales, otros de las crispaciones y tensiones entre administraciones de diferente orientación política, y la mayoría de las veces, por la escasez presupuestaria de los Ayuntamientos que se ven envueltos imperativamente en estos procesos sin gozar a la par de una dotación presupuestaria suficiente para cubrir las expectativas exigidas.

---

242. Artículo 42.3 y 5 de la L. O. 4/2000.

Sin embargo, podemos presumir que la norma quiere consagrar un tratamiento lo más integrador posible de estos trabajadores que, por definición, tienen una residencia temporal y respecto de los cuales su proceso de integración social pudiera ser más precario. Así la participación de otras Administraciones Públicas, a través de sus recursos y sus planes integradores, nos puede ofrecer una garantía en cuanto a la asistencia sanitaria, a la atención de la vivienda, a la mediación intercultural, a programas de aprendizaje del idioma y a otros de asesoramiento y de información. Subyace en este sentido, el modelo incorporado al contingente de trabajadores de temporada, a los acuerdos suscritos con la FEMP, y en definitiva a la concepción más global y acertada de las verdaderas características de la población inmigrante que se encuentra entre nosotros, y del reto de la integración y de la prevención de conductas xenófobas y racistas.

Se adentra la regulación legal en garantizar a los trabajadores temporeros unos alojamientos «en condiciones de dignidad e higiene adecuadas», lo cual siendo absolutamente necesario queda luego desdibujado en la realidad social de cortijos, naves y caseríos diseminados por todo el campo español en las condiciones más variopintas y desiguales que ante la escasez de medios de las inspecciones de trabajo suponen una precariedad y vulnerabilidad en pocas ocasiones denunciadas por unos trabajadores extranjeros, en un ámbito extraño y hostil, con problemas de idioma y comunicación, agradecidos al empleador que les ofrece el trabajo que necesitan, y desamparados por organizaciones e instancias oficiales. Suele ser frecuente que el empleador recoja a la cuadrilla al comienzo de la jornada laboral y la devuelva al núcleo urbano al término de la misma desentendiéndose de su alojamiento que en muchas ocasiones se practica en vehículos propios, en garajes, casas abandonadas, etc. dada la exigua red de alojamientos públicos a estos fines y de la carestía que supone para el empresario el mantener durante todo el año las condiciones de habitabilidad de viejos caseríos que luego serán usados apenas dos o tres meses al año.

La última recomendación que recoge el precepto legal aludido, es la orientación preferente de estas ofertas de empleo de temporada hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios, que obedecían a una política desarrollada con mayor vigor en las legislaturas anteriores del Gobierno<sup>243</sup> de la nación.

La duración de estos contratos de temporada o campaña coincidirá con la del contrato o contratos de trabajo, con el límite máximo de nueve meses dentro de un período de doce meses consecutivos<sup>244</sup>.

---

243. Según el Balance 2003, emitido por la entonces Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración del Ministerio del Interior, a fecha 31 de diciembre de ese año, se habían firmado convenios sobre regulación de flujos migratorios con Colombia, Ecuador, Marruecos, Polonia, República Dominicana, Rumania y Bulgaria.

244. Artículo 55.2.a) del R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre.



El principal problema que plantea el antiguo permiso tipo «T» es si está configurando un procedimiento paralelo a los contingentes o integrado en él. Las similitudes parecen claras entre ambos: se inician los dos con la solicitud empresarial o de asociaciones empresariales, constituyen un encauzamiento desde el origen de la mano de obra extranjera e implican la necesidad de que el empresario o la asociación empresarial contratante asuman el coste de desplazamiento y faciliten el alojamiento. Desde esta perspectiva, como se mantiene por parte de la doctrina<sup>245</sup>, nada impediría que la gestión del permiso de tipo temporal para campaña se canalizara a través de los contingentes, si bien los procedimientos puntuales que respecto de éstos puedan darse, no pueden absorber y eliminar la posibilidad de permisos individualizados ordinarios.

A este perfil de contratos, es el que se refiere el art. 2.b) de la Convención Internacional para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, que lo conceptúa como aquel «cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año». Según dicho texto, gozarán de los derechos reconocidos en la Parte IV que puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo y que sean compatibles con su condición de trabajadores de temporada en ese Estado, teniendo en cuenta el hecho de que se encuentran en ese Estado sólo una parte del año. Derechos referentes a la igualdad de trato en la condiciones laborales, al acceso a las prestaciones y servicios sociales, a participar de asociaciones y sindicatos, etc.

El Estado de empleo, sigue diciendo la Convención en su artículo 59, examinará la conveniencia de conceder a los trabajadores de temporada que hayan estado empleados en su territorio durante un período de tiempo considerable la posibilidad de realizar otras actividades remuneradas, otorgándoles prioridad respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en ese Estado, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables.

Sin embargo, no se agotan aquí las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada. El artículo 55 del R. D. 2393/2004 desarrolla otras tres categorías en función de las siguientes actividades:

- a) de obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.
- b) de carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, así como otros colectivos que se determinen

---

245. BALLESTER PASTOR, M. A. «Normas e infracciones laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (LO de Extranjería RD 864/2001 y LO 14/2003)», en *Rev. de Relaciones Laborales*, núm. 2, enero de 2004, pág. 33.

mediante orden del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales a los exclusivos efectos de posibilitar la concesión de este tipo de autorización.

c) para la formación y realización de prácticas profesionales.

La duración de la autorización coincidirá con la del contrato de trabajo, con el límite máximo de un año, en estos supuestos, y no será susceptible de renovación, sin perjuicio de las posibilidades de prórroga previstas en la legislación laboral.

Los requisitos y el procedimiento para la tramitación de estas autorizaciones vienen desarrollados en los artículos 56 y 57 del Reglamento.

De un lado, para obtener la autorización para trabajar en el caso de los supuestos recogidos en los párrafos a) y b) del art. 55.2; es decir, temporada o campaña y obras o servicios de instalaciones, es necesario cumplir, además de las condiciones del art. 50, los siguientes requisitos:

a) disponer de un alojamiento adecuado, que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor en la materia y siempre que quede garantizada, en todo caso, la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento. La obligación de proporcionar alojamiento podrá exceptuarse en virtud de las condiciones de la actividad laboral, salvo en el supuesto previsto en el art. 55.2.a). Lo que también se incluye en la normativa del contingente para los trabajadores de temporada, y que parece lógico que para quienes vienen transitoriamente de fuera, se les proporcionen los elementos básicos que preserven las condiciones de dignidad necesarias para su estancia. De esta manera el Gobierno ha pretendido solucionar las condiciones inhumanas en las que normalmente viven estos trabajadores y que tantas veces han sido denunciadas.

b) organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen y asumir, como mínimo, el coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar del alojamiento, así como haber actuado diligentemente en orden a garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen en anteriores ocasiones. Esto supone un coste añadido a las empresas, la mayoría de dimensiones familiares, que conlleva la limitación de la zona geográfica de origen de los trabajadores, ya que no se amortizan los costes de viaje de un país sudamericano lo mismo que uno de la Europa del Este.

c) que el trabajador extranjero se comprometa a retornar al país de origen, una vez concluida la relación laboral. A los efectos de verificarse el retorno de aquél, deberá presentarse en la misión diplomática o en la oficina consular que le expidió el visado en el plazo de un mes desde el término de su autorización de trabajo en España. La misión u oficina dará traslado de esta circunstancia, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de

Cooperación y al Ministerio del Interior, para su anotación en el Registro Central de Extranjeros. El incumplimiento de esta obligación podrá ser causa de denegación de ulteriores solicitudes de autorizaciones para trabajar, durante los tres años siguientes al término de la autorización concedida. El cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones, así como la acreditación de su regreso ante la autoridad diplomática o consular competente, le facultará para cubrir otras posibles ofertas de empleo que se generen en la misma actividad.

d) no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en los supuestos previstos en los párrafos d) y l) del art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que se refieren a los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos, y los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país, según introdujo la reforma de la Ley 14/2003 de 20 de noviembre.

Para obtener la autorización para trabajar en el caso del supuesto recogido en el art. 55.2.c), referente al personal de alta dirección, deportistas profesionales y artistas, es necesario cumplir, además de las condiciones del art. 50, que giran sobre las circunstancias personales del trabajador, la solvencia de la empresa, la validez de la oferta de empleo, y el supuesto de que el trabajador no se encuentre en España, las siguientes:

- a) poseer las licencias administrativas que, en su caso, se exijan para el desarrollo de la actividad profesional.
- b) que el trabajador extranjero se comprometa a regresar a su país de origen, una vez finalizado el contrato de trabajo. El incumplimiento de esta obligación podrá ser causa de denegación de ulteriores solicitudes de autorizaciones para trabajar, durante los tres años siguientes al término de la autorización concedida.

Para obtener la autorización para trabajar en el caso del supuesto recogido en el art. 55.2.d), la autorización para la realización de prácticas profesionales y la formación, es necesario cumplir, además de las condiciones del art. 50, a excepción de la recogida en su párrafo b), es decir que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización para residir y trabajar, las siguientes:

- a) que se formalicen contratos de trabajo en prácticas o para la formación, en los términos establecidos en la normativa española que regula estas modalidades contractuales.
- b) que el trabajador extranjero se comprometa a regresar a su país de origen, una vez finalizado el contrato de trabajo. El incumplimiento de esta obligación podrá ser causa

de denegación de ulteriores solicitudes de autorizaciones para trabajar, durante los tres años siguientes al término de la autorización concedida.

En todo caso, los contratos de trabajo deberán contener, al menos, los aspectos previstos en el art. 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, así como una previsión del salario neto que percibirá el trabajador.

### Procedimiento

La solicitud se tramitará por el procedimiento previsto en este Reglamento para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de carácter estable, con las especialidades previstas para los supuestos recogidos en el art. 55.2.a) y b), referidos el primero a las autorizaciones de temporada o campaña, y el segundo a las autorizaciones para obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificación y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalación y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones entre otros.

Las ofertas de empleo serán puestas a disposición del Servicio Público de Empleo Estatal y de los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas para que puedan ser publicadas durante quince días, a los efectos de que los trabajadores que residan en cualquier parte del territorio nacional puedan concurrir a su cobertura, previamente a que sean tramitadas para su cobertura por trabajadores que se hallen en el extranjero.

Las solicitudes para cubrir los puestos para los que no hayan concurrido trabajadores residentes se presentarán por las empresas o por las organizaciones empresariales, que para estos supuestos tendrán atribuidas la representación legal empresarial, con una antelación mínima de tres meses al inicio de la actividad laboral.

La autoridad competente comprobará que las solicitudes presentadas cumplen los requisitos exigidos para la contratación previstos en este Reglamento y, en particular, lo dispuesto en el art. 56.1 (disponer de un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa garantizando la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento, organización de los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen asumiendo al menos el coste del primero, el compromiso del trabajador extranjero de retornar al país de origen una vez concluida la relación laboral, retorno que se verifica mediante la presentación dentro del plazo del mes siguiente al término de la autorización de trabajo en la misión diplomática u oficina consular que le expidió el visado bajo pena por incumplimiento de denegación de ulteriores solicitudes en el plazo de los tres años siguientes). De las resoluciones adoptadas se dará traslado a las organizaciones sindicales y empresariales de ámbito

provincial, las cuales podrán transmitir a la autoridad competente las eventuales consideraciones en relación con ellas.

Cuando la resolución fuese favorable, se notificará al empleador la autorización de residencia y trabajo cuya eficacia quedará suspendida hasta la expedición, en su caso, del visado y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. La notificación surtirá efectos para al abono de las tasas correspondientes en el plazo en que proceda.

En el momento en que la autoridad competente disponga de los contratos firmados por los empresarios, procederá a hacer constar en éstos la diligencia aprobatoria de la autorización de residencia y trabajo, e indicará el sector de actividad, el ámbito territorial y la duración autorizados. Los ejemplares de los contratos serán remitidos de nuevo a los empresarios para que puedan ser firmados por el trabajador en el país de origen, ante la oficina consular competente para la expedición del visado.

Con carácter general, para todos los supuestos recogidos en el art. 55.2, no será precisa la obtención de la tarjeta de identidad de extranjero ni el abono de la tasa cuando la contratación de los trabajadores sea para un período inferior a seis meses.

En los supuestos en que las autorizaciones sean susceptibles de prórroga, el empleador deberá acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato. La duración de la autorización de la prórroga coincidirá con la finalización de la obra, servicio o actividad con el límite de un año, y podrá ser objeto de otras prórrogas en las mismas condiciones. Las autorizaciones de temporada o campaña se podrán prorrogar hasta seis o nueve meses en función del tipo de visado y del período de contratación inicial.

El visado de residencia y trabajo para actividades de duración determinada se tramitará por el procedimiento establecido en los artículos 49 y siguientes del Reglamento e incorporará la autorización de residencia y trabajo, haciendo constar su naturaleza temporal, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la cual se hará constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje.

Cuando en el plazo de un mes desde su entrada en España no exista constancia de que el trabajador autorizado inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliado y/o dado de alta en la Seguridad Social, la autoridad competente podrá resolver la extinción de la autorización de conformidad con lo dispuesto por el art. 75. Asimismo, la autoridad competente requerirá al empresario o empleador para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores.

Destacamos tan sólo la obligación común a todos los supuestos que adquiere el trabajador extranjero de regresar a su país de origen una vez finalizado el

contrato de trabajo, incluso con presentación física ante la misión diplomática en el plazo de un mes para los contratos de campaña y de obra o servicios, con la penalización de denegación de ulteriores solicitudes para trabajar en los siguientes tres años si no lo cumpliera.

## TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS Y PRESTACIÓN TRANSNACIONAL DE SERVICIOS

El último artículo que dedica el Capítulo III «De la autorización de trabajo y regímenes especiales» del Título III referente al régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros de la L. O. 4/2000<sup>246</sup>, engloba dos tipologías absolutamente distintas, con el denominador común de usar como técnica normativa la habilitación reglamentaria para su desarrollo.

### Trabajadores transfronterizos

En este supuesto, el trabajador no pretende residir en territorio español, sino mantener su residencia en el país fronterizo y trasladarse a España con el fin exclusivo de realizar la actividad lucrativa de que se trate. En la actualidad esta situación sólo puede darse respecto de los trabajadores de Andorra y Marruecos, puesto que el resto de países que lindan con España son ciudadanos de los países de la U. E.

Esta situación se regulaba ya en el artículo 75.3 del R. D. 155/1996, de 2 de febrero, que establece la existencia de un permiso de trabajo denominado Tipo «F», con el requisito de que dichos trabajadores regresen diariamente a su lugar de residencia en el país limítrofe, lo que se mantienen en la normativa vigente, eliminándose la posibilidad del regreso a su residencia una vez por semana<sup>247</sup>.

Podemos considerarlo como el único permiso de trabajo puro, en el sentido de que no lleva aparejada la concesión de un permiso de residencia. Su tramitación resulta sencilla, y el extranjero deberá acreditar su residencia en el país vecino en la forma que se establezca –normalmente a través de un certificado expedido por la autoridad administrativa del país de origen–. Debe considerarse igualmente que no será posible la concesión del permiso si existe alguna de las causas de prohibición de entrada previstas en el artículo 26 de la L. O. 4/2000<sup>248</sup>.

246. Artículo 43 de la L. O. 4/2000, redactado conforme a la L. O. 8/2000.

247. SERRANO ARGÜESO, M.: «Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, mayo-junio 2002, pág. 395.

248. Según el mismo, no podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquéllos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de los convenios internacionales en los que sea parte España.

Además, hace el art. 43 de la L. O. 4/2000 una apreciación para conceder estos permisos, y es que los trabajadores sean residentes en la zona limítrofe; es decir, la especificación de que el trabajador no reside en España evita definitivamente la posibilidad de que una vez obtenido el permiso de trabajo se pueda obtener el de residencia<sup>249</sup>.

De un lado, recoge la necesidad de la correspondiente autorización administrativa para los trabajadores extranjeros que, residiendo en zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente. La previsión reglamentaria se recoge en el Título VI del R. D. 2393/2004 denominado «Trabajadores Transfronterizos», en cuyo artículo 84 establece que la validez de la autorización, ya sea por cuenta propia o ajena, se encontrará limitada al ámbito territorial transfronterizo, teniendo una vigencia máxima de cinco años que será renovable, a la expiración de la misma en tanto que el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

Tanto su concesión inicial como sus renovaciones se remiten al régimen general de las autorizaciones de trabajo y su titularidad no dará derecho al trabajador a la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenido en cuenta para la valoración de otras solicitudes que pudieran presentarse por su titular.

La pérdida de la condición de trabajador transfronterizo, además de la concurrencia de alguna de las otras causas generales de denegación recogidas en el artículo 53 del Reglamento para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, será causa de denegación de las autorizaciones de trabajo por cuenta propia o ajena para estos trabajadores transfronterizos. Aplicándose el mismo régimen de extinción de la autorización recogido en el artículo 75 del Reglamento.

El artículo 106 del Reglamento exige la obligación de tramitar la obtención de la tarjeta de trabajador transfronterizo en los términos establecidos en el propio Reglamento para la obtención de la tarjeta de identidad del extranjero conforme al artículo 105. Esta tarjeta acreditará la condición de trabajador transfronterizo y permitirá la entrada y salida de territorio nacional para la realización de la actividad a que la misma se refiera.

Como señala la Disposición Adicional Decimotercera del R. D. 2393/2004, en las contrataciones de extranjeros titulares de autorizaciones de trabajo como trabajadores transfronterizos, no se cotizará por la contingencia de desempleo, evitándose así, más que una importante vía de recaudación de cotizaciones, el pago masivo de prestaciones por desempleo, a ciudadanos que no residen en nuestro

---

249. MARTÍNEZ CANO, Y.: «Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros», en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 228.

país. Lo que supondrá necesariamente en orden a la justicia social y a la protección de las coberturas en materia de desempleo, o bien la contratación de seguros privados que cubran esta contingencia, o bien la necesidad de invocar acuerdos internacionales para a través de los Estados implicados, ofrecer la justa protección por desempleo a quienes, en definitiva están trabajando y sometidos a la eventualidad del paro laboral.

La Convención Internacional de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, establece respecto de estos trabajadores fronterizos que define como «todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana», que gozarán de los derechos reconocidos en la Parte IV<sup>250</sup> que puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo, teniendo en cuenta que no han establecido su residencia habitual en dicho Estado. Destacando que los Estados de empleo considerarán favorablemente la posibilidad de otorgar a los trabajadores fronterizos el derecho a elegir libremente una actividad remunerada luego de un período determinado. El otorgamiento de ese derecho no afectará a su condición de trabajadores fronterizos.

### **Prestación transnacional de servicios**

De otro lado, se encuentra en el texto orgánico, a través del artículo 43.2, una vaga referencia a la prestación transnacional de servicios, habilitándose para que reglamentariamente se establezcan las condiciones para la autorización de trabajo, en el marco de las prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente.

Más concreto es el texto reglamentario<sup>251</sup> que define dicha situación respecto del trabajador extranjero que dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo<sup>252</sup>, en los siguientes supuestos:

- a) cuando el desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera, en ejecución de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario

---

250. Viene recogido en el artículo 58 de la Convención, y la Parte IV se refiere fundamentalmente a los derechos de igualdad de trato en las condiciones laborales, y en las prestaciones sociales, y el derecho de asociarse y sindicarse entre otros.

251. Artículo 63 del R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre.

252. Dentro del ámbito de los países comunitarios y de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, es decir, Noruega, Islandia y Liechtenstein se regirán por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, incorporando al Ordenamiento Jurídico español la Directiva 96/71/CE, con el propósito de establecer unas condiciones mínimas de trabajo que las empresas deben garantizar a los trabajadores temporalmente desplazados a España.



de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto recogido en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

b) cuando se trate del desplazamiento temporal de trabajadores desde centros de trabajo de empresas establecidas fuera de España a centros de trabajo en España de esta misma empresa o de otra empresa del grupo de que forme parte.

c) cuando se trate del desplazamiento temporal de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior. Quedará a criterio de la Administración el concepto de qué se entiende por «altamente cualificado»: ¿un licenciado con experiencia?, ¿un técnico medio? ¿un ejecutivo? En este sentido sí podemos encontrar una referencia legal que nos ayude a dar ofrecer un concepto integrador del término «altamente cualificado». La hallamos en el párrafo segundo de la Disposición Adicional Duodécima del Reglamento que, referente a la cobertura de puestos de confianza, establece que tendrán la misma consideración «los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deben poseer acreditada experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada esta última».

La Ley 45/1999, tiene según el art. 64.c del R. D. 2393/2004 y la doctrina<sup>253</sup> una evidente fuerza expansiva al aplicar a empresas establecidas en cualquier parte del mundo, también para las extranjeras extracomunitarias que deberán respetar unos derechos laborales mínimos a los trabajadores que se desplacen temporalmente a nuestro país.

Las condiciones laborales de los trabajadores desplazados a España, que los empresarios deben garantizar cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo<sup>254</sup>, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de la legislación aplicable a su contrato de trabajo, son las que se refiere a continuación el artículo 64.C del R. D. 2393/2004, y como enumera el art. 3.1. Ley 45/99 las siguientes:

253. MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA G.: «Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 205, año 2000, pág. 24.

254. RICO LETOSA, S.: «Desplazamiento temporal transnacional de trabajadores», en *Rev. Tribunal Social* núm. 138, junio 2002, pág. 47.

- a) tiempo de trabajo, en el sentido previsto en los arts. 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores, es decir: duración de la jornada, realización y límites a las horas extraordinarias, el trabajo nocturno y por turnos, el descanso semanal con fiestas y permisos, y lo referente a las vacaciones anuales.
- b) la cuantía del salario, según el art. 4 Ley 45/99 que será la cuantía mínima prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado. La noción de «salario mínimo» se definirá en la legislación o el uso nacional de Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado. Así el artículo 4 citado entiende por cuantía mínima de salario la constituida en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y complementarias y trabajo nocturno, no incluyendo las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.
- c) igualdad de trato y no discriminación, por razón de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, lengua o disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales siempre que los trabajadores se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate.
- d) trabajo de menores, según el art. 6 del E. T. que prohíbe la admisión al trabajo a los menores de 16 años, y prohíbe a los menores de 18 años la realización de trabajos nocturnos, los declarados insalubres, peligrosos, nocivos, o penosos y perjudiciales para su formación profesional y humana, así como la realización de horas extraordinarias. Limita a los menores de 16 años su actividad en espectáculos públicos con expresa autorización por la autoridad laboral que deberá constar por escrito y supondrá la salvaguarda de la salud física y la formación humana y profesional del menor.
- e) prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores.
- f) no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial.
- g) respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual<sup>255</sup>.
- h) libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión.

---

255. Lo que respondería a la especial sensibilidad que existe frente al acoso sexual, y a reconocer el ámbito laboral dentro de los límites de la dignidad. Véase en este sentido GACÍA NINET, J. I y VICENTE PALACIO, A.: «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento temporal y no permanente de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 27, 2000, pág. 29.

No obstante, como acertadamente se ha señalado<sup>256</sup>, la expresión desplazamiento temporal de trabajadores se refiere a un fenómeno distinto al de la emigración. En el desplazamiento se trata de personas, ya empleadas en un país, que se desplazan temporalmente a otro para ejecutar allí un trabajo por cuenta de su empleador en una actividad empresarial, que éste realiza en otro país. Para la normativa de la Organización Internacional del Trabajo, estos trabajadores desplazados no son emigrantes y quedan fuera del ámbito de los convenios correspondientes.

### Requisitos de la autorización

Los requisitos de la autorización, vienen recogidos en el artículo 64 del R. D. 2393/2004. Para la concesión de esta autorización de residencia y trabajo se valorará el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) que la residencia del trabajador extranjero en el país donde radica la empresa que le desplaza sea estable y regular.
- b) que la actividad profesional del trabajador extranjero en el país en el que radica la empresa que le desplaza tiene carácter habitual, y que se ha dedicado a dicha actividad como mínimo durante un año y ha estado al servicio de tal empresa, al menos, nueve meses.
- c) que la empresa que le desplaza garantiza a sus trabajadores desplazados temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre.

Quedan expresamente excluidos de este tipo de autorización de residencia y trabajo los desplazamientos realizados con motivo del desarrollo de actividades formativas en los supuestos previstos en los párrafos a) y c) del artículo 63 y del personal navegante respecto de las empresas de la marina mercante.

Esta autorización de residencia y trabajo se limitará a una actividad y ámbito territorial concretos. Su duración coincidirá con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año, prorrogable por el mismo período si se acreditan idénticas condiciones.

### Procedimiento de tramitación

El procedimiento de tramitación de la autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios es el establecido con carácter

---

256. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: en *Inmigración y relaciones laborales*, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Granada, 2001, págs. 385 y 386.

general en el Capítulo II «residencia temporal y trabajo» del Título IV del Reglamento, con las siguientes especialidades recogidas en el artículo 65 del R. D. 2393/2004:

- a) el empleador que pretenda desplazar a un trabajador extranjero a España deberá presentar, personalmente o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial, la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno del lugar en donde se vayan a prestar los servicios o ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente a su lugar de residencia, y será de aplicación para este último caso, el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia.
- b) a la solicitud de autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios deberá acompañarse la siguiente documentación:

1º los documentos necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior.

2º una copia del pasaporte o documento de viaje en vigor del trabajador extranjero.

3º aquellos documentos que justifiquen la concurrencia, si son alegados por el interesado, de alguno o algunos de los supuestos específicos establecidos en el art. 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

4º la titulación o acreditación de que se posee la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, cuando proceda, debidamente homologada.

5º la documentación acreditativa que identifica a la empresa que desplaza al trabajador extranjero y su domicilio fiscal.

6º el contrato de trabajo del trabajador extranjero con la empresa que le desplaza.

7º el certificado de desplazamiento de la autoridad o institución competente del país de origen que acredite que el trabajador continúa sujeto a su legislación en materia de Seguridad Social si existe instrumento internacional de Seguridad Social aplicable. En el caso de inexistencia de instrumento internacional de Seguridad Social aplicable al respecto, un documento público sobre nombramiento de representante legal de la empresa que desplaza al trabajador, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

8º una copia del contrato de prestación de servicios en el supuesto previsto en el apartado 1.a) del art. 63.

9º escritura o documento público que acredite que las empresas pertenecen al mismo grupo en el supuesto previsto en el apartado 1.b) del art. 63.

10º la documentación que acredite el supuesto previsto en el apartado 1.c) del art. 63.

c) el trámite del abono de la tasa no se realizará cuando la autorización de residencia y trabajo sea inferior a seis meses.

Las causas de denegación y efectos del visado de residencia y trabajo en el marco de las prestaciones transnacionales de servicios.

Será causa de denegación de esta autorización, dice el artículo 66 del Reglamento, además del incumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la tramitación en el artículo 64 o el incumplimiento del procedimiento, la concurrencia de alguna circunstancia prevista en el art. 53, con excepción del párrafo b); es decir, se le aplican los supuestos generales de denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena, pero no le resulta de aplicación las exigencias de la situación nacional de empleo.

El visado de residencia y trabajo que se expida en los supuestos a los que se refiere esta autorización por prestación transnacional de servicios, y que seguirá la tramitación prevista en los artículos 55 a 57 sobre autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, tendrá la consideración de autorización inicial de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, cuya vigencia comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada y así se haga constar en el visado, pasaporte o título de viaje<sup>257</sup>.

### **AUTORIZACIONES DE TRABAJO PARA ESTUDIANTES, ASILADOS, APÁTRIDAS, MENORES Y EXTRANJEROS CON RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES**

Examinada sucintamente la normativa recogida en el marco del Capítulo III del Título II de la L. O. 4/2000, que es el dedicado a las autorizaciones de trabajo y regímenes especiales, no se agota aquí sin embargo el régimen de obtención de una autorización para trabajar por cuenta ajena. Y aunque sólo sea a modo de referencia y para que quede constancia de ello, debemos al menos de indicar otras vías para acceder al mercado laboral.

#### **Estudiantes**

El artículo 33 de la L. O. 4/2000 recoge el régimen especial de los estudiantes considerados éstos como aquéllos que tienen como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación no remunerados

---

<sup>257</sup>. Como se determina en el artículo 67 del R. D. 2393/2004.

laboralmente y, si bien, con carácter general no están autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena «Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada».

El artículo 90 del Reglamento recoge el régimen de trabajo de los estudiantes, del que destacamos en este trabajo las siguientes notas, algunas de ellas destinadas a evitar situaciones fraudulentas: dichas actividades deberán ser compatibles con la realización de los estudios y los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia; los contratos deberán formalizarse por escrito, se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial; en el supuesto de ser a jornada completa su duración no podrá ser superior a los tres meses ni coincidir con los periodos lectivos; no tendrá la autorización limitación geográfica salvo que coincida con periodos lectivos; finalmente, su vigencia coincidirá con la duración del contrato de trabajo y no podrá ser superior a la de la duración del visado o autorización de estudios, cuya pérdida será causa de su extinción. Debiendo siempre cumplir, por lo demás, con los requisitos generales establecidos en el artículo 50 del Reglamento, salvo la consideración de la situación nacional de empleo y la existencia de antecedentes penales, ni tampoco la autorización tendrá limitaciones geográficas, con la excepción de que la actividad laboral coincida con el periodo lectivo, en cuyo caso, obviamente, se limitará al ámbito territorial de su titular. Las autorizaciones para trabajar se renovarán si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión anterior, siempre y cuando se haya obtenido la renovación de la estancia por investigación o estudios.

No será preciso solicitar autorización para aquellas prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó el visado de estudios y se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate<sup>258</sup>.

Los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia por estudios o investigación superior a seis meses<sup>259</sup> deberán solicitar y obtener la tarjeta de estudiante para acreditar su condición, que serán expedidas en los términos señalados para la obtención de las tarjetas de identidad de los extranjeros, de conformidad con el artículo 105 del Reglamento<sup>260</sup>, con lo la pretendida

258. ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D.: «El acceso a la Universidad española de los inmigrantes extranjeros», en *IX Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario celebradas en Córdoba en abril de 2005*, Universidad de Córdoba, en prensa.

259. Según dispone el artículo 106 del R. D. 2393/2004.

260. Artículo 105 del Reglamento, referido en parte por el antiguo artículo 52 del derogado Reglamento.

simplificación de las reformas legales termina girando sobre el mismo triángulo: autorización de residencia y trabajo, visado, expedición obligatoria de tarjeta de identidad, que ahora se convierte en cuadrado con el alta preceptiva del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde su entrada en España con el correspondiente visado.

Estas autorizaciones para trabajar, se podrán renovar si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión anterior, siempre y cuando se haya obtenido la renovación de la estancia por investigación o estudios.

Ésta además, puede ser una buena vía, a través del régimen de estudiante para incorporarse al mercado de trabajo, para el que no será necesario, además solicitar visado.

En este sentido, el artículo 95 del Reglamento recoge que los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia por estudios podrán acceder a la situación de residencia y trabajo sin necesidad de solicitar visado cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el art. 50, excepto el párrafo a), que se refiere a tener en cuenta la situación nacional de empleo.

Además deben cumplirse los requisitos siguientes:

a) haber permanecido en España durante, al menos, tres años en la situación de estancia por estudios. Excepcionalmente y previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración podrá reducirse el plazo de tres años señalado, cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquéllos. Lo cual, desde luego, introduce un importante elemento de apreciación subjetiva y discrecionalidad por parte de la Administración, que si bien no será muy significativo cuantitativamente, sí puede dar lugar a enojosas discriminaciones entre supuestos similares.

b) haber realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento. Supone ello el aprobar los mismos, o caben interpretaciones exigentes que requieran de una alta calificación académica, o bien otras interpretaciones más laxas que admitan, incluso, dilatados períodos de investigación sin publicaciones ni memorias de resultados o estudios con algún resultado deficiente. Primando el tenor literal de la norma, y sin exigir más allá de la misma, entendemos que bastará para acreditar el aprovechamiento la mera certificación académica acreditativa de la superación mínima de los estudios o, en el caso de la investigación, publicaciones o memorias de seguimiento avaladas por el director de la investigación o departamento al que corresponda.

c) no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

El estudiante o investigador que se acoja a esta posibilidad podrá igualmente solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares en situación de estancia previstos en el art. 89 que se encuentren conviviendo con él en el momento de la solicitud, siempre y cuando acredite suficiencia económica y disponibilidad de vivienda adecuada, en los términos establecidos para la reagrupación familiar en el art. 42.2.d) y e).

La autorización de residencia o residencia y trabajo concedida tendrá la consideración de autorización inicial. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo concedida estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia, y en el plazo de un mes desde su entrada en vigor el trabajador deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero. En el caso de los familiares, la autorización de residencia concedida se registrará por lo dispuesto en la Sección 2ª del Capítulo I del Título IV del Reglamento, que comprende los artículos 38 al 44.

El plazo de solicitud de la autorización de residencia y trabajo, así como, en su caso, la autorización de residencia para los familiares, deberá cursarse durante los tres meses anteriores a la extinción de la autorización de estancia por estudios. La solicitud realizada en este plazo prorrogará la vigencia de la autorización de estancia del estudiante o investigador y, en su caso, de los familiares contemplados en el art. 89. 2 por el que se entiende como familiar al cónyuge e hijos menores de 18 años o sometidos a su patria potestad o tutela, hasta que recaiga resolución sobre ella.

Existe, además, un régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario, en el que caben igualmente la realización de actividades lucrativas, según recoge el artículo 91 del Reglamento para los licenciados extranjeros en Medicina y Cirugía, Farmacia, Psicología, Ciencias Químicas y Ciencias Biológicas que estén en posesión del correspondiente título español o extranjero debidamente homologado y realicen estudios de especialización en España, según regulación específica, podrán realizar las actividades lucrativas laborales derivadas o exigidas por dichos estudios de especialización, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo, sin perjuicio de la necesidad de comunicación de esta circunstancia a la autoridad competente.

La oficina consular de su lugar de residencia podrá expedir el visado de estudios tras la verificación de que se encuentra realizando los estudios de especialización mencionados en el párrafo anterior.



## Asilados

Hay que partir, hoy día de la total vigencia de la institución de asilo en un contexto internacional en el que se producen persecuciones y violaciones de los derechos humanos por motivos de raza, religión o nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social.

Dado el altísimo porcentaje de inadmisiones a trámite de solicitudes de visado<sup>261</sup>, se debe profundizar en la primera entrevista de solicitud de asilo, con presencia letrada y de intérprete, y sobre todo, en el análisis e interpretación de los cinco motivos de persecución convencionales, especialmente el de «pertenencia a determinado grupo social», para que pueda ampliarse su aplicación a los nuevos retos del siglo XXI, muy diferentes a cuando nació la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados en el año 1951.

Los solicitantes de asilo, según recoge la Disposición Adicional Decimoséptima del R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 34.3 de la L. O. 4/2000, estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta estuviera admitida a trámite y no estuviere resuelta por causa no imputable al interesado.

La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de asilo y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la oficina de asilo y refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado.

Esta Disposición Adicional Decimoséptima que regula el régimen de autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de asilo, ha de ponerse en conexión con la nueva redacción dada por la Disposición Final Tercera del proyecto de Real Decreto sometido a consulta al Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado<sup>262</sup>. Dicha disposición no añade nada a lo ya regulado en dicho Reglamento, salvo la forma de acreditar la autorización en el documento del solicitante de asilo.

Además, el artículo 45.3 del Reglamento vigente, dentro de la autorización de la residencia por circunstancias excepcionales establece que se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el art. 17.2 de

261. Según se recoge en el último Informe del Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración del Ministerio del Interior, correspondiente al año 2003.

262. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reformada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo, publicadas en el BOE de fecha 27.03.1984 y 23.05.1994 respectivamente. Y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el R. D. 203/1995, de 10 de febrero, publicado en el BOE 02.03.1995.

la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el art. 31.3 de su Reglamento de aplicación, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los arts. 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Hemos de tener en cuenta que ello supone también una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquella autorización<sup>263</sup>.

El artículo 13 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado<sup>264</sup>, establece que la condición de asilo implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles; la expedición del documento de identidad necesario, y en su caso, de viaje. En el caso de que se renueve la residencia inicial temporal de seis meses, se estará «a lo dispuesto en la normativa general sobre trabajo de extranjeros, que también se aplicará en todo caso a los familiares del asilado»<sup>265</sup>, con lo cual el régimen no es sólo individual sino que afecta a la situación laboral de sus familiares, lo que parece lógico para la pervivencia de la familia.

### Apátridas

Partiendo del concepto de apátrida<sup>266</sup> como toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación y manifiesta carecer de nacionalidad, establece el artículo 34 de la L. O 4/2000 que el Ministerio del Interior reconocerá dicha condición a los extranjeros que reúnan el perfil descrito conforme a la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. Rigiéndose su situación por el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida<sup>267</sup>.

Una vez que el apátrida sea reconocido como tal, y haya acatado la Constitución Española y el Ordenamiento Jurídico, tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería.

263. Según el art. 45.7 del R. D. 2393/2004.

264. Ley 5/1984 de 26 de marzo, reformada por la Ley 9/1994 de 19 de mayo. Publicadas en el BOE de 27.03.1984 y 23.05.1994, corrección de errores, BOE 2.06.1994.

265. Artículo 14 de la citada ley, que quedó sin contenido en virtud de la reforma de la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

266. Según define la convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954.

267. Aprobado mediante Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, publicado en el BOE núm. 174 de 21 de julio (corrección de errores en el BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2001).

A tales efectos, según recoge el artículo 13 de su Reglamento, las autoridades competentes expedirán la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida, que habilitará para residir en España y para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, así como la expedición de un documento de viaje que tendrá una duración de dos años.

## Menores

Están exceptuados de la autorización para trabajar, y pueden realizar actividades lucrativas, laborales o profesionales, al amparo del art. 68 k) del Reglamento los menores extranjeros en edad laboral tutelados por entidad de protección de menores competente; es decir, las Comunidades Autónomas respecto de menores no acompañados declarados en desamparo<sup>268</sup>, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

Esta situación quedará probada con la acreditación de que la entidad citada ejerce la tutela del menor y la presentación por parte de ésta de la propuesta de actividad que favorezca la integración social del menor.

Lo cual resulta una disposición bastante recurrente, y una incorporación al trabajo bastante deseada por estos jóvenes que vienen a nuestro país, no a formarse ni a recibir una mejor educación, sino como el resto de inmigrantes económicos, a ganar dinero que, en muchas ocasiones familias numerosas están esperando al otro lado de la orilla, pues nos referimos sobre todos a menores de origen marroquí, y últimamente está proliferando la presencia de algunos rumanos menores de etnia gitana.

Se prioriza, también la participación en los ciclos de formación reglada ocupacional que desarrollan las Consejerías de Trabajo de las Comunidades Autónomas, hasta el punto que en el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que ya hayan alcanzado la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el art. 40.j) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero<sup>269</sup>.

268. ACNUR, *Menores no acompañados: directrices para tratar su solicitud de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997. Y CAMPUZANO, B. «Los menores extranjeros no acompañados» en *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, *passim*.

269. ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D.: «Los procesos migratorios de menores extranjeros no acompañados», en *Encuentro sobre Inmigración, Nacionalidad y Extranjería*, Instituto Canario de Administración Pública, Gran Canaria, 2005.

Como ha realizado el Congreso Nacional de los Abogados Españoles, en su XV edición, se pone de otro lado de manifiesto la preocupante situación jurídica de los menores, tanto de los menores españoles cuyos padres se encuentran en situación administrativa irregular, como de los menores extranjeros o incapacitados nacidos en España que plantea el artículo 94. 2 del R. D. 2393/2004, en evidente contradicción con el principio de interés superior del menor, exigiéndose ese período de permanencia continuada de dos años en nuestro país o, en su caso, hasta la acreditación de la asistencia regular a clase. Se destaca la imposible aplicación del arraigo laboral en la franja comprendida ente la minoría de edad y la edad laboral.

Hemos de recordar que ha quedado derogada la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado «Sobre procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo», por la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre «Tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados» que parte del principio de interpretación «*iuris tantum*» de manera que se considere menor toda persona que no tenga 18 años sin perjuicio de la posterior determinación de conformidad con su ley personal (artículo 9.1 C.C.) y de que toda su actuación se lleve a cabo en aplicación del principio superior del interés del menor.

### Residencia por circunstancias excepcionales

Ante la tesitura de no poder recoger en una enumeración, con carácter además de Ley Orgánica, todos los supuestos posibles de concesión de autorización de trabajo, y dada la realidad social y las exigencias de política migratoria, en el artículo 31.3 de la L. O. 4/2000 se regula la posibilidad de que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia «u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente». Lo que supone un auténtico cajón de sastre donde la discrecionalidad de las circunstancias queda abierta a la voluntad interpretativa de la propia Administración.

Dicho precepto viene desarrollado en el artículo 45 del R. D. 2393/2004, pero a los efectos que aquí nos interesan, la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo<sup>270</sup>, con excepción de la que se conceda a los menores de edad, llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla. En la misma situación se hallarán las personas previstas en el art. 31.3 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, referente a aquellas personas cuyo regreso a su país suponga un riesgo

270. Artículo 45.2.a) del R. D. 2393/2004.

para su vida o integridad física. Concediéndose, además, menos autorizaciones de asilo dada la existencia de esta vía.

En los demás supuestos, referentes a la permanencia de más de 3 años con contrato de trabajo, por enfermedad sobrevenida, hijos de padre o madre originariamente españoles, víctimas de determinados delitos, que suponga un riesgo la solicitud del visado y la colaboración con la justicia, el extranjero podrá solicitar, personalmente, la correspondiente autorización para trabajar en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Dicha solicitud podrá presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales o bien durante el período de vigencia de aquélla.

### *El arraigo*

Ésta constituye una de las novedades fundamentales del nuevo Reglamento, el acceso a la autorización de trabajo, a través de circunstancias excepcionales que pueden ser reinterpretadas para ir acogiendo progresivamente a quienes se hallen en España, sin necesidad de tramitación de visado, que es lo que supone la vuelta al país de origen.

Así, señala el artículo 98 del Reglamento que los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el art. 47, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado.

Respecto de la legitimación para la solicitud de autorización de residencia y trabajo, cuando el extranjero autorizado a residir por circunstancias excepcionales estuviera habilitado para trabajar por cuenta ajena, presentará por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos previstos por el art. 54, ya examinados con anterioridad y referentes a la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

La regla general se aplicará en los demás casos, en los que el empleador será el sujeto legitimado para presentar la solicitud de autorización de residencia y trabajo y se exigirán los requisitos laborales previstos en el art. 50, excepto los párrafos a) y f). La eficacia de la autorización de trabajo concedida estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia.

Se dispone con carácter novedoso, algo que luego se tiende a unificar, en lugar de dar respuestas personalizadas, aunque el texto de la norma dispone que la duración de la autorización estará en función del tiempo que hayan residido previamente en España.

La regulación de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales, viene recogida en el artículo 45 del Reglamento, donde se incluye el arraigo laboral, social y familiar.

Así, de conformidad con el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en dicho artículo, que hace referencia a la concurrencia de circunstancias humanitarias y de colaboración con la Justicia u otras que se determinen reglamentariamente, siempre que no haya mala fe del solicitante, lo que es una interpretación *contrario sensu* del artículo 7.1 del Código Civil que establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, sin que la Ley ampare el abuso del derecho el ejercicio antisocial del mismo. En este sentido la Ley 30/92 dispone la presunción de buena fe que ampara al administrado de la que cabe prueba en contra por parte de la Administración.

Dado su carácter excepcional, las autorizaciones concedidas con base en este artículo, así como sus renovaciones, tendrán una vigencia de un año, sin perjuicio de lo establecido en el art. 47 del Reglamento referente a la renovación y cese de residencia temporal por circunstancias excepcionales, y en la normativa de asilo al que se remite el mismo.

Tienen gran importancia como acceso al mercado de trabajo y a la autorización para trabajar, ya que la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo, con excepción de la que se conceda a los menores de edad, llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquélla. En la misma situación se hallarán las personas cuyo regreso a su país de origen suponga un riesgo acreditado para su vida o integridad, según lo previsto en el art. 31.3 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Los supuestos normativos en los que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, son los siguientes:

#### Arraigo laboral

Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

El artículo 46.2.b a estos efectos dispone que en el supuesto de arraigo laboral, a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa

confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite<sup>271</sup>.

Entramos así en un proceso de enfrentamiento entre el empresario y el trabajador extranjero<sup>272</sup> que presumimos va a llevar a situaciones de abuso, a denuncias falsas, y también a atemorizar al extranjero y coaccionarlo en sus derechos. Nótese que no estamos ante una situación de paridad, sino de manifiesta desigualdad. Pensar que una persona extranjera, ante el desconocimiento de las leyes, con la necesidad apremiante de un trabajo para subsistir, denuncie al empleador con más y mejores medios y recursos de defensa, se nos antoja una lucha ardua a la que pronosticamos un efecto incierto. Téngase también en cuenta, que ello desembocará en un procedimiento sancionador, si no penal, contra el empresario que supone una multa mínima de 6.000 euros, más el pago de las cotizaciones debidas a la Seguridad Social.

Este mayor coste social y económico, ha llevado a que la entrada en vigor de esta documentación por arraigo laboral no se aplique hasta el 7 de agosto de 2005, es decir, una vez finalizado el periodo excepcional de tres meses de normalización y el plazo de otros tres meses legalmente previstos para la resolución de los expedientes presentados.

Se ha criticado ampliamente por la abogacía española la limitación en los medios de prueba tendentes a acreditar la situación laboral preexistente, que perfectamente pudiera encontrar acomodo en otros modos probatorios que gozaran de las mismas garantías.

#### Arraigo social

También está vinculado al mundo laboral, y se puede aplicar, según el art. 45. 2 a los extranjeros que cumplan los siguientes requisitos: acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa. Resultando la norma aprobada más restrictiva que la propuesta recogida en el borrador del Reglamento, que por familiares hacía referencia a los parientes con relación de consanguinidad en línea colateral hasta el segundo grado, y se aceptaban junto con los cónyuges a las personas unidas por una relación de análoga naturaleza suficientemente acreditada.

<sup>271</sup>. En el documento de borrador de 26 de octubre de 2004 se ha mejorado el texto inicial que se refería al «acta definitiva de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la certifique».

<sup>272</sup>. Que ya se propuso a la hora de acreditar la relación laboral para el proceso de normalización, pero que ante la queja unánime de los interlocutores sociales, finalmente se desestimó.

En los supuestos de arraigo acreditado mediante informe emitido por un Ayuntamiento, en éste deberá constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuente, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo.

Incluso se dispone que el Ayuntamiento correspondiente podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes.

De un lado, se cuestiona el nuevo papel asignado a los Ayuntamientos, que es del todo relevante, que modifica las competencias de éstos sin alterar la Ley de Bases de Régimen Local, y para lo cual, además, carecen normalmente de recursos a fin de expedir todos los informes y certificados señalados en la normativa reglamentaria.

Se plantea por la doctrina<sup>273</sup> respecto de los requisitos de este arraigo, si son cumulativos o enunciativos. Después de constatar la contradicción con el concepto de arraigo recogido en Sentencias del Tribunal Supremo<sup>274</sup> que conceptúa el mismo como «los vínculos del extranjero con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo». El Tribunal Supremo se refiere a que se trata de un *numerus apertus*, siendo suficiente con la concurrencia de una sola de ellas, siendo los requisitos del artículo 45 alternativos y no acumulativos.

En este sentido, respecto del derogado art. 41.2 d) R. D. 864/2001, referente a la misma materia, se ha pronunciado la jurisprudencia menor concluyendo que «es suficiente con la permanencia continuada por tres años en España y la situación excepcional y acreditada de arraigo puesta de manifiesto a través de uno sólo de los vínculos o situaciones que la jurisprudencia ha venido definiendo como tal y que no tiene por qué circunscribirse a los expresamente contenidos en el apartado que deben considerarse citados sólo a modo enunciativo»<sup>275</sup>.

### Arraigo familiar

Hemos de diferenciar en este apartado dos supuestos distintos. De un lado el llamado arraigo social por vínculos familiares que hemos recogido en el apartado anterior; y de otro lado el arraigo familiar privilegiado.

273. ROJO TORRECILLA, E. y CAMÓS VICTORIA, I.: «La laborización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración». *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 8, marzo 2005, págs. 83 a 106.

274. Entre otras, las sentencias T. S. de 11 de abril de 2000, y de 14 de marzo de 2002, o 16 de julio de 2002.

275. Así lo recoge la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cádiz, de 1 de septiembre de 2004. En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Barcelona, dictada el 9 de noviembre de 2004.



Este último, recogido en la letra c) del artículo 45.2 del Reglamento, se da en los supuestos cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originalmente españoles.

Este tipo de arraigo, a diferencia de los dos anteriores, no está vinculado ni a un período de permanencia continuada en España ni a la acreditación de una relación laboral previa o la disposición de un contrato de trabajo. Por lo que nada tiene en común respecto de las exigencias comunes que en los restantes casos condicionan la regularización del extranjero indocumentado, con lo cual su disposición sistemática resulta criticable.

El único requisito común con los demás supuestos de arraigo, es la exigencia de la certificación de antecedentes penales de los últimos cinco años, como se desprende del artículo 46.2.a) del Reglamento.

#### Arraigo por razones humanitarias y de interés nacional

Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, en los siguientes supuestos:

a) a los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los arts. 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el art. 22.4<sup>a</sup>, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos.

El Reglamento, en este caso, se muestra más generoso en la protección de los extranjeros y armoniza la protección penal en la lucha contra la discriminación con la integración de las personas discriminadas a través de la concesión de la documentación.

b) a los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.

Éste es uno de los clásicos supuestos de la antigua exención de visado. Si bien la casuística ha sido enorme y ha generado una abundante picaresca. Desde quienes les sobrevenía una agorafobia que les impedía volver en avión a sus lejanos países, a vértigos, y enfermedades de las más sutiles que médicos comprometidos en unos casos por razones humanitarias han ido dando lugar.

c) a los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguri-

dad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

Resulta fundamental la buena acreditación documental de estas circunstancias que, contrastadas las fuentes, suelen admitirse. Así, por ejemplo, certificados de partencia a cargos públicos o partidos políticos y amenazas de muerte, denuncias por atentados contra la vida o la integridad, etc.

d) se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos. Esta puede ser una buena vía para la incorporación al mercado de trabajo, justamente denunciando situaciones delictiva, ilegales, o de explotación laboral, ámbito que en la legislación derogada estaba reservado a quienes colaborasen exclusivamente en materia de tráfico ilegal de personas, que se concretaba preferentemente en la práctica de la prostitución a gran nivel.

En los demás supuestos, el extranjero podrá solicitar, personalmente, la correspondiente autorización para trabajar en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Dicha solicitud podrá presentarse de manera simultánea con la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales o bien durante el período de vigencia de aquélla, y en su concesión será preciso acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los párrafos b), c), d) y e) del art. 50. No obstante, los requisitos a que se refiere el párrafo c) del art. 50, relativos a la inscripción en la Seguridad Social y su situación de solvencia económica respecto a la misma y a la Hacienda Pública, se acreditarán en los términos establecidos en el apartado 3 del art. 51 del Reglamento, mediante los correspondientes informe recabados de oficio por la Oficina de Extranjeros a la Agencia Estatal Tributaria, Tesorería de la Seguridad Social, Dirección General de la Policía y Registro Central de Penados y Rebeldes, y que deberán ser remitidos en el plazo máximo de 10 días.

No debe olvidarse, que hay que tener en cuenta también el supuesto de colaboración frente a redes organizadas que puede desembocar en una autorización para trabajar y residir como recoge el artículo 59 de la L. O. 4/2000. De tal manera que el extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico

ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad<sup>276</sup>, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver. Cuando los referidos extranjeros hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa<sup>277</sup> la autoridad gubernativa competente podrá conceder, a elección del extranjero, y para facilitarle su integración social, autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de acuerdo con el art. 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, así como autorización para trabajar, o facilitarle el retorno a su país de procedencia. La concesión de dicha documentación podrá ser revocada si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales.

Hay que indicar de esta posibilidad legal, que sólo operará con el presupuesto previo de que el expediente sancionador esté en curso, puesto que si ya ha recaído resolución de expulsión sólo permitirá que el Ministerio Fiscal interese<sup>278</sup> o bien la inejecución del acto administrativo, si es que no se ha llevado a efecto, o bien el regreso a España durante el período preciso para la práctica de las diligencias necesarias, pero en ningún caso si hay sanción de expulsión dictada cabe su revocación y concesión de la autorización de trabajar por los motivos que estamos analizando de colaboración con la justicia. Lo que el precepto reglamentario interpreta, y casi corrige el tenor de la norma orgánica, puesto que la Ley dice que «no será expulsado», para lo que parece previo que exista ya la sanción de expulsión y que el párrafo segundo del artículo 59 no se refiere a la resolución del expediente sancionador, sino al expediente de supuesta revocación de la expulsión. De todas formas con la aclaración del 117 del Reglamento, parece que esta última interpretación no sería correcta.

276. Quedan comprendidas dentro del artículo 52 Ley de Extranjería, respecto a las conductas que castigan la explotación de la prostitución, siendo víctima o perjudicado el extranjero, las que se refiere el artículo 188 del Código Penal. Y en el caso de testigo de explotación de prostitución, pudiera referirse al mismo precepto o bien al artículo 187 que castiga al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz. Y también entendemos que será de aplicación el testimonio del extranjero o su condición de víctima de las conductas tipificadas como delito en el artículo 312 C. P. O bien en el artículo 313 que castiga al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España. Y sobre todo, con carácter central el artículo el artículo 318 bis introducido en la L. O. 4/2000 y modificado con la L. O. 11/2003.

277. El artículo 59 de la L. O. 4/2000, queda desarrollado en el nuevo Reglamento en el artículo 117.

278. Vid. *supra*.

De otro lado, nos encontramos ante una facultad de propuesta del órgano instructor del expediente, normalmente el funcionario policial, ante la autoridad competente. En esto el precepto reglamentario ciertamente es contradictorio o, cuando menos desorientador, porque de un lado parece que queda la propuesta totalmente abierta a la consideración del grado de colaboración y de la «esencialidad» de los datos aportados o declarados por el extranjero, pero de otro lado no se exige la colaboración expresa, sino «la posible concurrencia de circunstancias de colaboración con la justicia».

Otra consideración que nos merece el precepto citado, es la finalidad teleológica de la medida, que se concreta en facilitar la integración social, y que nos parece contradictoria con la alternativa que proporciona: de un lado la autorización de residencia y trabajo (lo que sí resulta coherente) y de otro el regreso al país de origen, que nos parece que no tiene nada que ver con aquella finalidad. Si bien se refuerza esa concepción con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 117, en el sentido que durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el juez instructor según lo establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

También resulta llamativo, el motivo de revocación de la autorización, provocado por el «cese» en la cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales. Desde luego estamos en presencia de conceptos indeterminados, de apreciaciones subjetivas por parte de los instructores policiales que afectan a derechos fundamentales. ¿Y si la información ofrecida no se reputa como esencial para dichos funcionarios?, ¿y si estos quieren del extranjero más información de la que realmente éste dispone y le «presionan» con solicitar la revocación de su autorización?, ¿realmente favorece el proceso de integración social que se anuncia normativamente el conceder una autorización de residencia y trabajo y revocarla a los 4 o 6 meses de intentar iniciar un proyecto normalizado de vida por la estimación de que se ha cesado en la colaboración?. Nos planteamos, con independencia de ese carácter a recompensa que representa la norma<sup>279</sup>, si realmente se preserva el derecho a la libertad individual de la persona constitucionalmente consagrado, y que afecta a la dignidad de la misma y los derechos inviolables de ésta. Difícilmente los Tribunales de Justicia van a poder apreciar o determinar el acomodo o no al derecho de dicha posible revocación, que entendemos está dentro de la discrecionalidad administrati-

---

279. Que nos recuerda, de alguna manera y salvando las distancias, la concesión de la nacionalidad a los extranjeros víctimas del atentado en Madrid del 11 de Marzo de 2004 y a sus familiares, frente a cuya medida se alzaron voces pidiendo que no fuera necesario el derramamiento de sangre para reconocer una situación de justicia, o en este caso el ser víctima o testigo de terribles delitos para conseguir un grado mínimo de reconocimiento jurídico y de integración social.

va. Por lo que creemos que habrá que interpretar el «cese» de la colaboración de una manera manifiesta y rotunda, como toda negativa a ratificar lo previamente declarado, o ante la total desvirtuación *a posteriori* de lo declarado, o cualquier otra manera que evidencie un cambio de aptitud radical del extranjero afectado por esta norma.

Sobre el alcance y trámites de esa autorización a trabajar del artículo 117 del Reglamento, entendemos que por el carácter excepcional del supuesto, no serán de aplicación el régimen de requisitos y procedimiento general establecido en los artículos 50 y ss. del Reglamento para la concesión inicial, de tal manera que no será necesaria la oferta de empleo para conceder la autorización de trabajar, y la misma tampoco debe tener limitado en consecuencia un ámbito de actuación sectorial, que no podría determinarse ante la falta de oferta, ni tampoco podrá ser aquella autorización reducida a un ámbito geográfico provincial, máxime persiguiéndose los mentados fines de integración social propuestos.

Lo que, en definitiva, también nos lleva a reflexionar, sobre el escrupuloso cuidado que debe tenerse tanto en la aplicación de esta facultad de concesión de la autorización, como en la revocación de la misma. Sin obviar, que una situación desesperada ante la falta de documentación, puede encontrar en esta vía un camino para tratar de obtener un beneficio aunque sea en fraude de ley, proporcionando una historia, que puede ser perfectamente inducida o conocida de referencias, que resulte convincente y de interés policial y judicial, pero al fin manipulada y tendenciosa con el objetivo último de conseguir la documentación.

### ***Procedimiento común***

Viene recogido en el artículo 46 del Reglamento, disponiéndose en el mismo que la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación, salvo en el caso de menores o incapaces, en el que podrá presentar la solicitud su representante legal, acompañada de la siguiente documentación:

- a) pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses. En los términos fijados en la resolución del Ministro del Interior por la que se autorice la permanencia del interesado en España en los casos del art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, se podrá eximir de este requisito.
- b) en los casos en que se exija, contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario con una duración mínima de un año, cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada.

c) documentación acreditativa de encontrarse en alguna de las situaciones a las que se refiere el artículo 45.

Sobre los antecedentes penales, en particular, para acreditar que se reúnen las condiciones establecidas para los supuestos de arraigo, la documentación aportada deberá ajustarse a las siguientes exigencias en el caso de que el interesado fuera mayor de edad penal, deberá aportar certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en que haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, en el que no deberán constar condenas por delitos existentes en el Ordenamiento español.

Para los supuestos de solicitudes presentadas por las víctimas de los delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, los interesados podrán presentar la solicitud cuando se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección, y podrá concederse la autorización de residencia una vez que haya recaído sentencia por los delitos de que se trate. No podemos obviar aquí, aunque parezca un tanto enrevesado, la tremenda presión que los órganos judiciales soportan por parte de la sociedad civil y de los poderes mediáticos, en torno a conceder órdenes judiciales de protección ante cualquier denuncia que tenga cierta apariencia de coherencia y verosimilitud, pero que en la mayoría de los casos se produce en el ámbito de lo privado y en no pocas ocasiones es difícilmente contrastable, lo que puede abrir un camino a veces cierto, a veces fraudulento para aquellos extranjeros más avisados o inducidos convenientemente, para obtener su documentación.

Como es normal general en el procedimiento administrativo, el órgano competente podrá requerir del solicitante que aporte los documentos señalados en los artículos anteriores u otros documentos que sean necesarios para justificar los motivos de la solicitud, y le manifestará que, de no hacerlo en el plazo que se señale en la notificación, que no podrá ser superior a un mes, se le tendrá por desistido de la solicitud y se producirá el archivo del procedimiento.

Igualmente, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal. Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración, además del intérprete, en caso necesario, y quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado. Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de otras circunstancias en que se ha basado la autorización, se recomendará la denegación de la autorización y se remitirá copia del acta al organismo competente para resolver. En caso de

que surgieran dudas sobre el criterio a seguir, el órgano competente deberá elevar la consulta correspondiente a la Dirección General de Inmigración.

En los casos de colaboración con la justicia o autoridades administrativas como causa de residencia excepcional recogida en el párrafo 5 del art. 45, la competencia para su resolución corresponderá:

- a) a la Secretaría de Estado de Seguridad cuando la autorización esté basada en la colaboración con las autoridades policiales, fiscales y judiciales y en los casos de seguridad nacional. A la solicitud basada en estos supuestos se acompañará el informe de la jefatura correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya sean del Estado, ya sean de la comunidad autónoma, así como, en su caso, el de la autoridad fiscal o judicial, para acreditar las razones que la sustentan.
- b) a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración en los casos de colaboración con las demás autoridades administrativas y por razones de interés público.
- c) en los supuestos de los párrafos a) y b), las autoridades mencionadas podrán delegar las facultades conferidas en los Subdelegados del Gobierno o en los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Igualmente, en el caso del párrafo a) esta facultad podrá delegarse en el Director General de la Policía o en el Comisario General de Extranjería y Documentación.

Como resulta criterio general introducido por la nueva política de inmigración que cuenta las autorizaciones de trabajo por altas en la Seguridad Social, la eficacia de la autorización concedida en el supuesto de arraigo del art. 45.2.b) del Reglamento de Extranjería estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia.

También en concordancia con lo dispuesto en el artículo 105 del Reglamento, en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales o, en su caso, desde su entrada en vigor, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero.

#### ***Régimen de las renovaciones y cese de la residencia por circunstancias excepcionales***

Los titulares de una autorización concedida por el Secretario de Estado de Seguridad, o autoridad en quien delegue, podrán renovar la autorización siempre que se aprecie por las autoridades competentes que permanecen las razones que motivaron su concesión, como determina el artículo 47 del Reglamento que regula esta materia. Lógicamente solo en el caso de que las autoridades concluyesen que han

cesado las razones que motivaron su concesión, podrán solicitar una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el Reglamento para su obtención, con excepción del visado, puesto que no tiene sentido mantener el régimen excepcional sin que se den los supuestos del mismo, ni tampoco sería de recibo que automáticamente se pasara a la irregularidad administrativa.

Los supuestos de autorizaciones por circunstancias excepcionales concedidas por los motivos recogidos en el apartado 3 del art. 45, que se encuentren dentro de los supuestos de la normativa de asilo, refugio y personas desplazadas, se regirán para su renovación por la normativa de asilo y protección temporal aplicable.

En las autorizaciones concedidas por los demás supuestos, de conformidad con lo dispuesto por el art. 98, los titulares de la autorización podrán solicitar una autorización de residencia o una autorización de residencia y trabajo, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos para su obtención, incluida la titularidad de las licencias o permisos administrativos imprescindibles para el puesto que se pretende ocupar.

Los extranjeros podrán solicitar la autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo o, cuando se haya previsto, la renovación de la autorización por circunstancias excepcionales, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

### **Autorización por circunstancias excepcionalísimas**

Por si no fuera poco todo el entramado legislativo y reglamentario que hemos comentado hasta ahora, con el régimen del contingente, y los RÉGIMENes general y todas sus especialidades y excepciones, y las modificaciones de las autorizaciones en su caso, para completar este puzzle de numerosas piezas del derecho laboral, administrativo, penal, internacional, sancionador y de extranjería, en que se convierte el régimen de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los trabajadores extranjeros extracomunitarios en nuestro país, en quienes hemos centrado nuestra atención, no quedaría completo si obviáramos este homenaje a las facultades discrecionales de la Administración en materia de concesión, no de restricción, de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo que el Poder Ejecutivo se reserva para sí.



En efecto, como novedad del R. D. 2393/2004 que aprueba el Reglamento de Extranjería, establece en el apartado Cuarto de la Disposición Adicional Primera una vía de acceso al mercado laboral inédita en el Reglamento derogado y que se refiere a la posibilidad de incorporación al mercado laboral cuando «circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones. Asimismo, el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento».

Centrados en el ámbito laboral y dejando el inciso final señalado de dicha disposición sólo referente a la residencia temporal, la facultad que se arroga el Consejo de Ministros, para la concesión de estas autorizaciones de residencia y trabajo que hemos denominado excepcionalísimas exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos, formales y materiales. Desde el punto de vista formal, se iniciará el procedimiento a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de su Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y con el visto bueno de Interior a través del correspondiente informe del Secretario de Estado de Seguridad, aprobándose por acuerdo del Consejo de Ministros que dictará las instrucciones en las que se establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones. Lo que supone un verdadero «cheque en blanco» que entendemos no tendrá más limitaciones que lo dispuesto en la Ley Orgánica de Extranjería y el respeto al principio de jerarquía normativa, pues las «instrucciones del Consejo de Ministros» entendemos tendrán valor jurídico de acuerdo, de acto administrativo, y por tanto un rango legal inferior a los reglamentos, que no podrá contradecir.

Respecto a los requisitos materiales, exige la presencia coetánea de estos tres presupuestos:

- a) «la concurrencia de circunstancias económicas, sociales o laborales que lo aconsejen». En este sentido, estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados y, aún más, totalmente ambiguos e imprecisos, porque toda autorización de trabajo a un trabajador extranjero tiene una incidencia necesaria en esos tres ámbitos. Tal vez

un cupo selectivo de trabajadores cualificados en una materia que fuesen necesarios coyunturalmente en un sector determinado; o quizás pudiera tratarse de aquellos subsaharianos que hasta ahora son remitidos a la Península con una resolución de expulsión en el bolsillo porque no pueden ser repatriados a falta de convenio bilateral o tratado aplicable que ahora puedan directamente documentarse; o algún caso de grave incidencia que pueda perturbar el orden público o poner en riesgo la paz social en situaciones de encierros, manifestaciones o altas concentraciones de extranjeros indocumentados en determinadas zonas geográficas.

b) que se trate de «supuestos no regulados». Este es un requisito por exclusión, y que trata de que se aplique esta facultad que se arroga el Consejo de Ministros con un carácter totalmente subsidiario respecto de la legislación vigente en la materia. Por lo que tenemos que estar ante personas extranjeras de las que no pueda aplicarse ningún régimen de acceso a la residencia y trabajo por la carencia de los supuestos necesarios en las diferentes modalidades reglamentadas. Esto es lo que justifica precisamente ese carácter y calificativo de excepcionalísimas para las citadas autorizaciones. Siendo el Poder Ejecutivo plenamente consciente, que las llamadas autorizaciones por circunstancias excepcionales y motivos humanitarios<sup>280</sup> sólo recogen tres supuestos muy tasados como son: el ser víctima de determinados delitos, sufrir enfermedades graves sobrevenidas, y el grave riesgo para la seguridad en el país de origen, así como la justificación por razones de interés público o seguridad nacional<sup>281</sup>, pueden no ser suficientes para poder ser aplicadas a otros casos previsibles que se escapan a tan estrechas vías reglamentarias.

c) que sean casos de «especial relevancia». De nuevo estamos ante un concepto jurídico indeterminado. ¿Qué debe entenderse por relevancia? Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>282</sup> debe ser lo referente a importante, significativo o excelente. Pero no sabemos si el legislador se refiere a importancia política, significación mediática o excelencia deportiva, o todas ellas a la vez. Pero parece que no estamos en presencia tanto de supuestos individuales sino colectivos, al tratarse propiamente de «instrucciones» que tendrán un carácter general. Y que la especial relevancia puede venir de situaciones especialmente llamativas por su carácter trágico o imprevisto. Incluso en el momento en que se aprueba este Reglamento con la habilitación que comentamos, en el año 2004, están muy cercanos y recientes en la memoria los trágicos y sangrientos atentados del 11-M que afectaron a muchos inmigrantes, e inmigrantes indocumentados que quizás, no cumplían con ninguno de los supuestos de la normativa vigente para la obtención de su documentación y

280. Las recogidas en el artículo 45.4 del Reglamento.

281. Según establece el artículo 45.5. del Reglamento.

282. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, XXI ed., Madrid, 1992, tomo II, pág. 1.763.

que ahora, se prevé, con carácter excepcionalísimo, que supuestos como ése u otros de análoga naturaleza puedan tener una respuesta acertada desde el ordenamiento jurídico y la voluntad de la Administración.

Nos queda, en este apartado, la posibilidad teórica de justificar o no la necesidad de esta norma adicional del Reglamento, porque, el Gobierno siempre puede dictar unas instrucciones o una normativa reglamentaria con respeto a la legislación vigente y a la jerarquía normativa y los derechos reconocidos. Por lo que si se trata de completar una regulación en una materia no prevista y no regulada, siempre está en manos del Poder Ejecutivo una reforma del Reglamento de Extranjería que tendría un mayor rango legal, ofrecería una mayor seguridad jurídica, y garantizaría en cualquier caso una mejor técnica legislativa que unas instrucciones adoptadas mediante acuerdo del Consejo de Ministros, sin perder de vista que la importancia de la materia que se trata: la concesión y régimen de autorizaciones de residencia y trabajo. No se debe olvidar que no estamos ante una habilitación legal, sino reglamentaria; es decir, el Gobierno dicta una norma en la que se habilita a sí mismo a dictar otra inferior que complete la primera. Parece que para ese viaje no hacían falta esas alforjas

Finalmente, sobre el alcance de dichas autorizaciones, lo único que anuncia la norma es que «podrán», por lo tanto no necesariamente, «quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas». De manera que serán, en definitiva, las referidas instrucciones, las que determinen si las autorizaciones son por un año, o varios; los sectores productivos en los que podrán desenvolverse sin restricciones o con determinación de aquéllos, y el ámbito geográfico provincial o estatal de vigencia de la autorización. Entendiendo que no puede crearse en virtud de dichas instrucciones un régimen paralelo al previsto en el Reglamento vigente, sino con determinadas especialidades justificadas en virtud de la concurrencia de los presupuestos materiales comentados.



VI CONTINGENTE



Recogido en el art. 39 LOEXIS, y en el artículo 64 y ss. del antiguo R. D. 864/2001, hoy en el Título V del R. D. 2393/2004 que comprende los artículos 77 a 83, consiste en el establecimiento anual de un cupo de trabajadores extranjeros para trabajar en España teniendo en cuenta la situación nacional de empleo. El carácter con el que el Gobierno, en acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, puede fijar ese cupo de trabajadores será potestativo, en función de la política social y de las necesidades del mercado laboral, realizándose ofertas con carácter genérico de manera general, y admitiéndose también la posibilidad de realizarse las mismas de forma individual.

## CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Podemos definir el contingente como<sup>283</sup> el documento que contiene una estimación o previsión por anticipado de la demanda de trabajadores extranjeros que puede requerir el sistema productivo español, siendo el objetivo primordial que se sigue con el mismo<sup>284</sup> a través del establecimiento de cupos el garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional.

---

283. MARTÍN VALVERDE, A.: «Aspectos laborales de la Ley reformada de Extranjería», en *Rev. Tribuna Social* núm. 126, junio de 2001, pág. 16.

284. ORELLANA CANO, A. M.: «Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm 1, enero de 2003, *La Ley*, pág. 5.

En el fondo de esta figura, que se vislumbra como un instrumento importante en las políticas migratorias<sup>285</sup>, lo que subyace a mi juicio es el fracaso de la política basada en los permisos de trabajo, que ha llevado a las sucesivas regularizaciones con las consiguientes incertidumbres jurídicas y a las mutaciones y función perversa atribuida a la figura del contingente<sup>286</sup>, destinada a dotar en unos casos de cobertura normativa a los procesos de regularización cuando los intereses políticos así lo exigían y, en otros, a cumplir la función inversa, actuando como mecanismo de incorporación selectiva de inmigrantes a nuestro mercado de trabajo impidiendo, precisamente, la utilización de esta vía como instrumento emboscado de regularización.

Frente a lo que representaban aquellos cupos de trabajadores españoles que se marchaban a los países centroeuropeos para incorporarse de manera masiva a sus procesos productivos<sup>287</sup>, la evolución de la economía y la reducción del volumen de las empresas con la aplicación de las nuevas tecnologías, así como la deslocalización de éstas a otros lugares con menores costes, han cambiado los sistemas productivos y las necesidades del mercado laboral, así como el perfil de las empresas, de tamaño mucho más reducido, por lo que las previsiones de contratación de mano de obra extranjera y los procesos para vertebrar la misma difieren sustancialmente hoy de los existentes en los años 60.

## ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

La Ley Orgánica 7/85 no regulaba el contingente, y hasta el artículo 70 del Real Decreto 155/1996 no tiene una cobertura normativa. El origen del modelo que actualmente conocemos como contingente, se sitúa en la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España<sup>288</sup>, en la que se fijaron las líneas básicas de política migratoria española en ese momento, y en cuyo punto tercero se instaba al Gobierno a «desarrollar la utilización del visado como instrumento de orientación de la política migratoria» medida que permitía reforzar la capacidad de control de entrada de extranjeros y evitar flujos desordenados de inmigrantes, al mismo tiempo que permitía organizar la inmigración legal en función de la realidad de nuestro mercado laboral, pero, que sin embargo, no solucionaba la situación de

285. VILA LOZANO, J.: «La nueva regulación de extranjería en España: tratamiento legislativo, cuestiones sustantivo-procesales y propuestas de futuro», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 538, junio 2002, pág. 3.

286. MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia», en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 11, junio-2003, págs. 79-80.

287. GARCÍA-CALABRÉS COBO, F.: «Inmigración, problema o solución», en AA.VV. «*Inmigración y Sociedad*», Córdoba Acoge, octubre de 2001, págs. 100 y 101.

288. Adoptada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991, B. O. C. G., Congreso de los Diputados, IV Legislatura, núm. 165.



los trabajadores indocumentados residentes en nuestro país. De ahí, que en el punto cuarto se instase al Gobierno a «adoptar las medidas necesarias para completar el proceso de regularización realizado en 1985 al mismo tiempo que se propicia la aflojamiento y legalización de los colectivos de extranjeros que trabajan en situación irregular llegados con posterioridad a nuestro país y que puedan demostrar su inserción y arraigo». Lo que fue recogido por el Gobierno y desembocó a partir de junio de 1991 en un proceso de regularización aprobado por el Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991<sup>289</sup>, cuya filosofía está en el origen de la incipiente regulación posterior de esta figura<sup>290</sup> del contingente.

El inicio de esta política encuentra su origen, no obstante, en el año 1993, en que por vez primera se publica en el BOE la resolución de 4 de abril que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecía un cupo de autorizaciones de 20.600 trabajadores inmigrantes de nacionalidad no comunitaria, así como el procedimiento a seguir para la tramitación de las ofertas de empleo y solicitudes de trabajo<sup>291</sup>. Dicha medida no se destinaba, según ponía de relieve el Acuerdo, a incentivar la inmigración, sino que se trataba exclusivamente de una medida que perseguía la canalización de los flujos migratorios «facilitando un número máximo de autorizaciones que solamente se irán utilizando si el mercado de trabajo nacional no es capaz de satisfacer las necesidades empresariales de forma adecuada», motivo por el cual se garantizaba la preferencia de la mano de obra extranjera residente en España. Se inauguraba, de este modo, un singular proceso de regularización anual encubierta que hacía de la vía del «cupos» un sistema complementario de las regularizaciones extraordinarias que pudieran eventualmente utilizarse<sup>292</sup>.

Dicha función irregular se consolidó en los años posteriores con los contingentes de 1994 y 1995, que vieron la luz, respectivamente, el primero a través de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 23 de septiembre de 1994, por la que se dictan Instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios en el año 1994 y el procedimiento para su cobertura<sup>293</sup>; y el segundo por medio de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 9 de junio de 1995, por la que se aprueba el contingente de autorizaciones para

289. Según la Dirección General de Migraciones, en este proceso fueron presentadas 132.934 solicitudes, de las que 102.204 fueron resueltas favorablemente.

290. APRELL LASAGABASTER, C.: «La fórmula contingente de autorizaciones como condicionante para el empleo de los ciudadanos extranjeros no comunitarios», en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, págs. 18-22.

291. Dicha cifra se componía de los siguientes cupos establecidos en dicho año: peones agrícolas: 10.000, construcción: 1.100, empleadas de hogar: 6.000, y otros servicios: 3.000.

292. MERCADER URGUINA, J. R. y TOLOSA RIBIÑO, C.: «El contingente de trabajadores...» op. cit., pág. 81.

293. Publicado en el BOE de 24 de septiembre de 1994, por el que se determinó un cupo de autorizaciones para ese mismo año de 17.000 trabajadores extranjeros no comunitarios.

el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios de ese año<sup>294</sup>. En ambas disposiciones, se identificaban los sectores donde presentaban carencias la mano de obra nacional, centrados fundamentalmente en el servicio doméstico, trabajos agrícolas y ganaderos. Se determinaban, igualmente, las zonas geográficas concretas a las que se asignaba el «cupo» concreto de trabajadores. Hay que hacer mención de que en dichos procesos de distribución geográfica quedaba excluida la opinión de las Comunidades Autónomas, pues el contingente era aprobado por el Gobierno previo acuerdo de la Comisión Interministerial de Extranjería. Los empresarios, de los que se requería acreditar su solvencia económica para garantizar las responsabilidades que se derivasen de la contratación, podían presentar ofertas de empleo genéricas o nominativas, requiriéndose siempre la previa autorización de las Direcciones Provinciales de Trabajo que debían de considerar el principio de preferencia de la mano de obra española, comunitaria, y extracomunitaria residente legalmente en España, considerándose igualmente las causas posibles que impidieran la concesión del permiso de residencia o la expedición del correspondiente visado.

Con la aprobación del Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero, que recogía el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/85, se elevó a rango reglamentario la figura del contingente, al establecerse por primera vez la misma bajo el título de «Establecimiento de contingente», que venía a ratificar y positivizar el funcionamiento de años anteriores, con la novedad de exigir la consulta previa a las organizaciones sociales y empresariales más representativas, fijándose como finalidad del mismo garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión.

Paradójicamente, este mismo año quedó congelado el proceso del contingente, dado que se estableció con la aprobación del nuevo Reglamento otro proceso extraordinario de regularización<sup>295</sup>.

El Congreso de los Diputados, en la sesión del Pleno del día 24 de septiembre de 1996<sup>296</sup> reiteró las líneas básicas establecidas en 1991, instando al Gobierno a fijar anualmente los contingentes según las necesidades del mercado de trabajo y la capacidad de las Administraciones para lograr la integración de aquéllos. Así el proceso se abrió de nuevo con la Resolución de 31 de enero de 1997 por la que se estableció el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comuni-

---

294. Publicado en el BOE de 14 de junio de 1995, por el que se fijó un contingente de autorizaciones de 25.000 extranjeros no comunitarios.

295. En dicho proceso se solicitaron 25.128 peticiones de permisos, de las que fueron resueltas positivamente 21.294, según los datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales consultados en su página web: [www.mtass](http://www.mtass).

296. Véase B. O. C. G., Congreso de los Diputados, VI Legislatura.

tarios para ese año<sup>297</sup>. Dicha política se mantuvo al año siguiente, con la Resolución de fecha 13 de marzo de 1998<sup>298</sup>. Y lo mismo sucedió en el año 1999, en que la Resolución de 15 de enero de 1999 recogía el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1998<sup>299</sup>, con una previsión cada vez mayor que los primeros acuerdos que se adoptaban y publicaban en el último semestre del año de su vigencia haciendo prácticamente inviable la utilidad del proceso de «contingentación».

La llegada del año 2000, supone un cambio sustancial respecto de la utilidad y filosofía del contingente, además de su carácter normativo. De un lado, con la L. O. 4/2000 se produce una elevación en el rango legal normativo<sup>300</sup> del contingente al incluirse el mismo en el artículo 39<sup>301</sup> del referido texto, introduciendo ahora como novedad el carácter imperativo al recoger el mandato dirigido al Gobierno de establecer anualmente el contingente, al contrario de lo que recogía el artículo 38 del Proyecto de reforma que pretendía un sistema de cupos con carácter facultativo<sup>302</sup>. La reforma del mismo año introducida por la L. O. 8/2000, es justificada con base en las excepciones al contingente determinadas por concretas circunstancias del trabajador extranjero y por articular «un régimen documental que facilita que el extranjero que desee trabajar en nuestro país, que lo pueda hacer con todas las garantías y derechos»<sup>303</sup>. Para tratar de evitar que ocurriese lo que en años anteriores, y fuese utilizado el contingente como una vía de regularización extraordinaria, insiste la norma en que se trate de un proceso de selección en el país de origen de trabajadores que no se hallen ni residan en España. Y ello no es casual, sino que responde a la trayectoria de esta figura utilizada, como decimos, durante años para regularizar de manera encubierta a los trabajadores extranjeros indocumentados que se encontraban en nuestro país<sup>304</sup> y que, lógicamente ya eran conocidos por los empleadores y empresarios que querían contratarlos levantando de esta manera una

297. BOE del 5 de febrero de 1997. En el acuerdo de este año se consideró necesario diversificar la oferta por sectores de actividad a los que iba dirigido el contingente, que aprobó 15.000 autorizaciones repartidas entre los sectores agrícola, ganadero, construcción, servicio doméstico y otros servicios.

298. BOE del 14 de marzo de 1998. En este año, se aprobó un cupo de 28.000 autorizaciones.

299. BOE del 16 de enero de 1999. Subió el cupo de autorizaciones dicho año a 30.000, habiéndose presentado 94.819 solicitudes, prestándose por el contingente una especial consideración a los países de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, como víctimas del huracán Mitch.

300. PURCALLA BONILLA, M. A.: «La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre», en *Rev. Tribuna Social*, núm. 122, febrero 2001, pág. 54.

301. Artículo 37 de la L. O. 4/2000 en su redacción inicial.

302. «Podrá establecerse un contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España». Véase el B. O. C. G. del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 12-1 de 11 de septiembre.

303. Apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2000.

304. MOLINA NAVARRETE, C.: «Comentario al artículo 39» en MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social* (L. O. 4/2000, LO 8/2000 y R. D. 864/2001), Comares, Granada, 2001, págs. 611-616.

expectativa cierta de que, aún estando sin documentación en regla en nuestro país, el proceso del contingente sería utilizado anualmente para regularizar a quienes se hallaban entre nosotros. La realidad, desde 1993, nos demuestra que el 90% de los solicitantes de empleo vía «cupos» se encontraban ya en España y la mayoría de ellos en situación irregular. Con la reforma de diciembre del año 2000 se cambia dicha política de manera incontestable, tanto por lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley como en su desarrollo reglamentario, dado por el artículo 65 del R. D. 864/2001 de 20 de julio, que configuró el contingente a partir de un complejo sistema de informes de las diversas administraciones estatal y autonómica y los agentes sociales más representativos.

Otro debate que se abre con esta exigencia de obligar a la contratación de trabajadores extranjeros en el país de origen, viene determinado por la interrogante sobre los trabajadores extranjeros parados con residencia y permiso de trabajo vigente, o bien respecto de los indocumentados. Siendo mi opinión que se debe postular la primacía de contratar y documentar a los trabajadores extranjeros que ya que se encuentran aquí antes que traer nuevos contingentes de fuera, con la competencia que se puede crear entre los mismos inmigrantes y el carácter desestabilizador que ello puede suponer.

Completaba esta filosofía nueva del contingente el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración<sup>305</sup>, conocido como Plan Greco, que introduce como carácter esencial para la regulación de los flujos migratorios la firma de convenios con los países de origen<sup>306</sup>, que pone en relación con la aprobación de cupos anuales de trabajadores extranjeros, consiguiendo así el doble objetivo de potenciar el desarrollo económico de los países firmantes de los convenios que se suscriban con nuestro país, así como responder a las necesidades del mercado nacional de trabajo, lo que a su vez habría que combinar con la aprobación de los permisos de temporada y la inserción social de estos inmigrantes<sup>307</sup>.

La Resolución de 11 de enero de 2002 publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobaba el contingente para dicho año<sup>308</sup>, con la gran novedad de la unificación del régimen de acceso al permiso de trabajo, régimen que sólo será el del contingente, a salvo de los supuestos en los que no habrá de tenerse en cuenta la situación nacional de empleo.

Si del tenor literal de la Ley y del Reglamento de extranjería, se podía deducir la existencia de una doble vía de acceso al permiso de trabajo: el sistema

305. Publicado por Resolución de 17 de abril de 2001 del Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, que recoge el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001.

306. MERCADER UGUINA, J. R.: «Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración: buenas ideas, inciertas realizaciones», en *Rev. Relaciones Laborales*, tomo II, año 2001, pág. 255.

307. CHARRO BAENA, P.: «Autorización para trabajar y permisos de trabajo (Lectura de una reforma inacabada)», en *Rev. Mes a Mes*, núm. 61, año 2001, pág. 16.

308. Acuerdo adoptado el 21 de diciembre de 2001.

del contingente ideado para regular los flujos migratorios desde el exterior hacia España; y de otro lado el llamado régimen general al que podían acogerse los extranjeros que ya estuviesen entre nosotros, y aunque en ambos supuestos se tiene en cuenta la situación nacional de empleo<sup>309</sup>, la valoración de la oferta en el régimen general es individualizada y *a priori*, además de no tener un límite numérico para las autorizaciones. Frente a ello la novedosa tesis de la Administración, se sintetiza en considerar que si el contingente se elabora teniendo en cuenta dicha situación nacional de empleo, y dicho parámetro ha de ser tenido presente en el momento de la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena, tal y como dispone el artículo 38.1 de la Ley, la inexistencia de previsión del contingente determina la existencia de trabajadores nacionales que pueden ocupar el puesto ofertado y, consecuentemente, justifica la desestimación del permiso de trabajo solicitado. Lo que se recogía en el Punto Noveno del Acuerdo bajo el título de «conurrencia de procedimientos», suponiendo la desaparición de la gestión de las ofertas nominativas y del llamado «régimen general» en la tramitación y obtención de los permisos de trabajo.

Esta nueva postura, rompedora totalmente con los antecedentes del contingente, se vio reforzada con la Circular núm. 1/2002 de 16 de enero, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>310</sup>, en la que se afirma que «en aplicación de lo establecido en el artículo 70.1.1.a) del Reglamento, las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado «régimen general» presentadas a partir del día 14 de enero del año 2002, que no puedan cubrirse a través del contingente del año 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, podrán ser denegadas durante su vigencia, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo, ya que el Acuerdo del contingente del año 2002 al fijar el número de trabajadores extranjeros ya ha tenido en cuenta tanto las necesidades de mano de obra expresadas como la situación nacional de empleo». Para que no quedase ninguna duda, se llegaba a la drástica solución de que «en aplicación de lo establecido en el apartado noveno, punto 3 del Acuerdo, las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del denominado régimen general, presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según un procedimiento inadecuado».

309. AGUADO I CUDOLÁ, V.: «El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios», en *Revista Jurisdicción Contenciosa*, núm. 4, año 2002, págs. 75-76.

310. Circular referida a las Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 2002 y el procedimiento para su cobertura.

Aunque de todos es sabido que por el principio constitucional de jerarquía normativa una circular no puede modificar o derogar una disposición de rango superior, ni puede vincular a los Tribunales de Justicia<sup>311</sup> respecto a la interpretación en ella contenida<sup>312</sup>; sin embargo, el quehacer diario de los funcionarios de la Administración Pública aplicó sin dudas ni ambages dicha Circular, no admitiendo a trámite miles de solicitudes del régimen general de personas que, en su inmensa mayoría, se encontraban en nuestro territorio y cuya situación devino irregular.

La jurisprudencia, aunque tardíamente, se encargó de poner las cosas en su sitio, en base a numerosas sentencias. Entre otros, se rechaza la tesis de la Administración con base en argumentaciones como la dificultad de entender la regulación de la gestión de las ofertas de empleo que realiza el artículo 71 del Reglamento, por cuanto no sería necesaria la certificación a que el mismo se refiere y bastaría con examinar las previsiones del contingente<sup>313</sup>. También resulta irreal la tesis de la Administración, dado que no se sostiene la existencia de trabajadores nacionales que pudieran aceptar la oferta, con el resultado negativo de la certificación emitida por el INEM que no desplegaría sus efectos, sin perder de vista que la omisión de éste no puede servir de base a la denegación del permiso cuando la misma había sido solicitada<sup>314</sup>. Además, supondría mezclar dos sistemas diferenciados de acceso al empleo, teniendo en cuenta que el contingente persigue la regulación de flujos desde el exterior pero no contempla el acceso al mercado de trabajo de extranjeros que sí estén regularizados en nuestro país que pueden acceder al sistema productivo a través del referido régimen general. Incluso, la defectuosa técnica legislativa, que diferencia el carácter menos imperativo de la Circular frente al Acuerdo.

El argumento más reiterado en la jurisprudencia, es la declaración de nulidad radical del acto recurrido por cuanto el mismo se adopta prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, que no es otro que el regulado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Reglamento de Extranjería<sup>315</sup>. Existiendo, también argumentaciones<sup>316</sup> que acuden a la necesidad de motivación exigible a los

---

311. En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1999, Sala Tercera, había señalado que «la Circular no es una disposición reglamentaria, una disposición de naturaleza normativa, puesto que (...) su naturaleza no es otra que la de simple acto administrativo de carácter general que en ningún caso alcanza la vertiente normativa».

312. El artículo 6 de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial, de 1 de julio, dispone que los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

313. T. S. J. de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 7 de febrero de 2003, que analiza la postura de la Administración, considerándola contraria al Ordenamiento Jurídico y esgrimiendo numerosas razones para su nulidad, siendo por ello, una resolución paradigmática en esta materia.

314. S. T. S. de 23 de marzo de 1998.

315. Sentencia del T. S. J. del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de febrero de 2003.

316. Sentencia núm. 156/2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Alicante de 26 de noviembre de 2002, en MERCADER UGUINA: «El contingente de trabajadores extranjeros...» op. cit, pág. 101.

actos administrativos en virtud de la aplicación del artículo 54 L. R. J. A. P y P. A. C. (en adelante LRJAP)<sup>317</sup> Incluso hay quien realiza el discurso de acudir a una triple vía de solicitud del permiso de residencia y trabajo, que no puede eliminar la dispuesta en el artículo 65 y 70.1 del Reglamento subsumiéndolo sólo en la figura del contingente<sup>318</sup>.

Aparte de que el criterio de la inadmisión a trámite de las solicitudes constituye una verdadera quiebra de los principios básicos del procedimiento administrativo en materia de extranjería, frente a las garantías que el propio artículo 20.2 L. O. E. recoge, vulnerándose el art. 71 de la L. R. J. A. P. que establece un plazo de subsanación y mejora de las solicitudes o el artículo 89.3 LRJAP que obliga a la Administración a resolver, por lo que posteriormente fue declarado nulo el apartado 6. del art. 84 del R. D. 864/2001<sup>319</sup>. Yendo más allá los Tribunales de Justicia en la salvaguarda de los derechos del justiciable, y concediendo como medida cautelar positiva, una autorización provisional para trabajar, con base en el grave perjuicio que se ocasiona al ciudadano y la nula perturbación del interés general<sup>320</sup>.

El contingente del año 2003 , aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, y publicado mediante Resolución de 14 de enero del año 2003 de la Subsecretaría<sup>321</sup> por el que se regulan los procesos y se fija el número y las características de las formas de empleo que se ofrecen para el año 2003<sup>322</sup>, se desarrolla partiendo de los ecos del contingente del año anterior, y constata que «la experiencia ha demostrado que la gestión puede ser simplificada, dotando a este procedimiento de mecanismos de flexibilidad que lo perfeccionen, con la finalidad de satisfacer las necesidades reales de las empresas con mayores garantías de celeridad y eficacia sin merma de la protección para los trabajadores contratados».

Deshace el entuerto jurídico del contingente al año anterior, y literalmente reconoce la doble vía de acceso al mercado de trabajo, cuando en el párrafo 7 de su Anexo dispone «El mecanismo del contingente puede permitir, previo análisis de la situación nacional de empleo, la contratación de los trabajadores en sus lugares de origen, en términos de legalidad y con todas las garantías, sin perjuicio de que existan otras vías para documentar con permisos de trabajo a los extranjeros residentes legales

317. Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Publicada en el BOE núm. 285 de 27.11.1992.

318. S. T. del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valencia, de 18 de noviembre de 2002, declara que el Acuerdo es nulo de pleno derecho por infringir la L. O. 4/2000 y su Reglamento, al suprimir el procedimiento general para obtener el permiso de trabajo a través de los arts. 70 y 70.1.1.3 del Reglamento, y establecer como único procedimiento el del contingente, así como por infracción de la Ley 30/92 al disponer la inadmisión a trámite, por motivos formales de solicitudes que estén presentadas por el régimen general, que es el procedimiento correcto, no siendo aplicable el art. 84.6 Reglamento. Por tanto, se planteó cuestión de ilegalidad contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 ante la Sala III del Tribunal Supremo.

319. Mediante S. T. de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003.

320. Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T. S. J. de Andalucía, en Sevilla, de 31 de marzo de 2003.

321. Véase BOE de 16 de enero de 2003.

322. Se determinó para el año 2003 un cupo de 10.575 puestos de trabajo estables.

en España o en el extranjero, o que se hallen en España en los supuestos previstos en el citado Reglamento». Y apostilla en el párrafo penúltimo «de igual manera, los artículos 70 y siguientes del Reglamento de ejecución reconocen la posibilidad de conceder permisos de trabajo y de tramitar ofertas de empleo en otros supuestos distintos, estableciéndose allí el procedimiento y requisitos para su gestión en ese caso».

Si el contingente del año 2002 había sido tachado de numerosos defectos, tales como su excesiva rigidez derivada de la parcelación de las necesidades por provincias que se han convertido en compartimentos estancos<sup>323</sup>; o por ser un procedimiento de contratación lento e ineficaz que viene a disuadir a los empresarios en vez de persuadirlos, así como el carácter opaco en la gestión de las ofertas; ahora en el Acuerdo del año 2003 se establece un método más funcional que diferencia, tanto para empleos de carácter estable como temporal, entre ofertas genéricas y nominativas, estableciendo unos procedimientos diferentes para unos y otros supuestos; recoge de forma independiente el empleo doméstico con mecanismos separados para este tipo de relación especial y extiende, finalmente, su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003.

En las Instrucciones<sup>324</sup> de desarrollo y ejecución del mencionado Acuerdo para el contingente del año 2003, en esta línea de mejora de la gestión, se prevé respecto de la gestión de los puestos de trabajo en el servicio doméstico, y para evitar las posibilidades de actuación de mafias y tráfico de influencias que dejaba fuera de control a las comisiones de selección «un programa específico de intermediación laboral dirigido a facilitar su contratación en esta actividad»<sup>325</sup>, se acentúa el seguimiento del contingente tanto a través del control estadístico de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, la evaluación trimestral de la Comisión Interministerial de Extranjería<sup>326</sup>, y la coordinación a nivel central por la Comisión Delegada de Flujos Migratorios, Promoción e Integración Social de Inmigrantes y Refugiados y por una Subcomisión Interministerial; así como por las Comisiones ejecutivas provinciales del INEM a nivel provincial, dando cuenta periódica a los interlocutores sociales de las ofertas presentadas y de las contrataciones efectuadas<sup>327</sup>.

Una novedad importante es también la posibilidad de reasignación y ampliación del contingente, por lo que de un lado las cifras que éste aprueba inicialmente tienen un carácter provisional y se prevé que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones pueda aprobar una ampliación de plazas a propuesta de la

323. En este sentido se debatió una Proposición no de Ley 162/000558 sobre la reforma urgente del contingente del año 2002 de trabajadores extranjeros presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, según recoge el Boletín del Congreso de 27 de septiembre de 2002, serie D, núm. 411.

324. Aprobadas por Resolución de 30 de enero de 2003 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, y publicadas en el BOE de 31 de enero de 2003.

325. Apartado Séptimo de las Instrucciones.

326. Apartado Octavo del Acuerdo.

327. Párrafo 3 del Apartado Octavo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002.



Dirección General del Instituto Nacional de Empleo<sup>328</sup>. Y de otro lado, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones podrá disponer la reasignación a escala nacional del contingente asignado a nivel provincial cuando se detecten dificultades para la ejecución del mismo<sup>329</sup>. Con ello, se logra flexibilizar la previsión que con antelación deben realizar los agentes sociales y administraciones y romper los compartimentos estancos existentes a nivel provincial, que llevaban a la situación absurda de que en provincias limítrofes, unas estuviesen necesitadas de mano de obra por encima de las previsiones del contingente y en otras provincias no hubiese demanda del mismo.

La Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre<sup>330</sup>, vuelve a modificar el artículo 39 de la Ley Orgánica 4/2000, a su vez modificado por la Ley Orgánica 8/2000, pudiendo destacarse como innovaciones principales<sup>331</sup>, la creación de los visados para la búsqueda de empleo que se podrán establecer dentro del contingente, con carácter facultativo y no para el régimen general, y que irán dirigidos tanto a determinados sectores de actividad y ocupaciones como a hijos o nietos de español de origen, y la orientación preferente de las ofertas de empleo realizadas a través de contingente, hacia países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. También en la reforma se añade la obligatoriedad de que se tenga en cuenta junto a la situación nacional de empleo, la situación de integración de los inmigrantes, según la evaluación que a este respecto realice el Consejo Superior de Política de Inmigración. Por otra parte no desaparece el carácter facultativo del que lo quiso dotar la Ley 8/2000 estando en manos del Gobierno el establecerlo o no. También recoge la posibilidad de formular ofertas nominativas dentro del contingente, aunque el problema es que las condiciones de esta oferta nominativa serán establecidas en la aprobación de cada contingente pudiendo ser supuestos tan limitados como los del año 2003, que los reducía a los que ya habían estado residiendo en España y los que habían tenido relación laboral con el empleador en el país de origen.

328. Según el apartado Décimo de la Resolución de 30 de enero de 2003 que recoge las Instrucciones del contingente de ese año, los Servicios Públicos de Empleo, a requerimiento de las organizaciones empresariales o de las empresas correspondientes presentarán la solicitud de ampliación ante las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM, que deberán emitir un informe en el plazo de quince días, teniendo el silencio carácter positivo. Los Servicios Públicos de Empleo remitirán las solicitudes con el informe de las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM a la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo para que formalice, en su caso, la correspondiente propuesta. Las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales informarán, por su parte, a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones de dichas solicitudes.

329. Siendo necesario para ello, como exige el apartado Décimo del Acuerdo gubernamental, constatar la existencia de ofertas de empleo que no puedan ser atendidas en la provincia beneficiaria de la reasignación. Dicha Dirección General informará sobre las reasignaciones efectuadas a la Subcomisión prevista en el Apartado Octavo, punto Segundo de Acuerdo, que no es sino la referente a la responsable de la coordinación central y seguimiento del contingente.

330. Publicada en el BOE del 21 de noviembre de 2003, núm. 279.

331. Según la interpretación auténtica que realiza el propio Gobierno, contenida en la Resolución de 4 de febrero de 2005 por el que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004, publicada en el BOE de 5 de febrero de 2005.

Contando con esta reforma, el 14 de diciembre de 2003 se aprobó por el Consejo de Ministros el Acuerdo por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004<sup>332</sup>. Dentro de los avances de ese año, y repitiéndose sustancialmente el Acuerdo gubernamental del contingente del 2003, cabe señalarse como novedades el que por primera vez se ha introducido una previsión que permite que las Áreas o Dependencias Provinciales de Trabajo tengan conocimiento de los nombres de los trabajadores que han sido seleccionados; se contempla igualmente que los trabajadores serán informados sobre las direcciones de las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales a las que pueden dirigirse en España y que los empleadores han de poner en conocimiento de las Áreas o Dependencias Provinciales el contrato de trabajo firmado por ambas partes, contratos que dichas Áreas o Dependencias deben poner en conocimiento de las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM<sup>333</sup>.

En Resolución de 4 de febrero de 2005 de la Subsecretaría, se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004<sup>334</sup>, prorrogando para el año 2005 la vigencia del Acuerdo de 19 de diciembre de 2003 que rigió las condiciones para el contingente del año 2004, siendo ésta la primera ocasión en que se prorroga un Acuerdo de contingente. Las razones las esgrime el propio Acuerdo indicando que las modificaciones del artículo 39 operadas por la Ley Orgánica 14/2003 requieren, para su adecuada aplicación, el correspondiente desarrollo reglamentario de la norma legal, en cumplimiento del mandato establecido por la Disposición Final Tercera de la propia L. O. 14 /2003, «por lo que no se estima procedente la aprobación de un acuerdo del Consejo de Ministros que determine el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2005 previamente a la entrada en vigor del nuevo desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero» que vino dado por el R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre. De otro lado, el Gobierno que mantiene la figura del contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios como un instrumento de ordenación de los flujos migratorios, y dada la necesidad de garantizar a los empresarios mano de obra disponible para ocupar puestos de trabajo que no puedan ser cubiertos por ciudadanos españoles o residentes extranjeros, no consideró conveniente suspender la utilización del contingente hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento el pasado día 7 de febrero de 2005<sup>335</sup>. Además el Gobier-

332. Con una previsión de 10.908 empleos estables y un cupo de 20.070 trabajadores de temporada.

333. Según destaca como novedades incorporadas por sugerencias propias, un informe denominado «Cuestiones a abordar en el ámbito de la política migratoria laboral», realizado en el seno del sindicato UGT en mayo de 2004, pág. 20.

334. Publicado en el BOE núm. 31 de 5 de febrero de 2005.

335. BOE del 7 de enero de 2005, Disposición Final Cuarta que recoge la entrada en vigor del Reglamento al mes de su publicación en el BOE, a excepción del artículo 45.2.a) que lo hará a los seis meses de la entrada en vigor del propio Reglamento.

no tenía otra razón<sup>336</sup>, que era tanto la disponibilidad de plazas aún no cubiertas y disponibles para el año 2005<sup>337</sup>, como las posibilidades de reasignación o ampliación previstas en el apartado primero, parágrafo 2, del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003 que le da mayor flexibilidad y adecuación de las previsiones entonces formulas a la realidad del mercado de trabajo del año 2005.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 23 de diciembre de 2005, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, adoptó el Acuerdo por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2006, Acuerdo que fue recogido en la Resolución de 30 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración<sup>338</sup>.

## PRINCIPIOS

Ya hemos ido desglosando, en los precedentes, al hilo del comentario de los mismos, los datos más destacados de los criterios de determinación del contingente en años pasados. No obstante y siendo más sistemáticos, podemos establecer tres apartados claramente diferenciados: uno, constituido por el contenido, otro el diagnóstico y fijación del contingente anual, básicamente descrito en la norma reglamentaria; y un tercer aspecto, que vendría dado por las disposiciones de ejecución y desarrollo de dicho contingente, contenidas en el propio acuerdo de aprobación del mismo y en las instrucciones para su desarrollo.

No podemos perder de vista los principios que inspiran la política gubernamental en estos momentos de reciente entrada en vigor del nuevo Reglamento de Extranjería, para comprender la tendencia en los contenidos de los próximos acuerdos gubernativos para los contingentes anuales, pues el propio Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera mantiene<sup>339</sup> que hasta ahora el contingente ha sido poco operativo debido a su exceso de rigidez, su ámbito provincial y una contratación nominativa muy restringida.

Frente a ello, se propone que se agilice la contratación, articulando dicha finalidad en tres actuaciones:

- a) la adaptación progresiva de la cifra provisional que inicialmente se apruebe a las necesidades y demandas del mercado de trabajo.

336. Argumentada en la parte expositiva del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004.

337. Cuyo número asciende a 6.594 plazas de trabajadores estables divididos en doce sectores económicos: construcción, hostelería, transportes, comercio, agricultura, industrias metálicas, textil y confección, madera, industrias alimentarias, otras industrias, pesca y servicios.

338. Publicado en el BOE núm. 14, de 17 de enero de 2006.

339. Informe del Proyecto de Reglamento de Extranjería, presentado por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales al Consejo de Ministros de 19 de noviembre de 2004, pág. D-7.

- b) las propuestas para el contingente deberían venir avaladas, fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, adquiriendo dichas Administraciones un carácter relevante en la articulación de dicha figura.
- c) ampliación de las posibilidades de contratación nominativa.

Si bien, dado que el Reglamento que desarrolla normativamente el contingente entró en vigor el 7 de febrero de 2005, y que el contingente que se está aplicando ha sido prorrogado respecto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003<sup>340</sup>, nos encontramos en una fase transitoria, y habrá necesariamente que esperar a finales del año 2005 a que el nuevo acuerdo para el contingente del año 2006 desarrolle con plenitud las previsiones ministeriales expuestas y la normativa reglamentaria aprobada.

## CONTENIDOS

Partiendo de los contenidos de la normativa vigente, destaca en primer lugar, a partir de la modificación de la L. O. 14/2003 el cambio del carácter obligatorio al potestativo que se concede en el artículo 39.1 al Gobierno para la aprobación del contingente anual de trabajadores extranjeros, lo que viene a ratificarse y a matizarse en el texto reglamentario<sup>341</sup> que, después de reiterar el carácter potestativo, señala que el contingente permitirá la contratación programada de trabajadores que no se hallan ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios, sin descartar tampoco que el acuerdo del Consejo de Ministros establecerá los supuestos en los que será posible tramitar ofertas nominativas a través del contingente.

Señala el artículo 78 los contenidos básicos que, en unos casos deberá y en otros podrá, recoger el acuerdo que anualmente apruebe dicho contingente de trabajadores extranjeros que no se encuentren en España, teniendo en cuenta los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios. Básicamente dichos contenidos son los siguientes:

- una cifra provisional, así como las características de las ofertas de empleo de carácter estable para un año natural que puedan ser cubiertas a través de este procedimiento por trabajadores extranjeros.

---

340. Desarrolladas y completadas con la Resolución de 22 de enero de 2004, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2004, publicadas en el BOE núm. 25, de 29 de enero de 2004.

341. Artículo 77 R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

- un número de visados, que podrá establecer, para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, así como un número de visados para búsqueda de empleo limitados a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto.
- establecimiento de diferencias, potestativamente, respecto a las ofertas estables a las que se refiere, y particularidades en el procedimiento de contratación de trabajadores de temporada.
- introducción de la posibilidad de revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco del contingente para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo.

En este sentido, y cumpliendo dichas previsiones, el contingente en vigor en el año 2005, aprobado por acuerdo de 30 de diciembre de 2004 y que como sabemos proroga el contingente de dicho año, establece en su apartado primero la previsión inicial de puestos de trabajo de carácter estable, recogiendo en el Anexo 1.A la distribución por provincias, sectores de actividad y ocupaciones. Así como la posibilidad de reasignación de plazas a escala nacional según las necesidades reales del mercado de mano de obra, así como la comunicación de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones a las autoridades competentes de los países con los que existe Acuerdo sobre Regulación y Ordenación de Flujos Migratorios las ofertas presentadas, con el fin de facilitar la disponibilidad de trabajadores que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones aprobadas.

En relación a la reasignación, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones podrá disponerla a escala nacional respecto del contingente asignado a nivel provincial, cuando se detecten dificultades para su ejecución. A tales efectos, será necesario constatar la existencia de ofertas de empleo que no puedan ser atendidas en la provincia beneficiaria de la reasignación. El mismo ente podrá aprobar una ampliación del contingente a propuesta de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo. Para ello<sup>342</sup>, los Servicios Públicos de Empleo o las organizaciones empresariales presentarán la solicitud de ampliación ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales para su remisión a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, previo informe de las comisiones ejecutivas provinciales del INEM, que deberá emitirse en el plazo de quince días, teniendo el silencio carácter positivo. Dicha Dirección General de Ordenación de las Migraciones remitirá las solicitudes a la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo para que formalice, en su caso, la propuesta de ampliación del contingente.

---

<sup>342</sup>. Procedimiento de reasignación de cupos y ampliación de plazas en el contingente, recogido en la Disposición Novena del Anexo de las Instrucciones de 22 de enero de 2004 que desarrollan el Acuerdo de 19 de diciembre de 2003 por el que se aprueba el contingente.

## ELABORACIÓN

Para fijar su número y caracteres, como establece el art. 39.2 LOEXIS se tendrán en cuenta las propuestas de las Comunidades Autónomas, de las entidades empresariales y sindicales más representativas y el informe que emita el Consejo Superior de Política de Inmigración. El artículo 79 del R. D. 2393/2004 señala «que corresponderá a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración la elaboración de la propuesta de contingente, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, que tendrá en cuenta, en todo caso, la información sobre la situación nacional de empleo suministrada por el Servicio Público de Empleo Estatal y las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas. Dichas propuestas se realizarán tras haber recibido las solicitudes de las organizaciones empresariales del ámbito provincial y, en su caso, las consideraciones que les hubieren hecho llegar las organizaciones sindicales de idéntico ámbito». En la práctica, las federaciones empresariales interesan previamente de sus asociaciones sectoriales que tras contactar con sus empresarios les indiquen la demanda de trabajadores extranjeros y los puestos que precisan, con esa petición los sindicatos tratan de reducir las pretensiones empresariales por la concurrencia de la mano de obra nacional y la situación de empleo de cada provincia, pactándose finalmente un determinado cupo en cada sector de actividad o, en otros caso, sin acuerdo alguno, la Comisión Laboral Tripartita fija la propuesta por mayoría, que normalmente se reconduce a un número de solicitudes de plazas para el contingente bastante inferior al que demanda el mercado laboral<sup>343</sup>.

También, se tendrá en cuenta el informe elaborado por el Consejo Superior de Política de Inmigración sobre la situación de empleo e integración social de los inmigrantes previsto por el art. 68.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, lo que ha sido valorado como novedad muy positiva, ya que se unen dos conceptos hasta ahora divorciados, como el de la situación nacional de empleo que era el preeminente, y lo sigue siendo, con la integración social de los inmigrantes que implica la implementación de otras medidas, la concurrencia de otras Administraciones y la intervención de agentes sociales, no sólo económicos, que favorezcan la estancia de los trabajadores extranjeros en condiciones de integración, con conocimiento de

---

343. Debe entenderse en este sentido, que las cifras oficiales de desempleo en nuestro país, enmascaran en gran medida la situación de economía sumergida que ha llegado a cifrarse en informes del Consejo Económico y Social hasta en un 25% en determinadas Comunidades Autónomas. Cifras inciertas, siempre discutibles, y que llevan a las organizaciones sindicales a defender como premisa fundamental la situación nacional de empleo que recogen las estadísticas oficiales, aunque en numerosísimas ocasiones los directores de las propias oficinas públicas de empleo, se ven obligados a emitir certificados negativos ante las ofertas de trabajo presentadas por empresarios dada la ausencia de mano de obra nacional real, pese a que figura inscrita como desempleada en los registros públicos, pero que desdeña determinados tipos de ocupaciones o sectores productivos, contratos precarios, o que simplemente disfruta de ayudas y prestaciones públicas que compaginan con otro tipo de ingresos irregulares.

idioma, y cubiertas sus necesidades no sólo laborales y de alojamiento, sino asistenciales, sanitarias, educativas, relacionales, etc.

Elaborada la propuesta, será presentada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que informe sobre la procedencia de elevarla al Gobierno.

## PROCEDIMIENTO Y GESTIÓN

Por habilitación reglamentaria<sup>344</sup> será el acuerdo gubernamental que apruebe el contingente el que establezca el procedimiento anual para la contratación de los trabajadores extranjeros. Incluso en el mismo<sup>345</sup>, se desarrollarán las diferentes actuaciones de gestión, selección, intervención social y concesión de autorizaciones de residencia y trabajo que sean consecuencia de la ejecución del contingente. Habilidadación que parece acertada dada la vocación de generalidad y estabilidad de la norma reglamentaria, frente a todas las incidencias, circunstancias y pormenores que anualmente pueden rodear un determinado contingente.

De todas formas, sirviendo de marco legal, el reglamento dispone una serie de garantías a las que deberá someterse el acuerdo gubernamental. En este sentido, se dispone que en todo caso, los contratos de trabajo que se gestionen a través del contingente deberán ser firmados por extranjeros que no se hallen ni sean residentes en territorio español, y deberán contener, al menos, los aspectos previstos en el art. 2.2 del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el art. 8.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, así como una previsión del salario neto que percibirá el trabajador, lo que constituía una reivindicación sindical que se ha plasmado en la negociación del Reglamento<sup>346</sup>.

Así mismo, se recoge que los empresarios que pretendan contratar a través del contingente deberán presentar las solicitudes personalmente, o a través de quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial que, para estos supuestos, podrán ser las organizaciones empresariales. Lo que han llevado al debate sobre la inaplicación de las reglas civiles del mandato<sup>347</sup> que tanto juego ha dado para la tramitación por gestores de las solicitudes de trabajo para extranjeros, posibilidad que se ha visto con carácter general apartada del derecho de extranjería con

<sup>344</sup>. Artículo 80.1 del R. D. 2393/2004.

<sup>345</sup>. Artículo 79.4 del R. D. 2393/2004.

<sup>346</sup>. En este sentido, véase lo dicho sobre el informe de UGT de mayo de 2004 como avance positivo en la regulación del nuevo contingente.

<sup>347</sup>. Recogido y regulado en los artículos 1.709 a 1.739 del Código Civil.

el argumento de evitar fraudes y buscar una mayor implicación de los empresarios, consiguiendo algunas veces el efecto contrario perverso.

Como garantía se establece que en los procesos de selección en origen de los trabajadores realizados en su caso, conforme a los procedimientos previstos en los acuerdos de regulación de flujos migratorios, podrán participar los empresarios, directa o indirectamente, siempre que lo soliciten, así como los representantes de la Dirección General de Inmigración encargados específicamente de estas tareas.

El de la formación es un *desideratum* que, recogido en algunos convenios, aún no se ha hecho realmente efectivo, pero que se prevé igualmente teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar. Se podrán desarrollar cursos de formación, en España o en los países de origen, dirigidos a los trabajadores que hayan sido seleccionados o preseleccionados. A través del medio más adecuado, se procurará el suministro de la información suficiente al trabajador sobre sus derechos y deberes como tal. Sabemos, por ejemplo que respecto del cupo de contingente para el servicio doméstico, a su llegada a España sí que se ha realizado ese proceso formativo<sup>348</sup>.

Se introducen normas para conseguir una mayor agilización y celeridad del procedimiento, de tal manera que se podrá admitir que la presentación de solicitud de visado para los trabajadores seleccionados se realice a través del organismo de selección de manera conjunta para los trabajadores cuya contratación se pretende para el mismo período. Una vez concedido el visado por la autoridad consular, éste incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena de un año de duración, contado desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la cual deberá hacerse constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje. La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará a un ámbito territorial y sector de actividad determinado y permitirá la incorporación inmediata de los trabajadores a la empresa, así como su afiliación y/o alta en la Seguridad Social.

Como ocurre en el régimen general<sup>349</sup>, en el plazo de un mes desde su entrada en España, los trabajadores vendrán obligados a solicitar personalmente la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada, salvo que concurren circunstancias excepcionales que lo impidan, personalmente por el extranjero.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003 que establece el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 2004<sup>350</sup>, al ser prorrogado para el año 2005, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30

348. Realmente, han sido breves seminarios de información, impartidos por la entidad ACCEM.

349. Véase artículo 105.1 del R. D. 2393/2004.

350. Establece un cupo de 10.908 puestos de trabajo de carácter estable.



de diciembre de 2004<sup>351</sup>, que se adecua a las previsiones ya derogadas recogidas en el artículo 65 del R. D. 864/2001, es el vigente en este momento y se estructura, después de una parte expositiva en nueve apartados de la siguiente manera: el primero sobre cupos y reasignación; el segundo, quinto a séptimo sobre la gestión de ofertas que luego veremos; los apartados tercero y cuarto se destinan al visado; y la última parte del acuerdo comprendido en los apartados octavo y noveno se dedican a la coordinación, seguimiento y autorizaciones para la ejecución y desarrollo del Acuerdo<sup>352</sup>.

## Gestión de ofertas de empleo de carácter estable

### A) Ofertas genéricas

A fin de presentar ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales las ofertas de empleo genéricas agrupadas por ocupaciones y los contratos de trabajo unidos a las solicitudes de autorizaciones de trabajo y residencia, cuya duración no podrá ser inferior a un año firmados por los empresarios, según los modelos de los anexos, así como la tarjeta de identificación fiscal de las empresas<sup>353</sup> todo ello por cuadruplicado<sup>354</sup>; se reconoce la legitimación a las organizaciones empresariales de ámbito provincial que ostente la representación legal empresarial, o bien, la de aquellas empresas que pretendan contratar un número no inferior a cinco trabajadores extranjeros. Así como a las organizaciones empresariales sectoriales de ámbito nacional que presentarán la documentación señalada ante la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, especificando las provincias en que realizarán su actividad los trabajadores, lo mismo que ocurrirá con aquellas empresas de más de 100 trabajadores de plantilla con centros de trabajo en varias provincias y que deseen contratar a más de treinta trabajadores extranjeros<sup>355</sup>.

A continuación se verifica si se dispone de plazas en el contingente para dichas ofertas, si cumplen la normativa vigente, así como la solvencia empresarial comprobando si se encuentran al corriente en el pago de las cotizaciones sociales y en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, ya que en caso contrario se emitirá una resolución desfavorable<sup>356</sup>.

351. Publicado por Resolución de la Subsecretaría de 4 de febrero de 2005, en el BOE núm. 31 de 5 de febrero de 2005.

352. Véase sobre esta materia respecto al contingente del año 2003 el estudio de BALLESTER PASTOR, M. A.: «Normas e infranormas laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (LO 4/2000, RD 864/2001 y LO 14/2003)», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 2, enero 2004, pág. 36.

353. El plazo de presentación viene dado desde la entrada en vigor del Acuerdo, hasta el día 31 de diciembre del año 2004, en principio y luego prorrogado al 31 de diciembre del año 2005.

354. Se presentarán tantas ofertas como ocupaciones demande y, asimismo, se presentarán tantos contratos como trabajadores se pretenda contratar.

355. Se ha flexibilizado ahora esta cuantificación, pues en el contingente del año 2003, esta posibilidad se establecía para aquellas empresas con una plantilla de más de cien trabajadores y que quisieran contratar más de cincuenta trabajadores extranjeros.

356. Si no se acreditase el cumplimiento de las referidas condiciones, se requerirá a la empresa para que en el plazo de diez días presente la documentación acreditativa de dicho cumplimiento, actuándose de acuerdo con lo

En el supuesto de la valoración favorable, en el plazo de quince días desde su presentación, se remitirán las ofertas a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones y se comunicará su contenido a los interlocutores sociales así como a las Comisiones Ejecutivas Provinciales del INEM o a la Subcomisión Central de seguimiento.

Valoradas las ofertas por la Dirección General, las remitirá en el plazo de 15 días al órgano encargado de la preselección en el país que corresponda, recogidos en el Anexo IV<sup>357</sup>, a través de la Embajada de España en dichos países, acordándose con las autoridades competentes del país de origen la fecha y el lugar para la selección de los trabajadores.

Fijada la selección, se comunicará a las organizaciones o empresas ofertantes. Si los sujetos legitimados desistieran de su solicitud, las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales informarán de esta circunstancia a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones y, asimismo, de cualquier otra que aconseje suspender el proceso de selección relativo a determinadas ofertas. La selección se llevará a cabo en la forma prevista en el Acuerdo aplicable, con la participación en su caso de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones o del Área o Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales afectada, así como las organizaciones empresariales o los empresarios solicitantes. En este sentido, la práctica de selección se basa en un proceso bastante rudimentario, dependiendo de la actividad u ocupación de que se trate. En ocasiones basta una simple apreciación visual del trabajador, o la muestra de sus manos si se trata de una ocupación agrícola, llegándose a lo más a una entrevista con el mismo, pero con pocas aplicaciones prácticas.

Se procederá a hacer constar en los contratos la diligencia aprobatoria de la autorización para trabajar de aquéllos que sean seleccionados, indicándose en los mismos el sector de actividad y ámbito geográfico autorizados, notificándose al empresario. La Comisión de Selección, remitirá con carácter urgente el acta de la selección a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, quien recabará con urgencia la asignación del NIE a los trabajadores a la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía, previa comprobación de la inexistencia de antecedentes penales de los trabajadores u otro motivo que impida su concesión. Posteriormente devolverá a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones la relación de los trabajadores con el NIE asignado, para su remisión inmediata al consulado correspondiente, con copia a la Dirección

---

establecido en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

357. Se ha propuesto con acierto, que en el Acuerdo se incluya un anexo que precise un directorio de órganos de preselección actualmente existente en los diferentes países, como lo valora P. AGUELO NAVARRO en «Consideraciones acerca del contingente 2003», en [www.extranjeria.info](http://www.extranjeria.info).

General de Asuntos Consulares y Protección de los Españoles en el Extranjero, y a las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales, notificando a los mismos dicha asignación. Y todo ello, deberá realizarse en el plazo máximo de un mes.

#### B) Ofertas nominativas

Con la misma legitimación podrán presentarse las ofertas utilizando el Anexo III, siendo las ofertas no inferiores a un año, y siempre para contratar a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España. Para ser autorizada esta contratación deberán de darse uno de estos tres supuestos: que la selección se realice por empresas del mismo sector; o bien que los trabajadores hayan sido titulares de un permiso o autorización en España y hayan retornado posteriormente a su país de origen en el que se encuentran; o bien que concurren otros supuesto de carácter excepcional que sean autorizados expresamente por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones.

Se incluye ahora en el texto del Acuerdo, una ficción bastante lejana a la realidad cuando trata los supuestos de las ofertas nominativas en el servicio doméstico, y dispone que procederá la presentación de las ofertas nominativas siempre que el empleador, habiendo residido en país distinto al de su nacionalidad lo que no es nada habitual, pueda demostrar haber tenido una relación laboral previa en ese país con el trabajador que pretende contratar. Lo cual en la práctica no tiene ninguna incidencia cuantitativamente, si bien el alcance de esta previsión ha sido positivamente valorado<sup>358</sup> por cuanto beneficiará al servicio doméstico que hubiese trabajado para ejecutivos españoles temporalmente residentes en el extranjero o de funcionarios retornados de la Administración exterior española.

En cuanto a las particularidades de gestión de estas ofertas nominativas, se señalan básicamente tres:

- a) que se acompañen al contrato-solicitud los documentos exigidos a los trabajadores previstos en el Reglamento. Aunque aquí hay bastante indefinición, lo propio y con arreglo a la normativa del visado es que se trate del pasaporte completo, junto al certificado médico de inexistencia de enfermedad contagiosa ni cuarentenable y del goce de las aptitudes físicas y mentales necesarias para trabajar, así como el certificado de antecedentes penales del país de origen correctamente traducido.
- b) posteriormente se inicia el trámite de verificación del expediente, donde sobresale además de la comprobación de la inexistencia de antecedentes penales, que el trabajador «no se encuentre ilegalmente en territorio español» lo que trata de evitar que, dada la inexistencia del periodo de selección, el trabajador se encuentre en nuestro territorio sin

358. AGUELO NAVARRO, P.: «Consideraciones acerca del contingente 2003», op. cit.

exigírsele una presencia física en el país de origen, aunque posteriormente sí se requiera la misma a la hora de la firma del contrato ante la oficina consular y de tramitar y obtener el visado. En el caso de resultar favorable la verificación se le asignará un NIE que se hará constar en el contrato de trabajo, así como la diligencia aprobatoria de la autorización de trabajo al trabajador extranjero, indicándose el sector de actividad y ámbito geográfico. Todo ello, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la solicitud.

c) la autorización se notificará al empresario y se le devolverán los ejemplares del contrato de trabajo para que sean firmados por el trabajador en el país de origen, ante la oficina consular competente para la expedición del visado, y simultáneamente se comunicará el contenido del contrato a los interlocutores sociales en el marco de las comisiones ejecutivas del INEM.

### Gestión de ofertas de carácter temporal

A) Actividades temporales, exceptuadas las agrarias, las cuales presentan las siguientes particularidades:

- 1.– las solicitudes se presentarán por las empresas o por las organizaciones empresariales con representación legal, ante los órganos competentes tres meses antes, como mínimo, del inicio de la actividad laboral, cuando las ofertas de empleo no hayan sido cubiertas en el mercado laboral por carecer de trabajadores disponibles según los Servicios Públicos de Empleo. Las ofertas en estos casos, podrán ser genéricas o nominativas.
- 2.– en caso de valoración favorable de los expedientes, las Áreas o Dependencias de Trabajo recabarán, en su caso, los informes que procedan de las comisiones sectoriales establecidas en relación con la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos para la contratación de trabajadores en actividades de temporada o de obra o servicio previstos en el Reglamento.
- 3.– los impresos para las ofertas y los contratos, serán los recogidos en los Anexos V, VI y VII.
- 4.– el visado incorporará la autorización de trabajo y, en su caso, de residencia, y hará constar su naturaleza temporal y su vigencia comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España y conste aquella en el pasaporte o título de viaje. La duración de la autorización será la que conste en el contrato de trabajo.
- 5.– cuando la contratación de los trabajadores extranjeros sea inferior a 6 meses, no será preciso la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero.

Según regulan las Instrucciones<sup>359</sup>, en los supuestos de contratación de los mismos trabajadores en distintas provincias por el mismo empresario u organización, la

359. Véase el apartado 8 de la Disposición Quinta del Anexo de las Instrucciones.

tramitación de las ofertas de autorización de trabajo se realizará según lo previsto en la instrucción, en casa una de las provincias afectadas con las particularidades siguientes:

- las ofertas de empleo deberán indicar todas las provincias en la que se vaya a ejercer la actividad laboral.
- autorizadas las ofertas en cada una de las provincias, las empresas u organizaciones presentarán ante el Área o de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la provincia donde se vaya a iniciar la actividad laboral, los contratos de trabajo acompañados bien de las correspondientes comunicaciones sobre la procedencia de la contratación en cada una de las provincias si se trata de ofertas genéricas, o bien de los informes emitidos por las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales al respecto si se trata de ofertas nominativas.
- la diligencia aprobatoria de la autorización para trabajar la realizará el Área o Dependencia de Trabajo de la provincia donde se vaya a iniciar la actividad laboral, comprendiendo el ámbito geográfico correspondiente al conjunto de las provincias donde se vaya a ejercer la actividad y la duración de la suma de los periodos de actividades en todas ellas.
- una vez los trabajadores lleguen a España, las empresas o las organizaciones empresariales, presentarán los contratos de trabajo firmados por ambas partes en el Área o Dependencia de Trabajo de la provincia en la que se inicie la actividad laboral, la que, en su caso, proporcionará el impreso correspondiente a las tasas a ingresar en concepto de autorización de trabajo. También se presentará ante las Áreas o Dependencias de Trabajo de las demás provincias afectadas, un listado de los trabajadores contratados en las mismas.

## B) Actividades temporales en la agricultura.

Lacónicamente, el Acuerdo sólo establece que además de lo anteriormente previsto para los contratos temporales, se estará a lo que se disponga en el acuerdo de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y los agentes sociales y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). Este acuerdo fue el Convenio Marco<sup>360</sup> de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG), Iniciativa Rural, la Federación de Trabajadores de la Tierra del sindicato UGT, la Federación Estatal del Campo de CC.OO., y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), para la ordenación de las migraciones interiores en las diversas campañas de empleo temporal; y viene a suponer la confianza que los poderes públicos depositan en las organizaciones firmantes para hacer posible el encau-

---

<sup>360</sup>. Firmado el 17 de diciembre de 1997, al que siguió un protocolo firmado por las mismas organizaciones el 21 de septiembre de 1999.

zamiento externo de esta contratación<sup>361</sup>. Probablemente la vía colectiva centralizada a través de las organizaciones agrarias implicadas y de las Entidades Locales posibilita el cumplimiento de los requisitos, sobre todo económico-organizativos, relacionados con el desplazamiento y la vivienda<sup>362</sup>.

#### C) Trabajadores de campañas anteriores

Con la misma legitimación señalada, se podrán contratar a los mismos trabajadores contratados en campañas anteriores que hubieran acreditado su regreso ante la autoridad consular, y se tramitarán las ofertas de empleo de acuerdo con lo establecido en el apartado A, con la única salvedad de que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

D) Otras ofertas de empleo de carácter temporal que con carácter residual de la normativa anterior puedan darse, según el Anexo I, B se acomodarán a los trámites previstos en el apartado A.

Incluye, además el citado Acuerdo, que los trabajadores de países adheridos a la Unión Europea a partir del 1 de mayo de 2004 no precisarán visado si son contratados a través del contingente por un periodo no superior a ciento ochenta días.

### Gestión de puestos de trabajo estables en el servicio doméstico para ofertas genéricas

Aun cuando la virtualidad de este régimen dentro del contingente tenga un carácter bastante transitorio, dada la figura del visado de búsqueda de empleo para el servicio doméstico introducida con la reforma de la L. O. 14/2003 en el artículo 39 de la Ley, sigue siendo una figura aún vigente hasta tanto se apruebe y desarrolle el contingente para el año 2006.

Primeramente, a la hora de determinar el cupo, serán los Servicios Públicos de Empleo, previo informe de la comisión ejecutiva provincial del INEM, quienes podrán solicitar ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales la asignación de un número determinado de los trabajadores extranjeros, aprobados en el contingente para el servicio doméstico en la provincia, asumiendo un programa específico de intermediación dirigido a facilitar su contratación en esa actividad,

361. El sindicato UGT ha denunciado en informes de trabajo internos la escasa utilización de este mecanismo y que se deben ordenar preferentemente las migraciones interiores para cubrir los trabajos de temporada, de tal forma que las ofertas salgan al exterior exclusivamente cuando exista una ausencia de trabajadores que puedan cubrirlos en el mercado de trabajo nacional.

362. En este sentido, opina BALLESTER PASTOR, M. A: «Normas e infranormas laborales...» op. cit. pág. 42.

previa comprobación de que se han presentado ofertas de empleo que no han podido ser atendidas. Dicha solicitud, se remitirá en el plazo de quince días del Servicio Público de Empleo a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, que teniendo en cuenta los acuerdos internacionales sobre regulación y ordenación de flujos migratorios, remitirá la solicitud en un plazo de quince días al órgano encargado de la preselección del país que corresponda, a través de la Embajada Española, acordando con las autoridades competentes de dichos países la fecha y lugar para la celebración del proceso de selección de los trabajadores.

La selección se realizará en la forma prevista en el acuerdo aplicable. La comisión de selección facilitará a los trabajadores seleccionados en origen un documento justificativo de su selección para acceder a una plaza del contingente del año 2005 en la actividad del servicio doméstico, según el modelo del Anexo VIII. A continuación la comisión remitirá el acta de los trabajadores seleccionados siguiendo los mismos pasos descritos respecto de las ofertas genéricas con carácter general a la Dirección General de Ordenación, de ahí a la Comisaría General de Extranjería para la asignación del Número de Identificación del Extranjero (NIE) y comprobación, devolución de la relación de trabajadores con el NIE asignado para su remisión inmediata al consulado correspondiente, con remisión de copia a la Dirección General de Consulares y a las Áreas de Trabajo competentes. Todo ello en el plazo máximo de un mes.

A los efectos de la solicitud del visado, se presentará en la oficina consular la documentación, en su caso de forma agrupada, al objeto de que la autoridad consular resuelva sobre la concesión del visado, que documentará la permanencia en España durante tres meses de los trabajadores. El periodo de tres meses de búsqueda de empleo empezará a contar desde la fecha en que se efectúe la entrada en España.

El visado concedido por la autoridad consular, hará constar que el trabajador ha sido seleccionado para ocupar una plaza en la actividad del servicio doméstico en el contingente del año 2005.

Llegados a España se inscribirán los trabajadores en el Servicio Público de Empleo competente, y éste realizará las acciones diseñadas en el programa de intermediación establecido al efecto con el fin de conseguir el objetivo de inserción asumido en el ámbito provincial. A la vista de la evolución en dicha Programa, el Servicio Público de Empleo correspondiente por razón del territorio podrá ofrecer puestos de trabajo en cualquier otro ámbito de su territorio, de ser superior a la provincia, informando a la Dirección General de Ordenación de las Migraciones. A solicitud de este centro directivo, el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales llevará a cabo programas de acogida hasta que los trabajadores formalicen la relación laboral. Si existieran dificultades para su integración laboral,

por la Dirección General de Ordenación de las Migraciones se podrá autorizar la contratación en una provincia distinta.

Los empleadores presentarán ante las Áreas o Dependencias de Trabajo el contrato de trabajo–solicitud de autorización firmado por ambas partes, según el modelo recogido en el Anexo IX, junto a la demás documentación exigida a los trabajadores y empleados en el Reglamento<sup>363</sup>. En el caso de valoración favorable del expediente, el contrato de trabajo debidamente firmado por ambas partes, debidamente diligenciado, incorporará el NIE y la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena que habilitará para residir, y la vigencia de ésta que será de un año, comenzará desde la fecha de la autorización que conste en el contrato, permitiendo el inicio de la actividad laboral y la afiliación y alta de los trabajadores en la Seguridad Social, se deberá presentar el visado y el contrato de trabajo según el Anexo IX, debidamente diligenciado.

Como se dispone con carácter general, en el plazo de un mes desde la notificación de la autorización, el trabajador deberá solicitar personalmente ante la oficina correspondiente la tarjeta de identidad del extranjero.

Vencido el plazo de tres meses, sin que el extranjero haya formalizado un contrato de trabajo, quedará obligado a salir del territorio español, incurriendo en caso contrario en la infracción prevista en el artículo 53.a) de la L. O. 4/2000.

### Otros procedimientos de gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros

Las solicitudes de autorización de trabajo y residencia, en los supuestos específicos del art. 40 de la L. O. 4/2000 por los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo; trabajadores transfronterizos, transnacionales, residentes temporales por circunstancias excepcionales, estudiantes, para la realización de prácticas y formación, así como los nacionales de países que en aplicación de los acuerdos internacionales que no sea necesario contemplar la situación nacional de empleo, serán tramitados a través de los procedimientos regulados en el Reglamento, sin computarse dentro del contingente aprobado.

También serán tramitados según sus procedimientos específicos las solicitudes de autorizaciones de trabajo y residencia presentadas a favor de trabajadores extranjeros residentes legales en España. Las demás solicitudes de autorización de trabajo y residencia que se refieren a extranjeros de los que se acredite fehaciente-

---

363. Más explícitas a este respecto se muestran las Instrucciones, que señalan que los empleadores interesados presentarán ante las Áreas o Dependencias de Trabajo por cuádruplicado, los contratos de trabajo-solicitud de autorización de trabajo y residencia, junto con la copia del pasaporte o el documento de viaje en vigor y el visado del trabajador, así como el DNI del empleador y documentación acreditativa de su solvencia económica para hacer frente a las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo.



mente que no son residentes ni se hallan en España se tramitarán según el procedimiento establecido en el Reglamento.

En los casos de pérdida de empleo de los trabajadores del contingente por causas a ellos no imputables, podrán inscribirse como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo y acceder a un puesto de trabajo si formalizan un nuevo contrato de trabajo según el Anexo IX, que deberá ser debidamente diligenciado por el Área o Dependencia de Trabajo competente, donde se vaya a ejercitar la actividad laboral, pues ante ellas se presentarán por parte de las empresas, por cuadruplicado, los contratos de trabajo y solicitud de autorización de trabajo–residencia (Anexo IX del Acuerdo), acompañados de la documentación general y exigida y la que recoge la Instrucción<sup>364</sup>. En este caso, la duración de la autorización que se fijará en el contrato será por el tiempo que reste hasta un año, a contar desde la fecha de entrada del trabajador en España que conste en el pasaporte, o desde la fecha de la autorización que figura en el contrato para el servicio doméstico en ofertas genéricas.

En caso contrario, deberán retornar a su país, una vez expire la validez de la autorización de trabajo y residencia. Salvo que la pérdida del empleo sea imputable al trabajador<sup>365</sup>, en cuyo caso las Áreas o Dependencias de Trabajo actuarán de acuerdo con lo previsto en el Reglamento sobre la extinción de las autorizaciones de trabajo. Nos surge la duda de esa imputabilidad al trabajador de la pérdida del empleo con las graves consecuencias descritas del retorno al país de origen. ¿Acaso hablamos de un despido disciplinario necesariamente o también cabe recoger el supuesto de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo a las que el empleado no resulta obligado? Parecería que en este segundo caso, sería perversa la consecuencia del retorno, pues si la norma no obliga a aceptar dichos cambios tampoco puede reparar un perjuicio al propio trabajador. Por tanto, el tema de la imputabilidad al trabajador de la pérdida del empleo debe ser considerado con especial cautela, pudiendo ser un semillero de conflictividad la determinación de aquélla.

## VISADOS

El plazo para la solicitud del visado comienza desde el momento de la firma del contrato de trabajo tras la selección, presentándose en la oficina consular la documentación junto con los contratos de forma agrupada y con antelación suficiente, según la

---

364. En este sentido, copia del pasaporte o documento de viaje en vigor, del visado del trabajador y del contrato de trabajo-solicitud de autorización anterior, si no constan ya en poder de las Áreas o Dependencias de Trabajo. Así como la documentación que acredite fehacientemente que la pérdida del empleo no se ha producido por causas imputables al trabajador.

365. Véase Disposición Octava. 2. del Anexo del Acuerdo.

fecha del viaje y el número de solicitudes. En el caso de los contratos nominativos, la solicitud del visado será presentada directamente por los trabajadores, reservándose por la oficina consular un horario especial, en la medida de lo posible, para atender por grupos homogéneos a los trabajadores seleccionados. La «medida de lo posible» resulta un término bastante vacío de contenido y poco comprometido con la realidad de nuestras representaciones diplomáticas en el extranjero, en el sentido de que la escasez de funcionarios y recursos técnicos y materiales, la saturación de trabajo, unido a una concepción decimonónica destinada a la atención de los propios nacionales en el extranjero y no para la población autóctona, demuestran cada día la congestión de dichas representaciones y la escasez de esa «medida posible».

El visado incorporará la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, haciendo referencia al contingente del año 2005. Habilitará para residir y su vigencia comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, siempre que conste en el título de viaje o pasaporte.

La autorización inicial de trabajo y residencia tendrá una duración de un año y podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad, permitiendo la incorporación inmediata de los trabajadores a la empresa y su afiliación y alta a la Seguridad Social, uniéndose a estos efectos el visado y el contrato de trabajo debidamente diligenciados. La limitación geográfica y de actividad suele ser un elemento común que, de alguna manera, estrecha las posibilidades de continuidad en la actividad laboral y supone una más de las rigideces de este sistema.

Efectuada la entrada, los trabajadores deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes ante el órgano competente la tarjeta de identidad de extranjero. Plazo que tendrán los empresarios para presentar el contrato firmado por ambas partes ante las Áreas o Dependencias de Trabajo, y deberán asimismo comunicar el contenido de dicho contrato a los Servicios Públicos de Empleo.

## COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO

Existen tres niveles de coordinación: uno a través de la Comisión Interministerial de Extranjería que evaluará trimestralmente el desarrollo de este acuerdo, así como la evolución de los factores de incidencia.

A nivel central, la denominada Comisión delegada de flujos migratorios, promoción e integración social de inmigrantes y refugiados, perteneciente a aquélla, ejercerá todas las funciones que considere conveniente para un correcto desarrollo del contingente, y será la encargada de coordinar el procedimiento a nivel nacional. También con este carácter estatal, el acuerdo define la existencia de una subcomi-

sión formada por representantes de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, Exteriores, Interior y Administraciones Públicas, presidida por el Director General de Ordenación de las Migraciones, y en la que podrán participar las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal.

Por último, con carácter provincial, el seguimiento de las contrataciones efectuadas a través del contingente para puestos de trabajo de carácter estable se realizará por las comisiones ejecutivas provinciales del INEM, y las comisiones provinciales sectoriales previstas en el acuerdo para los puestos de trabajo de carácter temporal.

Además de todo ello, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones llevará a cabo un control estadístico de la gestión de las autorizaciones de trabajo gestionadas a través del contingente. Y para que ello sea así, se establece<sup>366</sup> que las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales deberán facilitar semanalmente los datos correspondientes en las tablas que serán facilitadas por dicho centro directivo, dándose cuenta periódicamente a los interlocutores sociales de las contrataciones efectuadas.

Visto así, el sistema parece correctamente articulado en todos sus niveles, con un equilibrio territorial y de presencia de agentes sociales, si bien la falta de medios humanos resulta un problema que viene a convertirse en premura de plazos, en informes de carácter inmediato, etc.

## VISADOS DE BÚSQUEDA DE EMPLEO

Entre las principales novedades que introdujo en el sistema del contingente la L. O. 14/2003 de 20 de noviembre, fue la recuperación de una figura que supone una importante apuesta en nuestro sistema jurídico y que forma parte de otra concepción de la política de empleo con población inmigrante hasta ahora desconocida en nuestro Ordenamiento.

### Precedentes

Los precedentes más inmediatos podemos encontrarlos en los momentos previos a la reforma de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio. Igualmente dicha figura también aparece apuntada por el Comité Económico y Social de la Unión Europea, en su Dictamen<sup>367</sup> sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento

<sup>366</sup>. Según recoge la Disposición Séptima del Anexo de las Instrucciones de 22 de enero de 2004, que desarrollan el Acuerdo del contingente.

<sup>367</sup>. Dictamen 2001/C260/19, recogido en DOCE Serie C núm. 260, de 17 de septiembre de 2001.

Europeo sobre una política comunitaria de migración». La propuesta de la Comisión consistía en la apertura de vías legales a la inmigración laboral que llevase a los extranjeros a tener dos vías de entrada en el espacio comunitario<sup>368</sup> en función de los momentos cronológicos de la contratación; es decir, entrar en el espacio comunitario legalmente cuando ya se tiene una oferta de empleo para trabajar; y de otro lado y desde una fase previa, cuando se obtiene una autorización previa para venir legalmente a buscar ese empleo en un período determinado. Sin embargo, más allá de la mera propuesta, dicha figura del visado de búsqueda de empleo se concretó de forma positiva en el ordenamiento jurídico italiano, en la *Legge número 40 sulla Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, de 6 de marzo de 1998<sup>369</sup>, en cuyo artículo 21 se recogía esta modalidad de visado enmarcada como en nuestra legislación dentro del cupo o contingente de mano de obra extranjera, con el añadido de que exigía la prestación de una garantía de acceso al trabajo por parte de la persona, de nacionalidad italiana o extranjera, o de la asociación que pretendiese contratar al extranjero<sup>370</sup>, garantía que en nuestra norma se reemplaza con la obligatoriedad del empleador de la filiación y alta a la Seguridad Social en el plazo de un mes. De todas formas, pese a haber sido una figura existente en dicho ordenamiento europeo como el italiano, no prendió en otros ordenamientos comunitarios, e incluso la propia experiencia italiana no resulta muy alentadora, en el sentido que el legislador de dicho país ha suprimido esta modalidad de visado en la Ley de Reforma núm. 189/2002<sup>371</sup>, donde se cambia la orientación de la normativa italiana e introduce reformas que parecen estar destinadas a restringir fuertemente las posibilidades de entrada legal por cuestiones de trabajo, dejando en cambio abierta la vía de regularización permanente *ex post*<sup>372</sup>.

A pesar de ser denostada, el visado de búsqueda de empleo viene regulado en la nueva redacción del art. 39 apartado 3 al 5 LOEXIS y de forma exhaustiva en el nuevo Reglamento en los artículos 81 a 83.

## Modalidades

Existen varias modalidades de esta figura, en función de las diversas realidades sociales y laborales que contemplan, suponiendo de alguna manera un avance en

368. MOLINA NAVARRETE, C.: «Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, julio 2004, págs. 152 y 153.

369. Su texto completo puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)

370. PAJARES, M.: *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 233 y 234, donde analiza la historia legislativa y finalidad de esta figura.

371. Conocida como Ley Bossi-Fini por sus promotores, que políticamente se identifican con el espectro más conservador de la derecha italiana, con discursos populares pero peligrosamente cercanos al fomento de actitudes de rechazo al fenómeno migratorio.

372. CAPONIO, T. y FINOTELLI, C.: «La inmigración en Italia entre el Derecho de asilo y la obligación de trabajar», en *Rev. Migraciones*, núm. 14, diciembre de 2003, pág. 79.

la regulación por cuanto de flexibilidad necesaria incorpora a la contratación en determinados sectores productivos.

El visado que, lógicamente se tramita ante las autoridades consulares y diplomáticas españolas en el país de origen, autorizará al extranjero a desplazarse al territorio español para buscar trabajo durante el plazo de tres meses que será computado como estancia, y en las que aquél deberá inscribirse en las oficinas públicas de empleo correspondientes a su domicilio. Y si no encontrase dicho contrato, vendrá obligado a salir del territorio nacional salvo quedar incurso en una sanción disciplinaria que daría lugar a un procedimiento de expulsión por infracción del art. 53.a) L. O. 4/2000 (permanencia irregular), sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años<sup>373</sup> debiendo verificar su salida en el control fronterizo con el estampillado de salida en el pasaporte. Concretamente el extranjero deberá presentarse ante los responsables del control fronterizo por el que se efectúe la salida, para que se estampe sobre su pasaporte un sello de salida. Esta circunstancia será anotada en el Registro Central de Extranjeros y comunicada, por medios telemáticos cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación<sup>374</sup>.

Hay dos especialidades sobre esta figura. En una predomina la cualidad personal del extranjero, pues afecta al visado de búsqueda de empleo dirigido a hijos o nietos de español de origen, que según el art. 40 de la L. O. 4/2000 ya tienen preferencia por cuanto no se les aplica la situación nacional de empleo. Pero ahora, quizás sensibilizado el legislador por la precaria situación que viven los descendientes de españoles en Argentina, se les facilita a estos un mecanismo más ágil que el de la propia oferta, es el visado para la búsqueda de empleo cuyo número o cupo, lógicamente lo fijará anualmente el Gobierno dentro de la normativa del propio contingente, junto con los mecanismos de selección de los destinatarios y las fórmulas de presentación de las solicitudes<sup>375</sup>.

En la otra modalidad, prima o se define por la determinación de concretos sectores de actividad y ocupacionales, limitándose el visado de búsqueda de empleo a un determinado ámbito territorial y a un sector de actividad donde existan puestos de difícil cobertura y las circunstancias específicas del mercado de trabajo concernido determinen que los puestos puedan cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema. Realmente, lo que lleva al legislador a esta fórmula son aquellas relaciones laborales con un marcado carácter personalista como el que existe en el servicio doméstico. No era

---

373. Apartado Noveno, de las Instrucciones del Ministerio del Interior para la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma llevada a cabo por la L. O. 14/2003 de 20 de noviembre, dada el 16 de diciembre de 2003 por el Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración a los Delegados y Subdelegados del Gobierno.

374. Artículo 81.2. R. D. 2393/2004.

375. Artículo 82. R. D. 2393/2004.

viable, predefinir a una persona a diez mil kilómetros de distancia que nada conocemos para que se haga cargo de la atención de nuestros hijos, de nuestro hogar o de nuestro mayores. La naturaleza de la prestación exige conocer a la persona, su nivel cultural, su capacidad de expresión, sus habilidades y hábitos que, aunque de una manera aproximativa e indiciaria, exige una entrevista personal previa a la contratación además del correspondiente periodo de prueba. No puede el trabajador cambiar el ámbito de la actividad ni del territorio, salvo que por circunstancias excepcionales sea aprobado, el empleador presentará el contrato de trabajo–solicitud firmado por ambas partes, exigiendo el Reglamento<sup>376</sup> que la Administración resuelva en el plazo de diez días sobre la concesión que notificará al solicitante de manera inmediata, lo que supone toda una novedad y un record en la tramitación preferente que se quieren dar a estos visados y que su naturaleza exige, frente a la tramitación de siete meses a un año de un permiso por cuenta ajena en régimen general en la actualidad.

### Tramitación

En cada país, dispone el Reglamento, el organismo de selección previsto en el acuerdo de regulación de flujos correspondiente realizará la selección de los extranjeros entre quienes acrediten cumplir con los requisitos y cualificaciones profesionales que se determinen en función de los sectores de actividad. El visado para búsqueda de empleo autorizará a su titular a permanecer legalmente en España durante tres meses. El trabajador deberá buscar un empleo en el sector de actividad y en el ámbito territorial para el que se haya previsto la concesión de la autorización y las Oficinas de Extranjeros o Áreas de Trabajo y Asuntos Sociales inadmitirán a trámite o denegarán, en su caso, las solicitudes que se presenten para otra ocupación o ámbito territorial distintos a los previstos para su autorización conforme a lo previsto por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Excepcionalmente, cuando se produzcan circunstancias imprevistas en el mercado laboral, la Dirección General de Inmigración podrá disponer que la autorización de residencia y trabajo sea concedida en otro ámbito territorial o sector de actividad distintos a los inicialmente previstos.

Otra de las novedades es que la eficacia de la autorización estará condicionada a la posterior alta al Régimen de la Seguridad Social del trabajador en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante, momento desde el cual adquirirá vigencia la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Se evita así la compraventa fraudulenta de contratos, llevada por la apremiante temporalidad de los tres meses de la búsqueda de empleo, pero a su vez puede dar

---

376. Artículo 83.5. R. D. 2393/2004.

lugar a la picaresca de exigir al trabajador que se pague el mismo los costes totales de la Seguridad Social, incluyendo la aportación del empleador, o bien dejar desprotegido al trabajador y que el empleador incumpla con su obligación de tramitar el alta en Seguridad Social del trabajador dejando a la deriva su situación. En estos casos, después de aceptarse por la Administración el contrato de trabajo-solicitud, la falta de alta debería dar lugar a la actuación sancionadora de la Administración y a los controles de la inspección de trabajo.

Finalmente, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la autorización, los trabajadores vendrán obligados a solicitar personalmente la correspondiente tarjeta de identidad de extranjero. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización de residencia temporal y será retirada, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan, personalmente por el extranjero.

### Críticas

Sin embargo, pese al beneplácito que la introducción de esta figura ha supuesto entre determinados agentes sociales, otros han discutido la existencia de dicha figura por lo que puede suponer introducir legalmente en España a personas legalmente desempleadas en búsqueda de empleo, dadas las cifras de paro nacional existentes y el amplio volumen de la economía sumergida. Así, el sindicato UGT «nunca ha sido partidario de la introducción de esta figura en la normativa de extranjería»<sup>377</sup>, porque entiende que la misma no tiene como objetivo responder adecuadamente a las necesidades acreditadas del mercado de trabajo, no garantiza los derechos de los trabajadores y resulta inconveniente desde el punto de vista presupuestario y de cohesión social, dado que al inscribirse como demandantes de empleo ante los servicios públicos de empleo, estos trabajadores se colocarían en situación de preferencia ante una oferta de empleo con respecto a otros trabajadores desempleados inscritos con independencia de su nacionalidad. También se critica que no se garantiza el retorno, ni quien se hace cargo de los gastos del mismo, si pasado el plazo de tres meses no se consigue la contratación.

Y respecto de los visados para el servicio doméstico es criticable, sobre la experiencia de los primeros grupos, porque su alojamiento y manutención ha corrido a cargo de los fondos públicos en discriminación con los trabajadores de otros sectores, pero además, desde el punto de vista de la integración laboral en el sector requerido, una vez que el trabajador extranjero ha realizado el programa de intermediación y ha firmado el contrato de trabajo que permite la permanencia más allá de los tres meses y tenía acceso a la documentación, se observa que aquél

---

<sup>377</sup>. Informe de UGT de mayo de 2004 sobre «Las cuestiones a abordar en el ámbito de la política migratoria laboral», pág. 27.

ha abandonado el trabajo en muchos casos, bien con la intención de buscar otro menos penoso en la misma actividad o en actividad distinta.

### EL CONTINGENTE DEL AÑO 2006

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 23 de diciembre de 2005, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, adoptó el Acuerdo por el se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2006, Acuerdo que fue recogido en la Resolución de 30 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración<sup>378</sup>.

Aunque la salida de esta esperada normativa ha llegado en la fase de impresión de este trabajo, no hemos querido dejar de incorporar tan valioso Acuerdo gubernamental que ha supuesto cambios significativos en la regulación del contingente, aunque sólo sea con la aportación de algunos comentarios sobre las novedades más significativas.

La primera de las novedades se enmarca en el sistema de elaboración, por el cual la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ha elaborado una propuesta de contingente, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, que ha tenido en cuenta la información sobre la situación nacional de empleo suministrada por el Servicio Público de Empleo Estatal y las propuestas elevadas por las Comunidades Autónomas, que ha sido presentada ante la Comisión Interministerial de Extranjería, informando ésta la procedencia de elevarla al Gobierno para su aprobación mediante el correspondiente Acuerdo de Consejo de Ministros, adoptado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales.

La segunda novedad destacable, es el carácter provisional que el propio Acuerdo establece de las cifras contenidas en el contingente<sup>379</sup>, y la previsión de flexibilidad que el mercado laboral venía demandando al contemplar la figura de la reasignación de plazas, por lo que ahora se prevé que la Dirección General de Inmigración podrá reasignar puestos a escala nacional dentro de cada uno de los contingentes. Podrá también disponer su modificación, que requerirá informe de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, que deberá emitirlo en un plazo de cinco días hábiles, a solicitud de las organizaciones empresariales o de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas. Dicha Dirección General de Inmigración informará a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración de las reasignaciones y modificaciones que experimente el contingente. Siendo ello

---

378. Publicado en el BOE núm. 14, de 17 de enero de 2006.

379. En esta ocasión se aprueban 16.878 plazas.



de gran importancia por cuanto así era demandado por los agentes económicos implicados en aras a conseguir la necesaria flexibilidad del mercado de trabajo.

Otra de las novedades viene dada por el cambio de la estructura del contenido de la propia norma resultando mucho más clarificador que el Acuerdo del contingente anterior, ya que de un lado ahora se divide en cinco grandes bloques:

- gestión de las ofertas de empleo estables, genéricas y nominativas.
- gestión de las ofertas de empleo temporales.
- contingente para búsqueda de empleo, en las dos modalidades de sectores de actividad y para hijos o nietos de españoles de origen, recogiendo el proceso de búsqueda de empleo y el procedimiento.
- visados y documentación.
- coordinación y seguimiento.

Así desaparece, por ejemplo, el epígrafe monográfico sobre «puestos de trabajo estable en el servicio doméstico para ofertas genéricas», o la anterior disposición Séptima que servía de cajón de sastre bajo el rótulo de «Otros procedimientos de gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros». Y de otro lado, la normativa del vigente Acuerdo es mucho más descriptiva y completa que la anterior.

Entre las innovaciones que reseñamos, también destaca el esfuerzo de agilización de trámites, analizando el contingente de carácter estable, en lo referente a las ofertas genéricas, se ha elevado el número mínimo de trabajadores extranjeros de las solicitudes de 5 a 10 puestos de trabajo, acumulando ofertas entre dos o más empresas y rebajando de 30 a 20 ofertas para aquellas empresas que tengan centros de trabajo en varias provincias. De tal manera que se agiliza flexibiliza el trámite de las empresas solicitantes.

En el mismo sentido, se han reducido los plazos legales de gestión buscando una mayor agilidad en la tramitación, pasando de quince a cinco días después de la valoración favorable de las ofertas, tanto en el trámite de su pase a la Dirección General, como en el posterior de remisión al órgano encargado de la preselección en el país de origen. Aunque por el contrario, debemos de señalar que el plazo máximo de un mes para la tramitación que se estipulaba por el contingente del año 2004 para las ofertas nominativas de carácter estable ha desaparecido con la normativa vigente, lo que es contrario a los criterios de agilidad y garantías de tramitación que estamos comentando.

Y si en la regulación anterior del Acuerdo del contingente, se decía que la selección se llevaría a cabo en la forma prevista en el acuerdo aplicable, ahora se prevé como mecanismo de agilidad que, cuando se considere oportuno y a propuesta de la empresa ofertante, la selección podrá realizarse de manera no presencial,

mediante el análisis de los currículos de los trabajadores y/o mediante entrevistas telefónicas o video conferencia, con lo ello supone de reducción de costes empresariales y de acortamiento de los plazos.

En el marco de las ofertas genéricas de carácter estable, otra mejora es la opción por la calidad del empleo largamente reclamada por los sindicatos españoles. Lo que se concreta tanto en la disposición legal de que las ofertas garantizarán al trabajador contratado una actividad continuada durante el periodo completo de vigencia de la autorización para trabajar y residir. Y la inclusión de que las empresas ofertantes podrán proponer que el proceso de selección incorpore acciones de formación en el país de origen, dividiéndose el proceso de selección en dos fases: la preselección de la acción formativa y la posterior selección definitiva.

Respecto de la gestión de ofertas de empleo de carácter temporal, frente a la casuística de la regulación anterior, ahora se distinguen dos grandes grupos:

- a) las de temporada o campaña, que introduce como novedad reclamada la atención de campañas concatenadas, para emplear a los mismos trabajadores en diversas campañas consecutivas, lo cual supone un esfuerzo de coordinación que revierte en rentabilidad para el empresario y el trabajador.
- b) las de obra o servicio<sup>380</sup>, que podrán ser ampliadas temporalmente con los límites del artículo 57.8 del Reglamento.

En ambos casos se reitera la exigencia de asegurar la continuidad de la actividad durante el periodo de vigencia de la autorización.

Otra de las novedades reseñables es la regulación expresa del contingente de búsqueda de empleo. Ello se recoge en dos modalidades, la que afecta de un lado a determinados sectores de actividad u ocupaciones que, a su vez, recoge como primera la posibilidad de acuerdos sectoriales de colaboración entre las organizaciones empresariales y la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración con el fin de facilitar la programación durante el ejercicio de las acciones de selección de candidatos en los países de origen, así como las actividades formativas de los candidatos y las medidas de acogida de los trabajadores y su inserción social y laboral.

De otro lado, respecto al contingente de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen, la normativa se difiere a las instrucciones conjuntas que se dicten por las Direcciones Generales de Inmigración, Emigración y Asuntos Consulares, si bien las mismas necesariamente recogerán:

---

380. Con una duración prevista no superior de un año, para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros.

- acciones informativas dirigidas al colectivo de potenciales titulares de estos visados de búsqueda de empleo.
- el plazo, el modelo de solicitud y la documentación exigible a los solicitantes.
- las reglas para la valoración objetiva de las solicitudes en el caso de que las mismas superen el contingente disponible para el país de que se trate. Esta valoración tendrá en cuenta tanto las circunstancias personales del candidato como su empleabilidad en el mercado de trabajo español. Lo cual supone un criterio de objetivización del proceso de selección y, en consecuencia, una garantía frente a la discrecionalidad.

Normativa que se completa con el proceso de búsqueda de empleo, sujetos fundamentalmente al éxito de los programas de intermediación previstos en el ámbito provincial y el procedimiento de tramitación documental.



## VII EXCEPCIONES A LA AUTORIZACIÓN PREVIA PARA TRABAJAR



El principio establecido con carácter general en el artículo 36.1 L. O. 4/2000 que exige la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar a todos los extranjeros mayores de 16 años que pretendan ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, no es un principio absoluto sino que el propio texto normativo en su artículo 41 establece la excepción en función de tres criterios: la cualificación profesional y actividad del extranjero en nuestro país; el carácter personal del mismo; su situación administrativa.

### LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL Y TIPO DE ACTIVIDAD

Así, dentro del grupo primero, están dispensados de la obtención de la autorización de trabajo, toda una serie de profesionales que por la naturaleza de su actividad o la transitoriedad de la misma hacen innecesaria la autorización, si bien y para evitar conductas que inviten al fraude de ley y a la vulneración de la legalidad vigente, se enumeran con carácter de *numerus clausus* los diversos supuestos, que son sometidos además a una serie de requisitos fundamentales. Sin olvidarse tampoco, que se trata igualmente de un derecho que debe ser reconocido expresa y previamente por la Administración, sirviendo ello de control de legalidad, de tal manera que se reitera en cada supuesto la necesidad de acreditar y corroborar las circunstancias que la Ley permite, aunque a nadie se escapa la capacidad de aparentar dichos requisitos. Estos supuestos de los que hablamos son los siguientes:

- a) los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las Comunidades Autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la

promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores<sup>381</sup>. Tendrán esta consideración los profesionales extranjeros que por sus conocimientos, especialización, experiencia o prácticas científicas sean invitados o contratados por cualesquiera de las Administraciones citadas para el desarrollo de una actividad o programa técnico, científico o de interés general. Esta circunstancia quedará acreditada con la presentación de la invitación o contrato de trabajo suscrito por quien tenga atribuida la representación legal del órgano correspondiente, donde conste la descripción del proyecto y el perfil profesional que se requiere para su desarrollo. La acreditación es siempre susceptible de valoración subjetiva, si no respecto de la invitación o contrato de trabajo, sí en lo concerniente a los conocimientos, experiencia del extranjero invitado o bien en la valoración del programa y su interés o carácter. Por lo que se puede caer en la tentación de utilizar esta figura para lograr la presencia de personas extranjeras que se sirven la invitación pública encubriendo otros intereses y fines particulares.

b) los profesores extranjeros invitados o contratados por una Universidad española<sup>382</sup>. Se considera como tales a los docentes extranjeros que sean invitados o contratados por una universidad española para desarrollar tareas lectivas u otras tareas académicas. Es evidente que el intercambio de profesores debe de ser un instrumento flexible y ágil, depositándose en la universidad la garantía de la actividad para la que se cursa la invitación o contratación. Si bien hemos asistido a la complicidad del sector académico con la invitación de profesores de países de la antigua Europa del Este que en realidad buscaban mejores medios de vida en cualquier actividad económica. Esta circunstancia quedará acreditada con la presentación de la invitación o contrato de trabajo para el ejercicio de actividades lectivas, suscritos por quien tenga atribuida la representación legal de la universidad española correspondiente.

El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas<sup>383</sup>. Aunque, claro está, no sabemos quién ni cómo se mide el «acreditado prestigio». Podrán beneficiarse de la excepción los extranjeros en quienes concurren las circunstancias siguientes:

1ª que ocupen puestos de dirección, de docencia o de investigación y limiten su ocupación al ejercicio de la indicada actividad en instituciones culturales o

381. Artículo 68 a) 2 y 3 del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

382. Artículo 68 b) del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

383. Artículo 68 c) del R. D. 2393/2004 de 30 de diciembre.



docentes extranjeras radicadas en España. Así expuesto, se comprenderían entre las instituciones docentes, por ejemplo, una academia de idiomas.

2ª cuando se trate de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados, deberán desarrollar en España su actividad de forma que los estudios cursados, programas desarrollados y los títulos o diplomas expedidos tengan validez y sean reconocidos por los países de los que dependan.

3ª si se trata de instituciones privadas extranjeras, se considerará acreditado el prestigio cuando la entidad y las actividades realizadas hayan sido oficialmente reconocidas y autorizadas por las autoridades competentes, y los títulos o diplomas que expidan tengan validez y reconocimiento por los países de los que dependan.

Estas circunstancias quedarán acreditadas con la presentación de la documentación que justifique la validez en el país de origen a los títulos o diplomas expedidos en España, del contrato de trabajo o designación para el ejercicio de actividades de dirección o docencia y, en el caso de las entidades privadas, también de la documentación que justifique su reconocimiento oficial en España.

c) los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española. Se trata de casos muy puntuales normalmente acreditados correctamente.

d) los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa. Nada se dice del carácter del medio de comunicación, ni del tiempo de vinculación al mismo del corresponsal, etc. Con lo que se puede forzar en una interpretación laxa este supuesto para la documentación de personas extranjeras meramente vinculadas a dichos medios.

e) los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado. En este sentido hay numerosos becarios de la Agencia Española de Cooperación Exterior que realizan sus actividades de investigación en nuestro país.

f) los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada<sup>384</sup>. Estando incluidas en este supuesto las personas que, de forma individual o colectiva, se desplacen a España para realizar una actividad artística, directamente ante el público o destinada a la grabación de cualquier tipo para su difusión, en cualquier medio o local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos o actuaciones de tipo artístico. Las actividades que se realicen no podrán superar cinco días continuados de actuación o veinte días de actuación

---

<sup>384</sup>. Artículo 68 g) del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre. Esta situación quedará acreditada con la presentación del documento nacional de identidad y del contrato de trabajo para el desarrollo de las actividades artísticas.

en un período inferior a seis meses. Por ello, normalmente las giras de conciertos de reconocidos artistas suelen ser de dos, tres o cuatro actuaciones para respetar el límite máximo de cinco días continuados recogido en la norma.

g) los ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas<sup>385</sup>. Tienen dicha consideración de religiosas, lo que en principio son la mayoría de los seres humanos, a efectos de nuestra legislación en materia de extranjería, sólo las personas en quienes concurran los siguientes requisitos:

1º que pertenezcan a una iglesia, confesión, comunidad religiosa u orden religiosa que figure inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

2º que tengan, efectiva y actualmente, la condición de ministro de culto, miembro de la jerarquía o de religioso profeso, por cumplir los requisitos establecidos en sus normas estatutarias.

3º que las actividades que vayan a desarrollar en España sean estrictamente religiosas o, en el caso de religiosos profesos, sean meramente contemplativas o respondan a los fines estatutarios propios de la orden; quedan expresamente excluidas las actividades retribuidas que no se realicen en este ámbito.

4º que la entidad de la que dependan se comprometa a hacerse cargo de los gastos ocasionados por su manutención.

En lo referente a la comprobación de dichos presupuestos, el extremo indicado en el párrafo 1º se acreditará mediante certificación del Ministerio de Justicia; los expresados en los párrafos 2º a 4º, se acreditarán mediante certificación expedida por la entidad, con la conformidad del Ministerio de Justicia.

Quedan expresamente excluidos de dicho precepto los seminaristas y personas en preparación para el ministerio religioso, aunque temporalmente realicen actividades de carácter pastoral, así como las personas vinculadas con una orden religiosa en la que aún no hayan profesado, aunque realicen una actividad temporal en cumplimiento de sus estatutos religiosos.

A pesar de la cautela con que está redactada la norma, hemos conocido numerosos casos de religiosos reclutados en los países de origen que han repoblado los monasterios, conventos y congregaciones religiosas en nuestro país, de tal manera que una vez obtenida la documentación han renunciado a la vida religiosa, con conceptos y maneras tan diferentes entre los distintos países, habiéndose servido inicialmente de este supuesto para abandonar una realidad de miseria y marginación, acogiéndose a la esperanza espiritual, primero y material, después.

---

385. Artículo 68 h) del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

h) 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.

Como se contempla esta normativa con el desarrollo reglamentario del artículo 68 del R. D. 2393/2004, se evidencia la cantidad de matizaciones y condicionantes del precepto legal, que se han ido incorporando ante los abundantes fraudes de ley que han permitido vulnerar la letra de la norma que, lógicamente, no puede agotar toda la casuística. Así, por ejemplo, conocemos casos en el sentido expuesto de quienes han utilizado las invitaciones a profesores de universidades de países en vías de desarrollo que encubrían realmente una inmigración por motivos laborales y económicos antes que científicos. Aún así, es sumamente difícil evitar la apariencia de buen derecho para conseguir unos fines contrarios al mismo.

## LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

Dentro del segundo grupo a las excepciones a la autorización previa para trabajar, considerando no la actividad sino sus circunstancias personales, se dispensa de dicha autorización a los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española, y también a los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social, lo que suele ser bastante frecuente respecto de los menores marroquíes declarados en desamparo y que dependen de la tutela de la Administración Autonómica que, además de proporcionarles una integración educativa y social, trata de facilitarles medios de empleo y laborales para favorecer la autonomía personal de estos menores y porque, en definitiva, el proyecto de los mismos, empujados muchas veces por familias desestructuradas en precaria situación económica y con grandes cargas familiares, es esencialmente económico, por lo que se les proporcionan plazas en talleres de empleo en los que aprender un oficio, o como aprendices en determinados sectores. Lo que no solamente queda en el ámbito de la formación ocupacional, sino que se aplican terapias de autoestima, programas de desarrollo personal y valores educativos, fomento de habilidades sociales, relacionales, actividades deportivas, etcétera, siendo muy desigual el resultado dada la dificultad y disparidad de situaciones de estos menores, algunos de ellos con profundos trastornos de conducta y déficit afectivo, emocionales y educativos muy complejos.

## LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA

En un tercer grupo la consideración a estimar es la situación administrativa, consistente en ser titular de un permiso de residencia permanente, establecida en el artículo 32 de la L. O. 4/2000 y que es aquella de la que gozan quienes hayan tenido una residencia temporal durante cinco años de forma continuada, sin tenerse en cuenta ausencias vacacionales u otras establecidas reglamentariamente para el cómputo de esos cinco años. Autorizando dicha residencia permanente a residir en España indefinidamente y a trabajar «en igualdad de condiciones que los españoles».

Sin embargo, esta excepción a la necesidad de la autorización del permiso de trabajo no puede aplicarse directamente y que el extranjero comience sin más a ejercer la actividad prevista, sino que en todo caso la administración debe previamente emitir una resolución de reconocimiento de la excepción, sirviendo este trámite de filtro a los posibles abusos. El artículo 69 del Reglamento, antiguo artículo 90 del R. D. 864/2001, distingue para determinar el procedimiento de reconocimiento de la excepción el caso de que el extranjero no sea residente en España, o el caso contrario de que sí lo sea. Para el primero de los supuestos el extranjero se dirige a la oficina consular de su residencia, salvo que fuese otra determinada, solicitando la expedición de visado junto con los documentos que acrediten las circunstancias de excepcionalidad recogidas reglamentariamente, tramitándose por la oficina consular en el breve plazo de siete días, entendiéndose la ausencia de respuesta como silencio positivo de la administración, esto es, como resolución favorable. El régimen del visado es el normal, aunque el Reglamento<sup>386</sup> expresamente nos indica que hay tres meses desde la recogida del visado para entrar en el territorio nacional y después el plazo de un mes para solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

No obstante, cuando el residente extranjero se encuentre en España dirigirá su solicitud a la Subdelegación del Gobierno correspondiente a la provincia donde se encuentre el centro de trabajo aportando la documentación justificativa, que si en el plazo de tres meses de su presentación no es resuelta, al contrario que el caso anterior, el silencio administrativo se entiende negativo, pudiendo recabarse de oficio por la Administración documentación complementaria justificativa de las circunstancias reglamentariamente exigibles.

En ambos casos, el reconocimiento de la excepción adaptará su periodo de vigencia a la duración de la actividad o programa que se desarrolle, con el límite de un año en el reconocimiento inicial, prorrogable por dos años en la primera y segunda renovación si subsisten las circunstancias que motivaron la excepción.

---

386. Artículo 70 del R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre.

Ésta parece la situación razonable que las personas inmigrantes desean. Aunque ciertamente existe una grave falta de cultura administrativa en algunos de estos países, que lleva en ocasiones a la pérdida de la documentación por su falta de diligencia en la solicitud de prórroga de la misma.



## VIII REGULARIZACIONES EXTRAORDINARIAS





## IMPORTANCIA Y NECESIDAD

Las regularizaciones extraordinarias de extranjeros en nuestro país merecen un tratamiento diferenciado, porque son numéricamente la primera vía de adquisición de la documentación, y del acceso a una autorización de trabajo formal. Lo que sin duda, dado su carácter extraordinario en todos los sentidos, suponen el dato más objetivo y el mejor certificado del fracaso de todas las políticas y legislaciones de inmigración en nuestro país desde el año 1985. Pues la llamada «normalidad» del sistema legal, hasta ahora, se ha tornado de una rigidez e insuficiencia escandalosamente alarmantes, que ha necesitado de esta vía de escape.

## CUESTIONAMIENTO

Aunque está asumido de forma generalizada, la gravedad de la situación que plantea la existencia de estos miles de personas sin derechos, sin reconocimientos sociales, que distorsionan parte de la economía, no existe consenso sobre la forma de abordarlo pese a sus efectos perniciosos al fomentar la economía sumergida, con lo que ello supone del aumento de la segmentación, la degradación de las condiciones laborales, la exclusión social, la competencia desleal entre empresas, la pérdida de ingresos y el incremento del gasto en protección social, y un largo etcétera.

Hasta el momento, la principal respuesta a la presencia de los extranjeros que residen irregularmente en España ha sido de tipo coyuntural, mediante la convocatoria de sucesivas regularizaciones generales extraordinarias, que han hecho aflorar de

forma masiva este tipo de situaciones. Y si bien representa una solución pragmática, sin embargo tiene repercusiones socioeconómicas negativas<sup>387</sup>, como es el reemplazo de bolsas importantes de trabajadores extranjeros en situación irregular por otros, en la confianza de estos últimos de que siempre habrá una próxima regularización extraordinaria que les dé opciones para conseguir la correspondiente autorización.

De otro lado, las regularizaciones parecen realizarse desde una premisa que, luego, nunca se cumple ni se materializa por completo. Cada vez que se produce una regularización se nos asegura solemnemente que será la última, y que el sistema legal se ha modificado y se han introducido cambios suficientes para una regulación canalizada y fluida de los flujos migratorios a través del contingente y del régimen general. Lo que no obedece a la realidad, como que tampoco se completa el trasvase de los trabajadores que operan en la economía informal a los cauces de regularización, dado que éstos siempre se realizan con requisitos retroactivos que numerosas personas no cumplen, con lo que ante la amenaza de la fractura social y el paulatino engrosamiento del volumen de personas en situación irregular, más tarde o temprano, se asiste a un nuevo proceso de regularización.

De todas formas, según la OCDE<sup>388</sup> el efecto de atracción de nuevos flujos que pueden tener las regularizaciones, no dependen tanto de este mecanismo en sí, sino de la manera en que se lleva a cabo. Y cuanto menos relacionados estén los requisitos de la regularización con la realidad del mercado de trabajo mayor es el riesgo de incurrir en el futuro en la exclusión social de los beneficiarios de estos procesos, lo que ha sido muy tenido en cuenta en el último proceso de «normalización» en España, donde la autorización concedida está vinculada a un contrato de trabajo y al alta en la Seguridad Social dentro del mes siguiente a la concesión.

## ANTECEDENTES

Hasta el momento presente, incluyendo el llamado «proceso de normalización» de la Disposición Adicional Tercera del RD 2393/2004, que más adelante analizaremos con extensión, han tenido lugar en nuestro país desde la aprobación de la L. O. 7/85 de Extranjería seis procesos de regularización extraordinarios, normalmente coincidentes con la aprobación o reformas normativas, y han supuesto el mecanismo principal de acceso a los permisos de trabajo y residencia en España por parte de los extranjeros que ya se encontraban en nuestro país, sin olvidar la utilización durante los primeros

387. En este sentido se pronuncia con carácter bastante crítico el informe «La inmigración y el mercado de trabajo en España», elaborado y aprobado por el Consejo Económico Social de España, en sesión de 28 de abril de 2004, pág. 138.

388. OCDE, *Trends in international migration*, 2003.

años de la figura del contingente anual como una fórmula encubierta de regularización de trabajadores extranjeros indocumentados o en situación irregular en nuestro país, posibilidad claramente vedada con la normativa actual del contingente.

Los procesos han sido los siguientes:

1) En el año 1986, tras la aprobación de la L. O. 7/1985, de 1 de junio, que disponía<sup>389</sup> que la situación de los extranjeros que se encuentran en España, insuficientemente documentados, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, podrá ser regularizada, salvo que hubieran incurrido en causas de expulsión previstas en los apartados c), d) y f) del artículo 26.1, siempre que los extranjeros o los empleadores en su caso, así lo soliciten, presentando la documentación necesaria, dentro del plazo de tres meses, a contar desde la indicada fecha. En este proceso extraordinario se presentaron 43.800 solicitudes.

Desde luego, el régimen de exclusiones para estar incurso en alguno de los supuestos de exclusión, resultaba bastante amplio, ya que si el extranjero se encontraba irregularmente en España, sólo se podía mantener económicamente o ejerciendo la mendicidad o trabajando sin documentación, en los dos supuestos estamos en presencia de la carencia de medios lícitos de vida que motivaban el expediente y posterior sanción de expulsión, con lo que difícilmente se podía acceder a la regularización legalmente prevista.

Llama la atención de dicha norma, a estas alturas, como se encontraba legitimado el propio trabajador para solicitar su propia documentación que en los casos de autorizaciones de trabajo hoy resulta inviable, salvo en los casos de cuenta propia o cuanta ajena en servicio doméstico para varios empleadores; o cómo el precepto legal habla de encontrarse «insuficientemente indocumentados». Lo que parece inexacto, porque se está o no documentado, se cumple o no con la legislación, pero no se está documentado sólo un poquito como parece desprenderse del texto legal.

Y el plazo de tres meses aludido, se amplía a seis meses desde la entrada en vigor de la misma para proceder a regularizar su situación, respecto de aquellos trabajadores que por su nacionalidad estuviesen exentos de la obligación de obtener permiso de trabajo por la normativa anterior a la ley.

2) En 1991, tras la aprobación por el Congreso el 9 de abril de 1991 de la proposición no de Ley sobre la situación de los extranjeros en España<sup>390</sup> en la que instaba al Gobierno a poner en marcha determinadas actuaciones en política de

<sup>389</sup>. Según recogía la Disposición Transitoria Segunda y Tercera de la L. O. 7/85, de 1 de julio.

<sup>390</sup>. B. O. C. G. Congreso de los Diputados, Serie D, número 165, de 22 de marzo de 1991.

inmigración, que fue consecuencia del informe sobre «la situación de los extranjeros en España: líneas básicas de la política española de extranjería» que en diciembre de 1990 se envió por el Gobierno al Congreso de los Diputados, en cumplimiento de la moción aprobada por el Pleno de dicha Cámara en su reunión del día 26 de junio de 1990. El Consejo de Ministros adoptó el día 7 de junio del año 1991 un Acuerdo por el que se establecían los criterios para llevar a cabo el proceso de regularización, cumpliendo los siguientes requisitos para poder acogerse al proceso de regularización:

- presencia en España antes del 24 de junio de 1985, y permanencia habitual desde dicha fecha.
- presencia en España antes del 15 de mayo de 1991 y permanencia habitual desde dicha fecha siempre que se acredite bien haber sido titular de un permiso de trabajo y residencia, bien realizar o haber realizado una actividad lucrativa continuada por cuenta propia o ajena o bien contar con oferta firme de empleo regular y estable, o con un proyecto de explotación por cuenta propia de carácter permanente y económicamente viable.
- haber solicitado asilo o refugio antes del 15 de mayo de 1991, que la solicitud se encontrara en trámite o hubiera sido objeto de denegación, cuando se cumpla alguno de los requisitos señalados en los apartados anteriores.

En dicho proceso, se presentaron 130.406 solicitudes, de la que fueron resueltas positivamente 108.321<sup>391</sup>.

3) En 1996, tras la aprobación del Reglamento<sup>392</sup> de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, se dio otro nuevo proceso, que sin embargo tuvo una menor entidad, dado que fueron cursadas 25.128 solicitudes, de las que se resolvieron positivamente 21.294 permisos, en los cuatro meses que duró dicho proceso de regularización extraordinaria.

Así, la Disposición Transitoria Tercera, bajo la denominación de «documentación de extranjeros en situación irregular» establecía que podían ser documentados con un permiso de trabajo y residencia, o permiso de residencia, los extranjeros que se hallen en situación irregular en España, que cumplan los siguientes requisitos:

---

391. El número de solicitudes cursadas y resoluciones positivas, aparece en el Informe sobre el Proyecto del Reglamento de Extranjería, presentado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al Consejo de Ministros el 19 de noviembre de 2004, pág. D-1.

392. Dada por el Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero, publicado en el BOE núm. 47, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la L. O. 7/85.

- encontrarse en España antes del 1 de enero de 1996.
- haber sido titular de un permiso de residencia y trabajo, o permiso de residencia con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 119/1986 de 26 de mayo, por el que se aprobó el anterior Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 5/1985.
- no estar incurso en alguna de las causas de expulsión de los párrafos c) y d) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, ni los que habiendo sido expulsados con anterioridad por alguna de dichas causas, tengan prohibida la entrada en el territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito en base a lo dispuesto en el Reglamento que se aprueba mediante el citado Real Decreto.

Como régimen *sui géneris* de esta regularización, podían comentarse al menos tres aspectos más destacables. De un lado, la inmediatez en la fecha de estancia previa en España, ya que si el nuevo Reglamento se publicó el 23 de febrero de 1996, exigir una estancia previa al 1 de enero de ese mismo año, manifiesta una voluntad de integrar en el proceso al mayor número de personas irregulares. Sin embargo, ese objetivo loable choca con la segunda exigencia, que supone la titularidad de un permiso de trabajo y residencia o sólo residencia con anterioridad al Reglamento de Ejecución de 1986, con lo que ahora reducimos enormemente el ámbito subjetivo de aplicación, por cuanto sólo afecta a los titulares de un permiso que no lo hubiesen renovado, lo cual se entiende es la inmensa minoría de la población en situación irregular, cuya verdadera dificultad estriba en acceder a la primera documentación más que en el mantenimiento de la misma. Y el tercer aspecto, este positivo, es la no consideración de la mendicidad, ni de la inexistencia de medios lícitos de vida del párrafo f) del artículo 26.1 L. O. 7/85, tenido en cuenta en la anterior regularización y que ahora se suprime.

A lo que se añadía que los familiares de los extranjeros previstos en el apartado anterior que se encuentren incluidos en el artículo 54.2<sup>393</sup> del Reglamento que se aprueba mediante el citado Real Decreto podrán ser documentado con un permiso de residencia o de trabajo y residencia, siempre que reúnan los requisitos previstos en los párrafos primero y tercero del apartado anterior, referentes a las fechas de estancia previas en nuestro país y a no estar incurso en los motivos de expulsión señalados.

No se exigía la presentación de visado de residencia a las personas que soliciten ser documentadas en base a lo previsto en la Disposición Transitoria, como era lógico, dado que el visado se tramita ante las autoridades diplomáticas y consulares españolas en el país de origen, cuando se trata precisamente de documentar a las

---

<sup>393</sup>. El artículo 54.2 del R. D. 155/96, se refería a los familiares reagrupables que podrán residir en base al derecho de la reagrupación familiar.

personas que ya se encuentran en nuestro país, evitando así tener que volver al país de origen a por el consabido visado.

Se daba un plazo de cuatro meses a partir de la entrada en vigor del Reglamento para la presentación de las solicitudes de regularización.

4) La convocada en el año 2000, tras la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, que adquirió un gran volumen habiéndose presentado 247.598 solicitudes de las que fueron resueltas positivamente el 66% de las mismas.

La Disposición Transitoria Primera, dispuso que el Gobierno, mediante Real Decreto, establecería el procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encontrasen en territorio español antes de día 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los tres últimos años. Lo que se desarrolló al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 239/2000 de 18 de febrero<sup>394</sup>. La regularización se llevó a cabo entre los meses de marzo y julio de ese año, exigiéndose como requisito acogerse a ella que el extranjero se encontrara en España antes del 1 de junio de 1999, pero también se dirigía al siguiente grupo de extranjeros:

- titulares de un permiso de residencia o trabajo en los tres años anteriores al 1 de febrero del año 2000.
- solicitantes de asilo a los que se hubiera denegado su solicitud antes del 1 de febrero de 2000.
- solicitantes de algún tipo de permiso antes del 31 de marzo de 2000.
- familiares de alguno de los anteriores o de residente legal no comunitario o comunitario que acreditaran encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.

La regularización dio opción a un permiso unificado inicial de trabajo y residencia, con un año de validez y sin determinación de zona geográfica ni sector de actividad.

Las últimas consecuencias de este proceso llegan aún a la actualidad, en un claro proceso de judicialización de la normativa de extranjería que está sometiendo a un necesario control de legalidad a las disposiciones normativas emanadas tanto del Gobierno como del poder legislativo. Y decimos esto, porque la Sala Tercera del

---

<sup>394</sup>. Esta disposición se completa con la Resolución de 20 de marzo de 2000, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 16 de marzo de 2000, de la Dirección General de Policía y de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior y de la Dirección Gral. de Migraciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regularización de extranjeros. Publicada en el BOE de 22 de marzo del año 2000.

Tribunal Supremo dictó sentencia el 13 de octubre de 2004<sup>395</sup>, por la que se anulaba el inciso «ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones» que se contiene en el artículo 1.1.3 del R. D. 239/2000 de 18 de febrero, por el que se establece el citado proceso de regularización de extranjeros dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la L. O. 4/2000 de 11 de enero.

5) Otra de 2001, continuación de la anterior, y consecuencia de la reforma de la L. O. 4/2000, de 11 de enero, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre introdujo la Disposición Transitoria Cuarta, que supuso la reapertura de ese proceso, con la revisión de las solicitudes que se habían visto denegadas exclusivamente por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999, tal y como se reguló en el R. D. 141/2001 y que afectó a los nacionales de Ecuador, supuso la presentación de 24.884 solicitudes, de las que fueron resueltas positivamente 20.352. A continuación de este proceso, se dio el conocido como «reexamen» en el año 2002, porque afectaba a solicitudes que habían sido denegadas anteriormente, en cuyo proceso se presentaron 57.616 solicitudes, de las que resultaron positivas 36.013 expedientes.

Hay que tener en cuenta que el proceso de regularización de los ecuatorianos en España fue un completo despropósito al que no daban crédito propios ni extraños, dado que exigía para regularizar a los ecuatorianos que acreditaran un mínimo de estancia en nuestro país, que fuesen a Ecuador a presentarse ante las autoridades españolas para la obtención del visado. El tremendo costo de la operación de traslado aéreo de miles de personas, el colapso ante la representación diplomática española en Ecuador, y la desconfianza e incertidumbre de los propios ecuatorianos hicieron fracasar estrepitosamente un programa que nació ya viciado por la falta de sentido común. Pues, además de resultar completamente *kaffkiano*, no se puede pretender documentar a quien se encuentra viviendo y trabajando en España sin papeles, pidiéndole que se marche a su lugar de origen a que las autoridades españolas le expidan el correspondiente visado.

#### 6) La documentación por arraigo

La L. O. 8/2000 de 22 de diciembre, introdujo en la reforma de la L. O. 4/2000, el artículo 31.4, por el que se estableció la posibilidad de otorgar un permiso de residencia temporal a un extranjero, siempre que acreditase su situación de arraigo en España. Y con base a dicho criterio normativo, se acordó resolver favorablemente las solicitudes de permiso de residencia que se presentaran hasta la entrada en vigor del R. D. 864/2000 de 11 de enero, por extranjeros que, hallándose en España, cumplirían con los siguientes requisitos:

---

<sup>395</sup>. Publicada en el BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2004.

- encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001.
- acreditar una situación de arraigo, considerando como tal: la incorporación al mercado de trabajo, la anterior residencia en España, o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.
- no estar incurso en determinadas causas de expulsión, ni tener prohibida la entrada en territorio nacional.

Dicho proceso de documentación por arraigo, que en el año 2003, supuso la presentación de 361.439 peticiones de permiso, de los que fueron concedidos 239.174 expedientes.

### PROCESO DE NORMALIZACIÓN

La Disposición Transitoria Tercera del R. D. 2393/2004<sup>396</sup> dispone un proceso de normalización, que supone una verdadera regularización a la que, como punto de partida, podrán acogerse los trabajadores extranjeros que figuren empadronados en un municipio español antes del 8 de agosto del 2004, que tengan un contrato para una prestación laboral de al menos seis meses, salvo en el sector agrario que podrá ser de tres meses, cumpliéndose los demás requisitos del artículo 50 del Reglamento, sin tenerse en cuenta la situación nacional de empleo, ni que se garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización que se extenderá por un año, y sin perjuicio de que los trabajadores extranjeros se encuentren irregularmente en territorio español o tengan un expediente de expulsión administrativa firme o en trámite por falta de documentación que, en este caso, le será archivado de oficio.

Disponía que en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero podrán solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000,

---

396. Desarrollada por la Orden del Ministerio de Presidencia 140/2005, de 2 de febrero.



de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud.

b) que el empresario o empleador haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. En el contrato de trabajo, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y el tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de seis meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de tres meses. En los sectores de la construcción y la hostelería, el cumplimiento del compromiso de mantenimiento de la prestación laboral de seis meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de doce meses. Cuando los contratos de trabajo sean a tiempo parcial, el período de prestación laboral se incrementará proporcionalmente a la reducción sobre la jornada ordinaria pactada en dicho contrato, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

c) que se cumplan los requisitos previstos en el art. 50 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a), b) y g).

Con sujeción a los requisitos establecidos en los párrafos a) y c) del apartado anterior, y en idéntico plazo al establecido en éste, podrán solicitar igualmente la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo los extranjeros que pretendan desarrollar su actividad en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar. Para ello deberán acreditar que reúnen los requisitos previstos por la legislación aplicable a los efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos y que van a realizar un número de horas de trabajo semanales no inferior a treinta, en el cómputo global. Las prestaciones laborales concertadas a estos efectos deberán de abarcar un período mínimo de actividad de seis meses. Los extranjeros que puedan desarrollar una actividad en el servicio del hogar familiar a tiempo completo para un solo empleador podrán obtener la autorización de conformidad con el apartado 1 de dicha Disposición Transitoria, siempre que cumplan los requisitos establecidos en ella.

Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y la Disposición Adicional Cuarta de su Reglamento, el Ministerio de Administraciones Públicas podrá habilitar, mediante instrumentos adecuados previstos en la legislación vigente, otras oficinas públicas para la presentación de las solicitudes.

Cumplida la condición de afiliación y/o alta, la autorización comenzará su período de vigencia, que será de un año. Transcurrido el plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se haya cumplido la condición señalada, la autorización quedará sin efecto. En este caso, se requerirá al empresario o empleador, en los casos del apartado 1, y al propio trabajador extranjero, en los casos del apartado 2, para que indique las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral, con la advertencia de que, si no alegase ninguna justificación o si las razones aducidas se considerasen insuficientes, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente.

Durante el mes inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la autorización, el extranjero deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, que será expedida por el plazo de validez de la autorización.

La concesión de la autorización determinará el archivo de los expedientes de expulsión pendientes de resolución, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión que hayan recaído sobre el extranjero titular de la autorización, cuando el expediente o la orden de expulsión correspondiente esté basada en las causas previstas en el art. 53.a) y b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La denegación de la autorización implicará la continuación de los expedientes de expulsión y la ejecución de las órdenes de expulsión dictadas.

El proceso de normalización, vigente desde el día 7 de febrero al 7 de mayo de 2005, trató de regularizar a la bolsa estimada de un millón de personas extranjeras indocumentadas en nuestro país, cuyo deseo pudo inicialmente verse frenado con el requisito inflexible del empadronamiento antes del 8 de agosto de 2004 que muchísimos inmigrantes incumplen, pudiendo acreditar mediante otros muchos documentos, incluso públicos como expedientes de expulsión, su estancia en nuestro país superior a los seis meses exigidos.

Sin embargo, aun reconociendo el avance que ha supuesto el proceso de normalización, y el espíritu que lo informa, con la finalidad de poder documentar, esto es, dar derechos y obligaciones, incorporar a la vida comunitaria, a cientos de miles de personas que eran tachados de clandestinos y sin papeles, que estaban expuestos a una detención policial inmediata y a un proceso de expulsión, por no añadir de explotación laboral, etc. No debemos de obviar que según un informe de la Asociación Profesional Española de Directores de Recurso Humanos<sup>397</sup>, refleja que hasta el día 23 de marzo, es decir a mitad del proceso de normalización, habían sido despedidos 241.515 trabajadores sin autorización por parte de empleadores que se niegan a realizar el preceptivo contrato de trabajo a estos extranjeros, con lo que

---

397. Noticia aparecida en el diario *Córdoba*, sección economía, del 14 de abril de 2005, pág. 21.

ello supone de garantía de sus derechos, de cotizaciones a la seguridad social, etc. Efecto perverso, que no debe encontrar continuidad en la contratación de nuevos extranjeros sin papeles que reemplacen a los despedidos que, además sí tenían la estancia requerida anterior al 8 de agosto de 2004 en nuestro país.

### El empadronamiento por omisión<sup>398</sup>

Dado que el proceso de normalización, pese a su elogioso consenso, partía de algunas rigideces en sus requisitos formales y en su tramitación, estuvo a punto de quedar estrangulado en su aplicación, fundamentalmente por la exigencia del empadronamiento a fecha anterior al 8 de agosto del año 2004 en algún municipio español. La oferta de empleo junto con la posterior alta de afiliación en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, la falta de antecedentes penales y el certificado de empadronamiento eran los tres ejes sobre los que pivotaba todo el proceso de normalización, había dos frenos importantes, uno *a priori* referido al empadronamiento como medio para acreditar la estancia, y otro *a posteriori* como el alta laboral ajena a la voluntad del trabajador extranjero en situación irregular.

La habilitación que se hacía en la reforma de la Ley de Extranjería, dada por la Ley Orgánica 14/2003, mediante la cual se facultaba a la Dirección General de la Policía para que consultara el padrón municipal de habitantes supuso el retraimiento de la población inmigrante en situación irregular a cursar dicha alta en el censo municipal dadas las negativas consecuencias que dicha situación podría repercutirles dado su estado de «clandestinidad», por lo que la posterior exigencia del certificado de empadronamiento precisamente como único medio para acreditar la estancia en nuestro país a los extranjeros en situación irregular era, desde el primer momento, un contrasentido que frenó notablemente el acceso a la vía de la regularización.

Por eso, avanzado ya el proceso de normalización y comprobado el inconveniente del requisito del certificado municipal del padrón de habitantes como único medio para acreditar la estancia, y a partir de una reunión celebrada el día 11 abril 2005 por el Gobierno y los Agentes Sociales en el marco de la Mesa de Dialogo Social en la que se examinó la evolución del Proceso de Normalización de trabajadores extranjeros en su última fase de desarrollo se decidió dar un espectacular giro en cuanto a la interpretación de la inscripción patronal, que fundamentalmente consistió en la incorporación de la figura del empadronamiento por omisión.

En esta línea, las interpretaciones que puedan producirse, al igual que sucedió con el compromiso empresarial en el sector agrario, tanto por motivos

---

<sup>398</sup>. Resolución de 9 de abril de 1997 de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 1 de abril, de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión y revisión del Padrón municipal.

de seguridad jurídica y de respeto a la legalidad, se atenderán al acuerdo en torno al Reglamento de la Ley y a lo establecido en la Disposición Adicional Tercera. El empadronamiento, la estancia continuada en España o el contrato de trabajo resultan, por lo tanto, elementos indispensables del proceso de normalización para contribuir al cumplimiento de los objetivos generales de la política de inmigración.

La Mesa de Diálogo Social examinó la situación del proceso de normalización y comprobó la existencia de situaciones relacionadas con el empadronamiento que podrían ser solventadas con la aplicación de mecanismos existentes en la normativa, como por ejemplo el empadronamiento por omisión.

Este medio permitiría la inscripción en el Padrón, en base a la acreditación de la permanencia en España aportando como prueba documentos públicos fehacientes, a los efectos de considerar cumplido el requisito establecido para la autorización de residencia y trabajo en el proceso de normalización.

Así, los inmigrantes que no hayan podido acogerse al proceso de regularización por no estar empadronados antes de la fecha límite podrán hacerlo presentando cualquiera de los siete documentos públicos autorizados el jueves día 15 de abril de 2005, para acreditar su estancia en España desde antes del día 8 de agosto de 2004, según manifestó la Comisión Permanente del Consejo de Empadronamiento.

El Gobierno anunció tres semanas antes a la finalización del proceso que permitiría presentar otros documentos públicos para justificar la permanencia en España de los inmigrantes irregulares. Hasta entonces, el certificado de inscripción en el padrón municipal era un requisito fundamental para acogerse al proceso de normalización.

Con fecha 14 de abril de 2005<sup>399</sup>, la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística (INE) y el Director General de Cooperación Local han dictado Instrucciones técnicas conjuntas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el proceso de normalización inscritos con posterioridad.

El 20 de abril de 2005 se emitieron «Aclaraciones a la Resolución del 14 de abril de 2005 por la Presidencia del Consejo de Empadronamiento, y una vez consideradas las observaciones realizadas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, se realizó una nueva redacción sobre la lista de documentos.

---

399. Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad. Que fue publicada en el BOE núm. 91 del día 16 de abril de 2005.

## Lagunas y críticas del proceso

El proceso ha sido absolutamente necesario, dado que nos encontrábamos ante el mayor número de personas extranjeras indocumentadas en nuestro país en nuestra historia contemporánea, pero desde el punto de vista técnico es bastante criticable, por cuanto en un proceso de esta magnitud no se pueden dejar la determinación de criterios fundamentales a la presión social ni a la certificación del fracaso que supone no cubrir las expectativas creadas ni las necesidades de los propios inmigrantes. Lo que redundaba en una improvisación, en la que tres semanas antes de terminar el proceso de documentación se admite la presentación de nuevos documentos para acreditar la estancia anterior al 8 de agosto de 2004 en nuestro país, se incorpora la figura ya existente del empadronamiento por omisión, pero dada la «precipitación sobrevenida», y la tremenda disparidad técnica y voluntad política entre los Ayuntamientos españoles, el Consejo Nacional de Empadronamiento da varias directrices, que sobre la marcha se van aclarando a través de circulares interpretativas que van descendiendo a una casuística imposible de abordar, además de que limita los medios legales de aportación de pruebas que permite el ordenamiento jurídico<sup>400</sup>, pues no hay base legal para que una circular o nota aclaratoria dé mayor validez probatoria a la estancia de un certificado médico si es público frente a si es privado; o bien a la validez de un billete de avión donde de manera personalizada se indica el destino del pasajero y su fecha de llegada, sin que el mismo esté siendo admitido como válido para conseguir el empadronamiento por omisión; como igualmente ocurre con un acta notarial de manifestaciones o de otorgamiento de poderes que exige la comparecencia personal ante el notario quien da fe, y cobra por ello, de que dicho extranjero estaba ante su presencia en el lugar y fecha del acta, sin que lo que resulta válido y admisible en nuestro Ordenamiento con carácter general, tampoco se quiera admitir en virtud del «calado» jurídico de unas notas aclaratorias que entendemos de cuestionable valor. Por lo que una vez más, será el criterio jurisprudencial, a través de las resoluciones que vayan resolviendo los recursos que se interpongan, el que con mejor tino vele por los derechos de las personas y por una más integral interpretación del Ordenamiento Jurídico acorde con otros preceptos, con el sentido histórico y social y con el espíritu de las normas que resultan aplicables<sup>401</sup>. A ello se agrava, que la modificación interpretativa de los documentos, no fue acompañada de una modificación en los plazos de presentación de solicitudes que debieron de ampliarse varias semanas más, evitándose así colas e incomodidades de última hora.

<sup>400</sup>. Véase en este sentido el artículo 80 y ss. de la Ley de RJAP y Procedimiento Administrativo Común.

<sup>401</sup>. De conformidad con los principios interpretativos del artículo 3 del Código Civil, aplicables a todo el Ordenamiento Jurídico.

Y todo ello, sin perder de vista, los agudos análisis que han realizado algunos autores<sup>402</sup>, sobre la falta de eficacia y validez jurídica de las Notas aclaratorias de la presidenta del Instituto Nacional de Estadística, no resultando realmente las mismas de carácter vinculante para los Ayuntamientos, lo que supone dar pie a una gran incertidumbre jurídica, a la dispersión en la práctica administrativa cercana a la discrecionalidad y, por supuesto, a ir en contra del principio de jerarquía normativa y del principio básico de la seguridad jurídica.

Otro de los reproches a este proceso ha sido el «coste cero» para los empresarios que han actuado vulnerando la legalidad previamente. Es decir, se trata de una ley de amnistía general para los defraudadores de obligaciones fiscales y sociales respecto a los trabajadores extranjeros extracomunitarios en situación irregular. Y nos parece que en un Estado de Derecho no se debe primar al incumplidor de sus obligaciones frente a quien vela por las mismas.

Pero claro, todo parte de una falta de ideas claras. Recordemos como inicialmente se habló de la necesidad de que el trabajador denunciara al empresario, luego de que éste tendría que abonar las cotizaciones a la Seguridad Social dejadas de pagar una vez fuese acreditada la anterior relación laboral... Pero todos estos «globos sonda» que crearon alarmismo entre los empresarios que se veían víctimas de la desidia de la Administración y excesiva burocracia de la misma; y de otro lado de las asociaciones civiles de defensa de los inmigrantes que dibujaban un panorama de fractura social por la exigencia de denuncia al empresario que económicamente le estaba manteniendo.

En cualquier caso, y en esta línea argumental, al final se deja en la mayoría de los casos el éxito de la concesión de la autorización administrativa de residencia y trabajo al trabajador extranjero, a la buena voluntad del empleador que deberá de afiliarlo y darlo de alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes, con lo cual nos podemos encontrar con miles de solicitudes concedidas y no efectivas por carecer de la posterior afiliación y alta, con los irreparables perjuicios que ello supone al extranjero solicitante, siempre la parte más vulnerable quien, nos tememos que en muchos casos, será el que se haga cargo a su costa de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social ante el miedo de no ser dado de alta.

Hubiese sido de interés, dada la realidad de la inmigración que va vinculando familiares al trabajador, que junto a la normalización de los trabajadores extranjeros, también se dispusieran de unos criterios especiales para la reagrupación de los familiares extranjeros indocumentados que encontrándose en España antes del 8 de agosto de 2004 estuvieran vinculados como familia nuclear, ascendientes o descendientes del trabajador extranjero normalizado. Ha sido otra ocasión perdida.

---

402. Véase el estudio doctrinal de HELDU publicado en internet, en la página de extranjería del Real e Ilte. Colegio de Abogados de Zaragoza, [www.reicaz.es/extranjeria](http://www.reicaz.es/extranjeria).

Finalmente, también se ha criticado, que se haya dejado al margen del proceso de regularización toda la actividad por cuenta propia. Siendo cada vez mayor el colectivo de quienes se dedican a la venta ambulante, negocios de bazares, hostelería, locutorios, autónomos que trabajan con contratos mercantiles para otras empresas, etc. que podían haber encontrado su encaje en este procedimiento. Así como situaciones especiales transitorias que han podido concurrir en los tres meses de normalización respecto de aquéllos en quienes se cumpliesen los requisitos de estancia y carencia de antecedentes penales, pues hubo personas que por su situación de embarazo, enfermedad o desempleo quedaron fuera de este proceso extraordinario que debió contemplar estos casos.





**IX CONTRATO DE TRABAJO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EXTRACOMUNITARIO  
SIN AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR**



## IMPORTANCIA

Vivimos en España una etapa de crecimiento económico y de desarrollo social ya prolongada, superior a la media de los países de la comunidad europea. Dicho crecimiento en todos los órdenes, desde la creación de empleo, expansión del mercado exterior, aumento del consumo interno, potenciación de sectores como la construcción, etc. sin embargo mantiene algunos déficits importantes como son la existencia de un importante nivel de economía subsidiada; o un tramo importante de economía sumergida<sup>403</sup>. En ese caldo de cultivo, encuentra su razón de ser un fenómeno persistente en nuestro país y de gran alcance por las consecuencias que conlleva en todos los niveles y que venimos a conceptualizar como la «irregularidad laboral»<sup>404</sup> de los extranjeros extracomunitarios, que obliga a la doctrina jurisprudencial y laboral a analizar la validez y los efectos de dicha relación contractual, que tiene cualitativamente una gran importancia por lo que afecta a los derechos de las personas trabajadoras extranjeras, y cuantitativamente porque España es el tercer país europeo<sup>405</sup> con más inmigración irregular, tras Francia e Italia. Lo que es difícil de calcular, pero nótese como las previsiones gubernamentales en el proceso de regularización de la Disposición Transitoria Tercera del R. D. 2393/2004 tenían un alcance de 800.000 a un millón de per-

403. Algunos informes del Consejo Económico y Social hablan de un 12 ó 14 % como media estatal, y un informe del Consejo Económico Social de Andalucía del año 2003 incluso refiere para esta Comunidad hasta un 25% de actividad económica no declarada y, por tanto, sustraída a obligaciones fiscales, controles laborales y administrativos.

404. Según expresión de VALDUEZA BLANCO, M. D.: «Las situaciones administrativas e los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, tomo II-2003, pág. 167; y que ella misma define como la situación de «quienes ejercen una actividad lucrativa sin la correspondiente autorización para trabajar».

405. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2002, pág. 26.

sonas, lo que además resulta avalado con las últimas cifras del padrón. Incluso hay quienes piensan<sup>406</sup> que el peso de la población trabajadora extranjera sin la preceptiva autorización se subestima y podría llegar a duplicar el porcentaje de la legal (lo que para España representaría en torno al 6% de la población activa o que participa en el mercado de trabajo, pues la legal gira en torno al 4%), lo que además lleva a un tratamiento necesario no ya sólo por razones humanitarias sino de política económica como la tributación fiscal, la contribución al levantamiento de las cargas sociales y la evitación de una competencia desleal e ilegal entre los propios empresarios<sup>407</sup>.

No en vano, se han producido en España numerosos procesos de regularización de trabajadores extracomunitarios indocumentados<sup>408</sup> que no ha frenado dicha situación pese a las medidas de control de fronteras, convenios de repatriación y endurecimiento de las políticas de inmigración. Dada la situación de estas decenas de miles de personas en situación irregular, cuyo fin principal es encontrar un empleo que mejore su situación económica de necesidad y endeudamiento en la que se encuentran ellos y sus familiares, se plantea en el campo del Derecho del Trabajo una problemática jurídica compleja: ¿qué sucede cuando el empresario emplea a uno de estos trabajadores sin reunir los preceptivos permisos o autorizaciones que para ello son necesarios?<sup>409</sup> Hay que analizar la capacidad, la validez y la eficacia que el mismo despliega, sin perder de vista las reformas y previsiones legales, y el ámbito de los derechos sustantivos laborales, y el de las prestaciones en materia de Seguridad Social.

## ANTECEDENTES

### Legales

Desde el punto de vista normativo, hay que ir conjugando en una interpretación integradora del ordenamiento jurídico los distintos preceptos existentes de alcance general en materia de contratación laboral<sup>410</sup> con los referidos concretamente al trabajo de extranjeros extracomunitarios. En este sentido, el artículo 7 del Decreto

406. MOLINA NAVARRETE, C. «Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social» op. cit. pág. 155.

407. RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 8, 2001, págs. 14 y 15.

408. Introducir estadísticas oficiales del Ministerio.

409. Véase en este sentido el trabajo de HIERRO HIERRO, F. J.: «La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 1/6, de abril de 2003, pág. 299 y ss.

410. Incluso si se quiere, en relación con los preceptos civiles de la prestación de servicios y de las obligaciones recíprocas, de los que naturalmente trae causa y origen el desarrollo normativo de la relación contractual laboral.

de Extranjería de 1968 establecía que la validez del contrato quedaba «afectada» si no se concedía previamente el correspondiente permiso<sup>411</sup>. Lo que había que poner en relación por su parte con el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores, que bajo el epígrafe de la Capacidad para contratar, establece que «podrán contratar la prestación de su trabajo: c) los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia». Y la misma, venía dada por la Ley Orgánica de Extranjería 7/85 de 1 de julio, cuyo artículo 15.1 exigía que «los extranjeros, mayores de 16 años que deseen fijar su residencia en España (puedan) ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que tendrá una duración máxima de 5 años». Exigencia reiterada en el artículo 33 del R. D. 1109/1986 y posteriormente en el artículo 71 del R. D. 155/1996, y que si bien no afectan a la capacidad de contratar, sí atañen a la validez del contrato de trabajo.

La entrada en vigor de la L. O. 4/2000, se enfrentaba de nuevas a esta situación de una manera directa y desconocida hasta entonces. El artículo 33.1 exigía la solicitud del permiso de trabajo a los extranjeros que desearan trabajar en España. Pero el artículo 33.3. señalaba que los empleadores que contraten a un trabajador deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contrato 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». Pese a lo que pudiera parecer a primera vista, dicha reforma no añade nada a lo anterior<sup>412</sup>.

Se ha criticado mucho la técnica legislativa utilizada en este precepto, bastante confusa e incorrecta. Nótese, como el párrafo primero habla de la necesidad de la solicitud, no del permiso de trabajo. Igualmente habla de «los empleadores que contraten» en lugar de los «que deseen contratar». Y una interpretación literal del artículo evidenciaba que el párrafo primero y tercero preveían dos autorizaciones distintas: la del párrafo tercero era una autorización de la que debían proveerse los empresarios, por lo que la referencia a que su falta no implicaría la invalidez del contrato, no se refería al permiso.

411. REDONDO HERMIDA: «El contrato de trabajo de extranjeros sin permiso», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 25/1985, ref. 642, pág. 1.271 y ss. donde realiza un análisis del alcance histórico de este precepto con una perspectiva crítica del mismo.

412. Ésta es la opinión al menos manifestada por TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002», en *Rev. Actualidad Laboral* núm. 10, marzo-2003, *La Ley*, págs. 162 y 163.

## Doctrinales

La posición de la doctrina y los tribunales, fue consolidar una doctrina nacida antes de la L. O. 7/85 en pro de la nulidad del contrato de trabajo suscrito sin permiso de trabajo, ahora llamado autorización<sup>413</sup>.

Los argumentos que se manejaban<sup>414</sup> eran el art. 7 c) del E. T., en relación con el artículo 6.3 del C. C. por el que 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». La carencia del permiso de trabajo era así una infracción de la norma prohibitiva del art. 15 L. O. 7/85 dando lugar a dicha nulidad. Lo que además se ponía en relación con el artículo 1.275 del Código Civil de quienes esgrimían la ilicitud de la causa del contrato por ser contrario a las leyes. La consecuencia principal de la nulidad del contrato era que el acto de finalizar el contrato por el empleador no se consideraba despido, y los únicos efectos se limitaban a lo establecido en el artículo 9.2 del E. T., que consagra el derecho a la remuneración del trabajo realizado.

Esta interpretación, llevaba a una situación tremendamente injusta por cuanto un extranjero podía ser cesado libremente sin percibir ningún tipo de remuneración, mientras a otro trabajador con permiso en las mismas circunstancias cabría aplicarle las normas sobre causalidad del despido y las correspondientes indemnizaciones, que en aquel caso el empresario se ahorra, viéndose premiado e incentivado a contratar personas extranjeras sin documentación lo que iba a suponerle un menor coste económico y, casi siempre, una situación de abuso laboral en los demás aspectos reguladores de dicha relación laboral, como horarios, descanso, vacaciones, medidas de seguridad, etc. Pese a todo ello, la práctica totalidad de la doctrina se mantenía unánime en dicha interpretación de nulidad en este primer estadio<sup>415</sup>.

Sin duda, cuando la interpretación de la norma lleva a conclusiones contrarias al sentido común y a los principios de la justicia a los que está llamada a servir, se puede comentar que rechina jurídicamente aquel planteamiento y que existe una falta de rigor de esta posición desde el plano técnico-jurídico.

Efectivamente, quebraba de un lado el argumento derivado de la interpretación del artículo 7.c) del E. T. en cuanto a la falta de capacidad para contratar, que

413. MOLINA NAVARRETE, C.: «Las reformas en el régimen jurídico-laboral...», op. cit. Realiza un discurso sobre la diversa terminología empleada por el legislador «que no sabe muy bien cómo denominar esta técnica autorizatoria».

414. RAMOS QUINTANA, M. I.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989; MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCÍA, M. L y CARRASCOSA GONZÁLEZ: en «*Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980-1992)*», Comares, Granada, 1993, entre otros muchos.

415. CHARRO BAENA, P. y NAVARRO GALLEL, C.: «El trabajo de los extranjeros en España», en *La Inmigración. Derecho español e internacional*, AA.VV., Bosch, Barcelona, 1995, pág. 392.

nunca puede dar lugar a la nulidad del contrato sino a su anulabilidad (artículo 1.301 del C. C.) que además sólo puede ser instada por el incapaz una vez adquirida o recuperada la capacidad o por su representantes (artículo 1302 del C. C.). No parece que la protección del trabajador extranjero y su consideración como incapaz fuese el fin previsto<sup>416</sup> y querido por nuestro ordenamiento. Existe una confusión creada al tratar como una falta de capacidad lo que es una cuestión de autorización administrativa<sup>417</sup>, siendo la capacidad una condición intrínseca de la persona que se adquiere con la edad y que para su limitación o pérdida es necesaria la intervención judicial de incapacitación<sup>418</sup>. De ahí que no pueda declararse incapaz al extranjero sin permiso de trabajo, lo que nos llevaría a hablar más que de nulidad, de anulabilidad<sup>419</sup>.

Respecto del artículo 6.3 C. C. parece de correcta aplicación al existir el quebranto de una norma de orden público como era la obligatoriedad de proveerse del correspondiente permiso de trabajo. Sin embargo, la doctrina civilista reducía el automatismo en su aplicación, reservándolo cuando cualquier otra aplicación fuere insuficiente<sup>420</sup>, clasificando los actos contrarios a la ley en tres grupos: aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad puede decretarse incluso de oficio; aquéllos en que la propia ley disponga su validez, debiéndoseles reconocer validez a dichos actos *contra legem*; y aquellos actos que contraríen algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiéndose analizar la índole y finalidad del precepto contrariado, así como los móviles y naturaleza y efectos previsibles de los actos realizados para concluir declarando válido el acto pese a la infracción legal, salvo que el mismo se estipulara como gravemente contrario a la ley, a la moral o al orden público<sup>421</sup>. Y en ello que no podemos olvidar que el artículo 6.3 C. C. predicaba la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que contemplasen un efecto distinto para el caso de contravención. Y esa salvedad encuentra su acomodo en las disposiciones laborales, en especial en el artículo 9.2 del E. T.<sup>422</sup> Y en este sentido el efecto final que se consigue, además, con aplicar la nulidad es perverso, pues deja indefenso al trabajador, facilita el enriquecimiento injusto del empresario, la competencia desleal, etc.

416. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las consecuencias contractuales...» vid supra pag. 161.

417. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «Capacidad para contratar, en torno al artículo 7», en *Rev. Española del Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 329. Y también del mismo autor «Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores», Círculo de Empresarios, Pirámide, Madrid, 1980, pág. 122.

418. DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «*Sistema de Derecho Civil*», Tecnos, Madrid, 1988, vol. II, pág. 41.

419. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 8, 2001, pág. 7.

420. PASQUAU LIAÑO, M.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, tomo I, arts. 1 a 1.087, Comares, Granada, 2000, pág. 60.

421. Criterio determinado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de octubre de 1987.

422. Art. 9.2 E. T. «En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido».

Ya hemos dicho que la reforma de la L. O. 4/2000 no añade nada nuevo a lo anterior y que de una interpretación literal del párrafo primero y tercero del art. 33.3 se hablaban de dos autorizaciones distintas<sup>423</sup>, manteniéndose la construcción jurisprudencial de la nulidad.

La jurisprudencia, de modo abrumadoramente mayoritario, también se había pronunciado a favor de la nulidad de pleno derecho tanto por la trasgresión de una norma imperativa, como por la falta de capacidad<sup>424</sup>. La jurisprudencia en este sentido mantenida de manera uniforme por el Tribunal Supremo<sup>425</sup> e incluso por el Constitucional<sup>426</sup> fue seguida por los Tribunales Superiores de Justicia prácticamente sin fisuras. Algunas, hasta el punto de declararse incompetentes por razón de jurisdicción al interpretar que no existía relación laboral.

En materia de accidentes de trabajo, afortunadamente la doctrina jurisprudencial ha ido madurando su inicial carácter restrictivo que, ante las penosas y dramáticas situaciones de trabajadores extracomunitarios sin más recursos ni redes sociales de apoyo, aplicaba de manera inexorable el arquetipo dogmático olvidándose de la realidad social llamada a regular y de los principios básicos del ordenamiento jurídico, en el que la justicia debe estar llamada a jugar un papel fundamental. Así, hubo tribunales que llevaron hasta sus últimos extremos la calificación de nulidad del contrato de trabajo, motivo por el cual el mismo carece de efectos entre las partes y frente a terceros<sup>427</sup>.

Lo que resultaba contrario a una interpretación integral del ordenamiento jurídico, que debía rechazar la calificación de inexistencia de la relación laboral basándonos en la interpretación del Estatuto de los Trabajadores<sup>428</sup>, que determina su ámbito de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Postulado que mantiene su correspondencia en el apoyo jurisprudencial de sentencias que estudian la nulidad del contrato de trabajo para cuando el extranjero carece del correspondiente permiso, pero que mantienen la existencia de la relación laboral<sup>429</sup>.

423. De la misma opinión son ARTARLOA HUARTE-MENDIOCA, I., CHARRO BAENA P., RUIZ DE HUIDOBRO CARLOS, J. M. en el *Informe urgente sobre la aplicabilidad de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social al momento de su entrada en vigor*, Imerso, pág. 63, y LUJÁN ALCARÁZ, J.: «El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», en *Actualidad Social*, 2000, pág. 21.

424. FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: «Dos cuestiones a tratar: la revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal «ad quem» y el despido de extranjeros sin permiso de trabajo», en *Rev. Actualidad Social*, núm. 12, 2002, pág. 40.

425. Sentencias del Tribunal Supremo de 15.02.1983, de 23.02.1983, de 20.11.1985, 29.09.1986 ó 1.06.1987.

426. La S. T. C. de 23.11.1984 (R. T. C. 1984, 107).

427. La sentencia del T. S. J. de Aragón de 14 de septiembre de 1995.

428. Véase artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado en su texto refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo.

429. Entre otras, las sentencias del T. S. J. de Castilla y León, sede Valladolid, de 17 de enero y 25 de septiembre del año 2000.



Y también se dan aquellas sentencias que negando la mayor, es decir la validez del contrato que da origen a la relación laboral, sin embargo reconocen el derecho del trabajador extranjero en situación irregular a cualesquiera de las prestaciones que pudieran derivarse de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, aun cuando ni tan siquiera se hubiese solicitado el referido permiso, con argumentaciones diversas para sustentar dicha postura, que van desde el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones de filiación y cotización en la seguridad social<sup>430</sup>, a las que recurren al Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>431</sup>.

Finalmente, respecto al derecho de percibir las prestaciones por desempleo, existe menos jurisprudencia, ya que la Ley General de la Seguridad Social<sup>432</sup> incluye entre las personas protegidas por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas. Con la especial incidencia en el régimen especial agrario para los trabajadores por cuenta ajena, a partir de la reforma legislativa de medidas urgentes de reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad<sup>433</sup> en las que se le reconoce el derecho de la prestación por desempleo.

## **NUEVA REGULACIÓN NORMATIVA: L. O. 8/2000 DE REFORMA DE LA L. O. 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL**

### **Interpretación de la doctrina**

La modificación de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley 8/2000 supuso un cambio significativo a nivel legal. Puesto que en el artículo destinado a la autorización para la realización de actividades lucrativas<sup>434</sup>, se establecía 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».

430. Las sentencias del T. S. J. de Cataluña y de Murcia de 25 de abril de 1997 y 4 de octubre de 1999. Si bien se podría discutir sobre la validez de dicha argumentación, contraponiéndola a la normativa de la Seguridad Social que prohíbe tal afiliación, y la consiguiente cotización, ante la falta de la preceptiva autorización administrativa.

431. La sentencia del T. S. J. de Andalucía en Granada, de fecha 7 de enero de 1998. Con un estudio completo la sentencia del T. S. J. del País Vasco de 10 de octubre de 2000, y la del T. S. J. de Cataluña de 5 de septiembre de 2001.

432. Artículo 205 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba del Texto Refundido de la Ley Gral. de la Seguridad Social.

433. Dado por el Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de mayo, que posteriormente fue derogado por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre.

434. El nuevo texto del artículo 36.3, de la L. O. 8/2000, de 22 de diciembre, viene a sustituir al artículo 33.3 de la L. O. 4/2000 de 11 de enero.

Aunque algunos entendieran que prácticamente nada había cambiado y que debían mantenerse los criterios que llevaban a la nulidad del contrato de trabajo de un extracomunitario sin autorización de trabajar<sup>435</sup>, si bien manteniendo que dicha nulidad no podía proceder de la falta de capacidad del artículo 7.c) del E. T. Otro sector doctrinal abogaba por entender que realmente se había producido una modificación sustancial y se podía mantener la validez del contrato, pero sólo a los efectos del reconocimiento de todos los derechos del trabajador derivados de la existencia de dicha relación contractual<sup>436</sup>. No hay que perder de vista que el contrato suscrito entre el extranjero sin permiso y el empresario, tanto antes como después de la L. O. E., cumple con todos los requisitos que el artículo 1.261 recoge para un contrato válido: esto es consentimiento, objeto y causa. Por lo que el contrato es válido<sup>437</sup>.

Y una tercera postura intermedia, propugna una nulidad que llama «relativa», matizada, partiendo de la nulidad radical del contrato de trabajo derivada del artículo 6.3 del C. C, sin embargo le reconoce determinados efectos<sup>438</sup>. La dosis de oscuridad del precepto no tiene porqué implicar una falta de eficacia jurídica y cabe aportar criterios en la interpretación. Como por ejemplo, que resulta coherente que el trabajador no quede perjudicado por una declaración de nulidad debida a una omisión empresarial<sup>439</sup>, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 80 del R. D. 864/2001 de 23 de julio, se atribuye al empleador la legitimación para solicitar los permisos de trabajo iniciales, siendo la renovación del permiso responsabilidad del trabajador<sup>440</sup>.

## DERECHOS SUSTANTIVOS DERIVADOS DEL CONTRATO

Hay tres posibles interpretaciones respecto de la clase de derechos que emanan del contrato del trabajador extranjero sin permiso ni autorización de trabajar: los que se derivan de la relación estricta entre las partes que al amparo del 1.261 C. C. y del E. T. no parecen ser cuestionables: como salario, antigüedad, complementos, vacaciones, descansos, etc. Los derechos derivados del despido son de apreciación contradictoria en entre la doctrina<sup>441</sup>.

435. Como sería el caso del análisis que a su juicio resulta mayoritario en opinión de HIERRO HIERRO, F. J.: «La eficacia del contrato de trabajo...» op. cit. pág. 317.

436. RAMOS QUINTANA, M. I.: «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», en *XII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Santander, 2001, págs. 70-71.

437. CHARRO BAENA P.: Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre «, en *Rev. Tribuna Social*, núm. 133, 2002, pág. 135.

438. GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: «Notas sobre la nulidad relativa...» op. cit. pág. 6.

439. Defiende esta postura TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «En las consecuencias contractuales de la falta...» op. cit. pág. 167.

440. Según recogía el artículo 80.a) R. D. 864/2001 de 23 de julio, que desarrollaba el Reglamento de Extranjería y que fue derogado por el R. D. 2393/2004.

441. MOYA ESCUDERO, M.: «Autorización para la realización de actividades lucrativas» en AA.VV., *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pág. 223 defiende que no proceden tales derechos, como igual ocurre con CAIROS BARRETO M. D.: «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con

Los derechos del trabajador extranjero que resultan afectados por esta previsión normativa<sup>442</sup> son todos los derechos laborales y de Seguridad Social cuyo origen se encuentra en el propio contrato de trabajo. El problema surge cuando esos derechos, son expresamente denegados por la propia legislación de extranjería, como sucede con el derecho de huelga o sindicación según el tenor de la L. O. 4/2000 y L. O. 8/2000. Según parte de la doctrina<sup>443</sup>, una vez declarada la validez del contrato, éste debe producir efectos respecto a todos los derechos del trabajador extranjero, incluidos también aquéllos que son atribuidos sólo a los trabajadores en posesión del permiso de trabajo. Dejando las consecuencias de la falta de permiso entre empresario y trabajador, dentro del ámbito de la infracción administrativa<sup>444</sup>. Sin embargo, otros autores en una interpretación sistemática de la norma con el art. 11 de la L. O. E. indican que los derechos de la libre sindicación y huelga, sólo pueden ejercerlos los extranjeros con permiso.

### EL DERECHO VIGENTE: LA L. O. 14/2003 DE 20 DE NOVIEMBRE<sup>445</sup>

Avanzada la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la validez del contrato de trabajo y las consecuencias del accidente de trabajo y del despido, se produce una nueva reforma en el artículo 36.3 L. O. E., bajo el siguiente tenor literal: «La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

Afecta como novedad fundamental el precepto, a dos materias: la validez de los derechos laborales sustantivos y las prestaciones ante la Seguridad Social que pudieran corresponderle al trabajador.

### Derechos laborales sustantivos

Doctrinalmente<sup>446</sup> debe afirmarse que los «derechos del trabajador» de que habla el artículo 36.3 L. O. E. son los exigibles por todo trabajador a su empleador; todo aquello de que éste debe responder frente a sus trabajadores por causa de la relación

---

un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena». Comunicación presentada *al XII Congreso Nacional de la Asociación Española del Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8-9 de junio de 2001. En sentido contrario, se manifiesta GÓMEZ ABELLEIRA F. J.: «Notas sobre la nulidad relativa...» op. cit. pág. 6.

442. CAMÓS VICTORIA, I.: «Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar», en *Rev. Relaciones Laborales* núm. 12, de junio de 2004, págs. 35 y ss.

443. CAMÓS VICTORIA, I.: «Los efectos jurídicos de la falta...» op. cit. pág. 51.

444. MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo como infracción administrativa», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 29, 2001, págs. 601-617.

445. BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

446. GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «Validez y efectos del contrato de trabajo...» op. cit. pág. 24.

laboral. Si en lo relativo a los salarios, incluida la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, la jurisprudencia<sup>447</sup> ha reconocido los derechos de los trabajadores en situación de irregularidad laboral.

Sin embargo, con los efectos del despido improcedente o nulo surge la polémica en cuanto a la posibilidad de la readmisión elegida por el trabajador sin permiso de trabajo. La jurisprudencia es contradictoria en esta materia. A favor de la readmisión encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, que confirma la sentencia del T. S. J. de Cataluña de 30 de mayo de 2002<sup>448</sup>. Sin embargo el propio T. S. J. de Cataluña ha mantenido en otra sentencia de 14 de mayo de 2002<sup>449</sup> la necesidad de limitar la condena al empresario al pago de la indemnización, más los salarios de tramitación, «sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto de unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo, y a salvo de que alguno de ellos pueda haberlo obtenido al hacerse efectiva una eventual readmisión».

Sin embargo, la jurisprudencia va paulatinamente abriendo caminos, y aunque no deja de sorprendernos, traemos a colación una sentencia<sup>450</sup> reciente de jurisprudencia menor en la que discrepando de lo dicho hasta ahora, reconoce a un trabajador extranjero sin papeles, la improcedencia del despido. Y le faculta de acuerdo con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del trabajador o la extinción del contrato con abono de la indemnización correspondiente. Lo que nos abre otro campo de dudas, en lo referente a la viabilidad de readmitir judicialmente a un trabajador sin autorización, ¿incurriría en el régimen sancionador por cumplimiento de una resolución judicial? Creemos que la opción no es real, sino perversa al sistema legal, y que sólo cabe la indemnización.

La misma contrariedad surge entre los diferentes autores, ya que unos a favor de la readmisión no quieren dar ventajas al empresario que voluntariamente no quiso contratar. Y mantienen que la práctica comparada demuestra que es difícil lograr la eliminación de la inmigración ilegal si no se evita que la situación de desprotección del inmigrante ilegal se constituya en motivo frecuente para la contratación abusiva de esos trabajadores y el que resulte rentable al empresario la contratación del inmigrante ilegal, por su mucho menor coste<sup>451</sup>.

447. En este sentido la sentencia del T. S. J. de Cataluña de 10 de julio de 2002, en la Ley Juris 1250411/2002.

448. Pueden verse en los repertorios de jurisprudencia La Ley, reseñadas respectivamente como 623/2004 y 1200684/202.

449. Véase en el repertorio de la Ley de Jurisprudencia núm. 1151374/2002.

450. Sentencia dictada en los Autos de Despido Improcedente núm. 215/05 por el Juzgado de San Sebastián, el día 10 de mayo de 2005.

451. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER: «El derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Santander, 2001, pág. 86.

De otro lado, sin embargo, no tiene sentido interpretar el artículo 36.3 de forma que contradiga el resto de las previsiones de la L. O. E.<sup>452</sup>. Una interpretación sistemática e integradora de la L. O. E. en los apartados 1 y 3 del art. 36 llevaría a la conclusión de que entre los derechos del trabajador a que se refiere el apartado 3 no puede incluirse el derecho a la readmisión en despidos nulos, porque ello supondría alterar el sistema legal basado en la obligatoriedad de la autorización administrativa para que el trabajador extranjero extracomunitario pueda prestar servicios laborales. Distinto es que el plano de *lege ferenda* es legítimo proponer «la supresión de la exigencia de permiso administrativo para poder acceder a un puesto de trabajo»<sup>453</sup>.

Aunque al principio pudiera parecer una propuesta un tanto descabellada, hay que tener en cuenta que en materia de denegaciones de autorizaciones de trabajo y residencia se va paulatinamente consolidando por una amplia jurisprudencia que como medida provisional, no sólo se suspenda la salida obligatoria aneja a la denegación de la autorización, sino que también se están reconociendo con carácter transitorio la existencia y validez de las autorizaciones de trabajo solicitadas, pendientes del fallo judicial en sentencia al término del procedimiento. Por lo que los tribunales van modificando las previsiones legales a pasos agigantados acomodándolas a la realidad social.

### La seguridad social contributiva

Debemos preguntarnos el alcance del nuevo precepto legal a los trabajadores sin permiso ¿cuáles son las prestaciones que pudieran corresponderles?

#### *La obligación de cotizar*

Desde la doctrina

Partimos de la restricción que impone el artículo 10.1 L. O. E., que permite el acceso de los extranjeros al sistema de la Seguridad Social respecto de aquéllos que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen. El artículo 7.1 de la L. G. S. S. no deja lugar a interpretaciones distintas cuando establece que quedan comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de prestaciones de modalidad contributiva, los extranjeros que residan o se encuentre legalmente en España<sup>454</sup>. La doctrina, aun con ciertas fisuras y hay quien

452. En este sentido TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Reforma y contrarreforma...» op. cit. pág. 265.

453. Como propone RAMOS QUINTANA en su ponencia «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica» en *el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Santander, 2001, págs. 77-82.

454. Ya hemos traído a estas páginas más arriba, el art. 42 del R. D. 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento Gral. sobre Inscripción de empresas y afiliación altas, bajas, y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, en el mismo sentido. Así como la Circular de 13 de febrero de 2001 de la Tesorería General de la Seguridad Social.

se muestra tajante<sup>455</sup> al manifestar «la insoslayable exigencia del permiso de trabajo como presupuesto de la afiliación».

Concluida la imposibilidad de afiliación y alta del trabajador extranjero no autorizado, y por tanto de la imposibilidad de cotizar él y su empresario. Sin embargo, existen otros autores<sup>456</sup> para quienes existe la posibilidad de instar el reconocimiento de la obligación de cotizar por aplicación del artículo 106 L. G. S. S. 1994 y por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto y de cumplimiento de lo debido.

Partiendo como premisa de lo dispuesto en el artículo 106.1 L. G. S. S. 1994 en el que se dispone que la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el periodo de prueba, con independencia de las obligaciones de afiliación, alta y baja en el sistema<sup>457</sup>, y teniendo en cuenta además que a efectos retributivos es válido el contrato del trabajador extranjero sin autorización, no parece desacertado concluir que es igualmente exigible el abono de las cotizaciones correspondientes a ese trabajo realizado que, en definitiva, habilitaría al trabajador para poder gozar, en gran medida, de las prestaciones a que tuviera derecho si cumpliera los requisitos exigidos en cada una de ellas, con independencia de su inclusión plena en el sistema de la Seguridad Social, pero evitándose así el enriquecimiento injusto que puede suponer la exención de la obligación de cotizar como consecuencia de la declaración, no exenta de polémica, de nulidad del contrato de trabajo.

Partiendo de las sentencias del Tribunal Supremo Sala IV de 9 de junio y 7 de octubre de 2003, que han abordado el problema de las prestaciones sociales respecto a los accidentes de trabajo de los que son víctimas los emigrantes sin permiso de trabajo. En nuestro ordenamiento la protección de los accidentes laborales se basa en las responsabilidades objetivas del empresario, por lo que éste debe hacerse cargo de las prestaciones correspondientes, ya que no ha podido válidamente asegurar al trabajador irregular dentro del sistema de la Seguridad Social, no estando tan claro si el I. N. S. S. está obligado a anticipar esa prestación, pese a que el trabajador accidentado ni está en alta, ni podía estarlo al carecer de autorización. En las sentencias citadas, el contrato de trabajo del trabajador extranjero no autorizado no es nulo, y por ello, no puede verse

455. MERCADER UGUINA J. R.: «La protección social de los trabajadores extranjeros», en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Santander, 2001, págs. 26 y 27. Si bien CAMOS VICTORIA, I. en el mismo Congreso mantiene una posibilidad de alta y cotización de los trabajadores laboralmente irregulares.

456. CAMÓS VICTORIA, I.: «Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar», en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 12, junio de 2004, pág. 54 y ss.

457. MORENO VIDA, M. N.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, tomo 1, art. 106, Granada, 1999, pág. 1047. En el que señala que el art. 106.1 L. G. S. S. establece la obligación de cotizar que nace con absoluta independencia de la afiliación del trabajador, ya que el presupuesto de hecho exigido legalmente es el inicio de la prestación del trabajo, con independencia del cumplimiento de las obligaciones formales de afiliación, alta y baja.

el mismo privado de una protección que en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo, argumento que jurídicamente se completaba con la referencia al Convenio núm. 19 de la O. I. T. que establece la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en materia de accidentes de trabajo, lo que resulta cuestionable<sup>458</sup> porque ni el convenio aludido, ni el convenio bilateral referente en la sentencia comprenden a los trabajadores sin permiso, no respondiendo en conclusión la gestora pública, que no ha incumplido obligación alguna en la materia, frente a la responsabilidad del empresario en el caso del accidente laboral como protección inherente al contrato de trabajo, aunque se carezca de autorización.

Lo que sí parece claro, que con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, cuando se realiza el añadido al art. 36.3.2º en el sentido de que tampoco será «obstáculo para la obtención de las prestaciones que puedan corresponderle», es que ya no se trata solamente de la cobertura en el caso de las prestaciones por accidente de trabajo, sino de todas las prestaciones de la Seguridad Social, lo que supone directamente aceptar que el empresario tendrá que cotizar por los extranjeros irregulares y que esas cotizaciones serán válidas a efectos de las prestaciones. Por lo que aun cuando emerjan de la clandestinidad, se puede decir que estamos ante unas prestaciones y relaciones normales de la Seguridad Social.

Pero para que no parezca todo tan sencillo, y ante la proliferación desinhibida de normas, días después de publicarse la reforma antes mencionada dada por la Ley 14/2003, se publicó la Ley 61/2003, de acompañamiento, en cuyo artículo 48 se establece que cuando se sancione a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización, la multa que se le imponga se le incrementará con la cantidad que hubiese tenido que ingresar por las «cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación de trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que conste dicha prestación de servicios». Con lo cual ya no estamos en el escenario de la cotización con recargo, sino de la sanción administrativa. Por lo que la doctrina se pregunta<sup>459</sup> si el empresario infractor tendrá que pagar dos veces las cuotas, unas como multa y otra como cotizaciones con recargo, lo que no parece acertado por el mismo principio del *non bis in idem*. Debiendo determinarse en sede jurisprudencial o ante una nueva reforma legal, cual de las dos regulaciones prevalece, porque de ello depende que los trabajadores extracomunitarios sin autorización para trabajar pero con relación laboral, gocen de las prestaciones de la Seguridad Social plenamente con la primera de las normas, o carezcan de las mismas si aplicamos la ley de acompañamiento.

---

458. DESDENTADO BONETE, A.: «El accidente de trabajo del extranjero sin papeles», en *Diario La Ley*, año 25, núm. 5.974 de 12 de marzo de 2004, págs. 1-2.

459. DESDENTADO BONETE, A.: «El accidente de trabajo...», *op. cit.* pág. 2.

A mi entender, quedando claro que debe recabarse la cotización exigible desde que existe relación laboral, debe prevalecer la redacción actual del art. 36 en su redacción dada por la L. O. 14/2003, tanto por el principio de jerarquía normativa al tratarse de una ley de carácter orgánico frente a una ordinaria, por el principio del Estado social que inspira nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 1.1. de nuestra Constitución, por la interpretación literal del citado precepto obligada conforme al artículo 3.1 Código Civil<sup>460</sup>, debiendo armonizar dicha interpretación con lo dispuesto en la Ley 61/2003 interpretándolo en el mismo sentido no como una doble multa, sino la multa por la infracción cometida de un lado, más las cuotas dejadas de percibir con sus recargos de otro. Entendiendo personalmente que de esta manera se pueden conciliar ambas disposiciones y, sobre todo, los derechos sociales de los trabajadores extranjeros sin documentación.

Desde la jurisprudencia

La jurisprudencia no ha sido ajena a este debate, y ha apostado en algunas de sus sentencias por abrir una línea de interpretación de favorezca la obligación de cotizar del empresario como hemos dejado indicado más arriba. Bien partiendo del engarce entre el artículo 9.2 del E. T. respecto del salario y las cotizaciones de la Seguridad Social, al considerarse que si bien la ausencia de permiso de trabajo comporta la nulidad de contrato de trabajo, esa nulidad no excluye los efectos derivados del trabajo realizado en tales condiciones, pues según el art. 9.2 del E. T., en el caso de que el contrato de trabajo resultase nulo, el trabajador podrá exigir por el trabajo que hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, norma esta que evidentemente persigue evitar el enriquecimiento injusto del empresario, y en la que se encuentra el engarce de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por tales remuneraciones devengadas, por servicios prestado sin permiso de trabajo, pues a tenor del art. 106 LGSS de 1994, «la obligación de cotizar nacerá con el comienzo de la prestación en el trabajo».

Jurisprudencia que se corrobora con otra sentencia de la misma Sala<sup>461</sup> en la que se sostiene la obligación de cotizar en el caso de extranjeros sin permiso de trabajo a pesar de la nulidad del contrato de trabajo por aplicación del principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón del tiempo trabajado, al considerar, que la obligación de cotizar nace con la prestación de trabajo<sup>462</sup>. Por lo que

---

460. Establece el Código Civil que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

461. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998. En repertorio de jurisprudencia *La Ley*, ref. 11295/1998.

462. MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo como infracción administrativa», en *Rev. De Actualidad Laboral*, núm. 29, año 2001, ref. 34.



en base al art. 9.2 del E. T. el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiere prestado. La remuneración consiguiente a un contrato válido, lo que implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el E. T. la regla segunda del artículo 1.306 C. C., como señala la referida sentencia.

La necesidad de cumplir lo debido aparece así como un nuevo criterio que afecta y fundamenta el cumplimiento de las cotizaciones correspondientes al tiempo trabajado y considera que la posición especial que ocupa el empresario infractor no le debería eximir de dicho cumplimiento, tal y como establece la sentencia aludida.

### **Relatividad de la existencia de una autorización de trabajo**

Desde una interpretación integradora de la normativa que también avala la aplicación a los trabajadores no titulares de una autorización de trabajar de la aplicación del sistema de protección social de la Seguridad Social, se parte de las modificaciones del art. 7 L. G. S. S. 1994, realizadas tanto por la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, y más recientemente las modificaciones de los artículo 10 y 14 L. O. 4/2000 y L. O. 8/2000, la nacionalidad ya no ofrece el interés que en pasado cercano tuvo como criterio delimitador en el nivel contributivo o profesional del sistema de Seguridad Social, de tal manera que la redacción actual del art. 7 L. G. S. S. 1994 permite considerar que lo determinante es que el extranjero resida en España, y con independencia de la posesión del correspondiente permiso de trabajo, la realización de una determinada actividad profesional, debería permitirle formar parte del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Efectivamente, el carecer el trabajador extranjero de la autorización de trabajo no es un dato absoluto, sino que legalmente incluso se van abriendo, en esta línea interpretativa integradora de la norma, fisuras o cauces que debemos de traer ahora a colación en la defensa del sistema de protección social en el ámbito de la Seguridad Social:

1. nótese, por ejemplo, cómo el artículo 12 de la L. O. 8/2000 consagra el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros sólo con el mero requisito de que se encuentren empadronados. Es decir, el sistema de la Seguridad Social da cobertura sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia ni autorización de trabajo. Y en ese criterio universalizador de la asistencia sanitaria, hay que añadir, además, que en Comunidades Autónomas como por ejemplo Andalucía, ni tan siquiera era necesario acreditar el empadronamiento, sino que bastaba una simple copia del pasaporte para acreditar la identidad la asignación de un domicilio para determinar el Centro de Salud correspondiente.

2. otro supuesto, es la posibilidad prevista en el actual art. 59.3 actual de la L. O. 4/2000<sup>463</sup> de otorgar un beneficio a favor de los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa por su colaboración en el desmantelamiento de redes de explotación de inmigrantes (art. 59.1) al establecerse que éstos podrán optar a su elección, o bien, por el retorno a su país de procedencia o por al estancia y residencia en España, así como al permiso de trabajo y facilidades para su integración social. De esta manera, nos encontramos ante otro supuesto en que el extranjero que ejerciendo una actividad profesional sin disponer de los correspondientes permisos colabora con la autoridad para el desmantelamiento de redes organizadas que se benefician precisamente de la inmigración irregular, verá compensada su colaboración mediante la obtención de la correspondientes regularización consistente en la obtención del correspondiente permiso de residencia y trabajo que implicaría su inclusión en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social de nuestro país.

En contra de lo expuesto anteriormente, y siendo justo en la identificación de la legislación contradictoria en esta materia, y aunque al final sean los tribunales quienes deberán ir clarificando esta cuestión, la modificación aprobada en la Ley 62/2003 de 30 de diciembre<sup>464</sup>, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo una nueva disposición adicional 38 en la LGSS 1994, con el fin de evitar efectos no deseados, errores de interpretación de este nuevo art. 36.3, modificándose el criterio establecido en la tramitación de esta Ley en el Congreso donde se hablaba de sanción complementaria a la sanción económica o multa que se debe imponer al empresario que emplee trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en la cuantía que hubiera correspondido a las cuotas de la Seguridad Social calculadas en función del período de empleo irregular del trabajador extranjero, frente al carácter de multa incrementada al que se alude en la Disposición Adicional citada, en un intento claro de vaciar de contenido la redacción del art. 36.3 L. O. 4/2000 en la redacción dado por la L. O. 14/2003 de 20 de noviembre. Aunque ya hemos dado interpretación cumplida más arriba de la solución a nuestro criterio de esta dualidad normativa, intentando conseguir un efecto armónico donde primen los derechos de las personas y una solución integradora con arreglo a los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

Alcance de la acción protectora

Cabe preguntarse por la extensión de la acción protectora. En principio, queda claro que ésta se ciñe tan sólo a aquellas prestaciones debidas por accidentes de trabajo,

---

463. Modificado por la L. O. 8/2000 de 22 de diciembre, que modifica el anterior art. 55.3).

464. BOE de 31 de diciembre.

como lo confirma la jurisprudencia<sup>465</sup>, llegando a la conclusión sobre el accidente de un trabajador ecuatoriano sin permiso de trabajo ni residencia que en base al texto de la L. O. 4/20002 y al art. 106 L. G. S. S. 1994 que la protección prevista en los casos de accidente de trabajo conlleva a una prestación que en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo, y sobre lo que incide también la normativa internacional ratificada por España<sup>466</sup>, en particular el Convenio de la O. I. T. núm. 19, de 1925. Más difícil es colegir la misma conclusión de la prestación por desempleo al amparo del artículo 125.3 LGSS.

Ante esta situación de desamparo, se introdujo la enmienda en el párrafo 3 del artículo 36 por el Grupo Parlamentario Socialista<sup>467</sup>, de tal manera que la carencia de autorización no sea obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieren corresponderle. Parecería así, al menos, *indiciariamente*, que el trabajador extranjero no autorizado tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social del nivel contributivo establecidas en la legislación española. Pero el tema es más arduo y problemático, porque<sup>468</sup> ¿a qué concretas prestaciones tiene derecho ese trabajador? Y ¿de quién puede exigir su pago?

Respecto de la primera pregunta, se plantean serias dudas sobre las prestaciones y subsidios por desempleo, no tanto por la carencia de autorización en el pasado sino sobre todo por su propia carencia en el momento en que se solicita la prestación<sup>469</sup>.

Ello, sin embargo, también tiene su excepción, puesto que en materia de desempleo se reconoce el derecho al subsidio de desempleo para los supuestos de excarcelación, ya que la obligada permanencia en España impuesta por el ordenamiento jurídico habrá de calificarse como de legal<sup>470</sup>. Lo que nos lleva a esbozar un planteamiento que llevado hasta sus últimas consecuencias parecería absurdo que ante dos extranjeros sin autorización para trabajar, tuviese derecho a la prestación por desempleo aquél que no ha trabajado por haber cumplido condena en prisión por delito; y sin embargo quien no viola la ley ni es condenado por ello, y encima realiza una actividad lucrativa por cuenta ajena se vea privado de dicha prestación. Con lo cual parece que si en el primer caso, se mantiene la prestación, ésta debería extender su alcance también al trabajador, pues no es lo determinante la existencia

465. En este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003, recogidas en el repertorio de jurisprudencia de La Ley con los números 2951/2003 y 250/2004 respectivamente. Sobre el mismo tema también RIVERA SÁNCHEZ J. R.: «La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular». *Boletín Aranzadi Laboral* núm. 1/2002.

466. En el régimen de reciprocidad, el Tribunal Supremo tiene señalado que en nuestro ordenamiento la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Véase también al respecto el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966.

467. B. O. C. G., Congreso, Serie A, 17 de septiembre de 2003, núm. 160-5, pág. 84.

468. GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «Validez y efectos del contrato de trabajo...» op. cit. pág. 29.

469. Así lo recoge la S. T. S. Cantabria de 28 de marzo de 2003, en referencia La Ley Juris 1461226/2003.

470. Así lo determina la sentencia del T. S. J. de Cataluña de 29 de octubre de 2001.

como se ve de la autorización de trabajo y residencia, que en ambos casos de los supuestos comentados resulta inexistente.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>471</sup>, a los extranjeros sin permiso de trabajo no se les reconoce expresamente en dicho artículo ningún derecho a prestaciones o a servicios de la Seguridad Social sino sólo a los servicios y prestaciones sociales básicos que se encuentran fuera del sistema de la Seguridad Social y dentro del ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas de conformidad con el art. 148.1.2º de la Constitución.

La duda que tampoco despeja el texto del artículo 36.3 L. O. E. es ¿a quién debe ser asimilado el trabajador irregular? O bien a un trabajador regular, en alta y al corriente en el pago de las prestaciones, o por el contrario a un trabajador en situación regular pero no dado de alta o no al corriente en el pago de las cotizaciones, interpretación esta última que parece la menos arriesgada y más coherente con el sistema.

Según hemos deducido anteriormente, y al no asimilarse a trabajador dado de alta, las entidades gestoras no responderán de las prestaciones que pudieran corresponderle, por lo que el trabajador sólo podría exigir al amparo del artículo 126.2 L. G. S. S. la correspondiente responsabilidad empresarial.

Sin embargo, en una interpretación más arriesgada y atrevida, podría intentar fundamentar la imputación de responsabilidad directamente a las entidades gestoras, en los términos del art. 126. 1 L. G. S. S., sobre la base discutible del art. 48 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social no son cotizaciones, sí es cierto que pasan a ser recurso del sistema de la Seguridad Social, lo que permite plantearnos qué sentido tiene de que se ingresen estos recursos en el Sistema, si no es porque las entidades gestoras van a asumir la responsabilidad directa de a las prestaciones como si se tratara de un trabajador en alta<sup>472</sup>. Por esa vía interpretativa, pudiera fundamentarse la responsabilidad de las entidades gestoras por las prestaciones de la Seguridad Social que pudiesen corresponderle al trabajador extranjero no autorizado, o cuando menos una obligación de anticipo de prestaciones, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial en orden a las mismas. Así, la sentencia de la Sala de lo Social del T. S. J. de Castilla-La Mancha de 2 de febrero de 2002, interpretando el artículo 33.1 en relación con el 9.2 E. T. Considera responsable subsidiaria al Fondo de Garantía Salarial.

Otros quieren ver en el artículo 36.3 L. O. E. responsabilidades en materia de Seguridad Social respecto del Estado y del trabajador<sup>473</sup>, aventurando incluso la inci-

471. S. S. T. C. 76/1986 de 9 de junio; 146/1986 de 25 de noviembre y 13/1992 de 6 de febrero.

472. Véase MERCADER UGUINA J. R.: «Avalanchas normativas y legislación a por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 6, 2004.

473. CHARRO BAENA, P.: «Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, 2003, pág. 122.

dencia de la aplicación de la normativa comunitaria en materia de Seguridad Social en orden a la exportabilidad de las prestaciones, lo que se contrapone y enfrente al artículo 1 del Reglamento comunitario 859/2003 de 14 de mayo de 2003, que limita la extensión del Reglamento 1408/1971 a los nacionales de terceros Estados «siempre que se encuentren en situación de residencial legal en el territorio de un Estado miembro».

Y quienes mantienen que para la cobertura del accidente de trabajo y enfermedad profesional debe acudir tanto al criterio del artículo 9.1 y 9.3 E. T., como al art. 1.4.b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 que establece normas de afiliación, cotización y recaudación en el Régimen General de la Seguridad Social, que dispone que la inclusión de los trabajadores extranjeros en el mismo depende de la reciprocidad expresa o tácita reconocida, señalando concretamente que «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional», no incidiendo respecto de estas coberturas la situación de irregularidad del trabajador extranjero<sup>474</sup>.

Sin perjuicio de, que se pese a que la última modificación a supuesto un avance en los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados que se encuentren trabajando, no deja de tenerse la sensación de que se ha desperdiciado una reforma legal más, una ocasión más en definitiva, para a través de la norma orgánica haber sido mucho más claro y explícito en esta materia, y haber determinado con más exactitud y menos ambigüedad el alcance de las prestaciones en Seguridad Social que, como en otras muchas materias, la jurisprudencia irá matizando e interpretando poniendo luz sobre esta materia.

### UN NUEVO STATUS<sup>475</sup>

La contribución que la inmigración efectúa al desarrollo económico que es incuestionable, el papel determinante en que se ha convertido la autorización de trabajo para la situación del extranjero en España, y la posición en la que se encuentran estos inmigrantes indocumentados en nuestro país, abocados a una suerte de «clandestinidad» indeseada, de indefensión y marginación pese a la voluntad clara de los mismos de querer trabajar de forma regular, nos ponen en la antesala de reconocer un cierto estatuto a favor de estos inmigrantes, junto a una política decidida contra el uso y abuso de la inmigración clandestina, y la lucha contra las prácticas empresa-

474. REIG FABADO, I.: «Derechos sociales de los trabajadores marroquíes en España: tutela judicial efectiva e igualdad de trato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2002», en *Actualidad Laboral*, núm. 38/2002, ref. 44. Y véase también en esta materia ORELLANA CANO, A. M.: «Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros», en *Actualidad Laboral*, núm. 1, enero, 2003, págs. 20 a 23.

475. SAGARRA TRIAS, E.: «Un nuevo status de extranjero en España: El inmigrante, irregular, empadronado, residente, trabajando y con orden de expulsión», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 1, noviembre de 2002, págs. 89 a 98.

riales consistentes en la contratación de inmigrantes documentados expuestos a unas mayores y más severas condiciones de vida y de trabajo, amén de la competencia desleal con la otras empresas cumplidoras de todos los requisitos legales.

Por eso, a partir de la reforma del art. 36.3 en su versión actual, el ordenamiento internacional cada vez más afín en esta materia aunque España aún se resista a firmar los convenios internacionales más favorables a los trabajadores; y las nuevas líneas jurisprudenciales abiertas a partir, entre otras, de la S. T. S. J. de Cataluña de 14 de mayo de 2002<sup>476</sup> han modificado sustancialmente el régimen de los derechos laborales de estas personas y sus prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social, llevando a un nuevo estatuto<sup>477</sup>.

Y no es que nuestro deseo sea perpetuar un régimen paralelo de derechos y prestaciones al establecido para los inmigrantes regularizados, sino que con base en los propios preceptos legales y en los criterios jurisprudenciales, hay decididamente que optar por dar protección a quien vive del fruto de su trabajo, dado además el extenso volumen de trabajadores sin permiso en nuestro país, del importante papel de la economía sumergida, de la relatividad cuantitativa de los contingentes dentro del volumen total de contratación de extranjeros o de la abrumadora ineficacia de los servicios públicos de mediación y colocación de empleo.

Es evidente, que hemos vivido una etapa ominosa, donde los indocumentados simplemente no existían, no estaban incluidos en las estadísticas oficiales, ni en los programas de integración, no eran sujetos de derechos.

Etapa que debe ir cambiando a un progresivo reconocimiento de éstos y a una política decidida de integración social. Es claro que el alcance de la inmigración irregular trasciende el ámbito de las relaciones laborales, afectando notablemente los procesos individuales de integración social, como afectando la demografía humana o la economía de manera fundamental. Téngase presente, como botón de muestra, como el artículo Quinto de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, introduce una modificación significativa en el apartado 3 del artículo 15 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, reguladora de la Competencia Desleal, en el sentido de considerar como competencia desleal, y por tanto reprochable y sancionable, la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación de extranjería. En lo que intentó en su momento ser un freno a dicha contratación irregular de extranjeros extracomunitarios indocumentados, lo que sin

---

476. Repertorio de jurisprudencia La Ley, ref. 1151374/2002.

477. GONZÁLEZ CALVET, Jaume, en su comunicación presentada a las XV *Jornadas Catalanas de Derecho Social*, celebradas los días 11 y 12 de marzo de 2004, argumenta que la nueva norma 36.3 introducida en su versión actual por la Ley 14/2003, pone de manifiesto la voluntad del legislador de configurar un nuevo estatus jurídico laboral y de seguridad social de los trabajadores extranjeros que prestan sus servicios en el territorio español sin estar en posesión del preceptivo permiso de trabajo.

resultar acompañado de la labor inspectora de la Seguridad Social, quedó en un anuncio retórico y carente de valor, en cualquier caso mucho más rentable para la rentabilidad empresarial que no sólo se rebaja costes de cotizaciones, sino de prevención de riesgos laborales, y sobre todo la incidencia desleal que tiene en la reducción del salario medio y la competencia que supone no sólo entre empresas, sino también respecto a los propios trabajadores que ven mermadas sus conquistas sociales y salariales recogidas en convenios y legislaciones que no se cumplen en los casos de estos trabajadores, con el tremendo impacto que ello supone en determinados sectores productivos, o comarcas geográficas, donde se alcanza una presencia superior al 10 % de población inmigrante, como ocurre en poblaciones del poniente español, que disminuyen el salario medio de los trabajadores nacionales del mismo sector.

Regulaciones, en definitiva, como esta de la competencia, tardías e insuficientes por la carencia de medios para su aplicación, pero que despuntan los diferentes vértices de la situación ante este nuevo estatuto jurídico de trabajador extranjero extracomunitario con contrato de trabajo y sin autorización legal para trabajar.





## X RÉGIMEN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL DERECHO LABORAL



## PLANTEAMIENTO

Del mismo modo, que en las páginas anteriores nos hemos detenido en las consecuencias de la falta de autorización y los efectos que ello conlleva. Ahora realizaremos una breve incursión en el régimen sancionador sólo en lo que respecta al ámbito laboral, puesto que tienen que ser abordadas las consecuencias legales inmediatas para el empresario y para el trabajador que no se adecuen al cumplimiento de la normativa vigente. Y esto, sin perder de vista la complicada evolución normativa de esta materia y su gran incidencia en un panorama laboral y social como el nuestro, donde una buena parte de la población inmigrante se veía incurso en un procedimiento sancionador de naturaleza laboral.

Al tratarse el Derecho de Extranjería de un derecho relacionado con el orden público, requiere de un marco punitivo que lo proteja<sup>478</sup>, y que viene constituido fundamentalmente por tres pilares sobre los que centraremos nuestro análisis:

- a) la L. O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- b) el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que contiene previsiones aplicables en materia migratoria, coincidentes o parecidas infracciones previstas en la L. O. 4/2000.

---

478. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Las infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de Extranjería: el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso», en *Rev. Tribuna Social* núm. 133, enero, 2002, pág. 75.

c) también resultará de aplicación el Código Penal que dedica el Título XV del Libro II a los delitos contra los derechos de los trabajadores, y el Título XV bis, incorporado en la Disposición Final 2ª de la L. O. 4/2000 relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que da lugar al art. 318 bis modificado en la L. O. 11/2003.

## EVOLUCIÓN NORMATIVA

Arrancando de la propia realidad social española como un país de emigrantes, en la Ley 33/1971, de 21 de julio de Emigración, se contemplaban una serie de acciones protectoras de los inmigrantes, regulándose los procesos migratorios tanto de forma individual como colectiva. Lo que a la postre va a estar en el núcleo embrionario de la normativa sancionadora del orden social. Dado que el fenómeno de las migraciones modernas ha estado supeditado a una serie de controles administrativos, de autorizaciones, etc. con carácter riguroso, es normal que también desde el principio se hayan previsto legalmente mecanismos sancionadores en caso de infracción como, con carácter preconstitucional, recogían los artículos 45 y 46 del D. 1870/1968, de 27 de julio.

Pero siguiendo el desarrollo cronológico, es la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio la que dedica el Título VI de la misma bajo la denominación de «Infracciones y sanciones» que con cuatro artículos despacha de una manera bastante parca e insuficiente, como todo el texto de la ley, esta cuestión.

Así el artículo 25.2 mantiene que «tendrán en todo caso la consideración de infracciones la omisión de la solicitud de permisos de residencia y trabajo, o de sus renovaciones y la falta de comunicación relativa a la modificación de las circunstancias que motivaron su concesión o que alteren esencialmente la situación personal de los extranjeros en España.

Más allá iba el famoso artículo 26 de la L. O. 7/85 que citaba las causas de las expulsiones, incluyendo entre las mismas, en el apartado b) «No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido». Por lo que se perseguía era no al extranjero indocumentado, sino al trabajador irregular.

Y desde el punto de vista del empresario, el mismo incurría en infracción, según el artículo 28.1 L. O. 7/85 cuando «utilicen trabajadores extranjeros, sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo», remitiéndose el carácter de la sanción, muy grave, conforme al artículo 57 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores<sup>479</sup>.

---

479. Téngase presente que el artículo 57 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo, fue derogado por la Ley 8/1988 de 7 de abril (BOE núm. 91 de 15 de abril) sobre infracciones y sanciones en el orden social.

Se le critica<sup>480</sup> a esta normativa su falta de ajuste a las exigencias de los principios de legalidad y de tipicidad. En el sentido de que utilizaba fórmulas demasiado genéricas, delegando la tipificación en la normativa reglamentaria de desarrollo<sup>481</sup> que se vieron así en la obligación de incluir una extensa tabla de infracciones, que resultaba tanto excesiva como inadecuada para una disposición de este tipo.

También se constata la duplicidad de regímenes y la concurrencia de instancias competentes, cuando el artículo 28 de la L. O. 7/85 se remite al Estatuto de los Trabajadores a la hora de imponer sanciones a los empresarios, siendo el espíritu de la normativa de extranjería remitir a la normativa laboral la configuración específica del régimen de infracciones y sanciones en materia de trabajo de los extranjeros a lo que estableciese la normativa laboral<sup>482</sup>.

Precisamente en desarrollo del art. 57 del E. T. se aprobó el R. D. 2347/1985, de 4 de diciembre sobre infracciones laborales de los empresarios, en el que citaba como infracciones graves; e) «la relativa a la realización de trabajo de los extranjeros sin la obtención del preceptivo permiso de trabajo, por cuenta propia o ajena».

Más adelante, la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, conocida como LISOS, reguló en su Capítulo V, una sección relativa a las infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos<sup>483</sup> y que han pasado a ser recogidas con pequeños retoques<sup>484</sup> en los artículos 33 a 36 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS)<sup>485</sup>, bajo el siguiente texto<sup>486</sup>:

La sección primera del citado capítulo, bajo la denominación de Infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos», comienza introduciendo el concepto en su artículo 33, manifiesta que «son infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios laborales las acciones u omisiones de los sujetos a quienes se refiere el art. 2.4 (Los transportistas, agentes, consignatarios, representantes, trabajadores y, en general, las personas físicas o jurídicas que intervengan en operaciones de emigración o movimientos migratorios) tipificadas y

480. GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros ¿una duplicidad inevitable?, en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 9, mayo, 2003., pág. 18.

481. Primero el art. 75 y ss. del R. D. 119/1986 de 26 de mayo, y con posterioridad en los arts. 98 y ss. R. D. 155/1996 de 2 de febrero.

482. MATEOS BEATO, A. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenidos», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 6, marzo 2001, pág. 17 y ss.

483. Artículos 31 a 34.

484. La sentencia del Tribunal Constitucional 195/1996, de 28 de noviembre, establece que corresponde al legislador estatal la tarea de reelaborar la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en aras del respeto y clarificación del orden constitucional de competencias y en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindibles en materia sancionadora.

485. Aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

486. Última reforma de la presente disposición realizada por Ley 62/2003 de 30 diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

sancionadas de conformidad con la presente Ley» y con los que se conforma un tipo de responsabilidad muy amplia<sup>487</sup>.

La principal finalidad de esta normativa es la de proteger la situación de emigrante, reforzando sus garantías y desplazando sobre los sujetos que intervienen en los movimientos la técnica sancionadora administrativa.

Se tipifica la gravedad de las infracciones, de menor a mayor, comenzando el artículo 34 con la descripción de las infracciones leves, después las graves (art.35) y muy graves (art.36), en cuya regulación subyacen dos objetivos básicos: el dirigido a proteger a los trabajadores emigrantes, especialmente en lo relativo a su reclutamiento y contratación, y en las condiciones de trabajo ofertadas para emigrar; y de otro lado más centrado en los aspectos de control público de la emigración, mediante la sanción de la difusión de ofertas de trabajo para el extranjero sin la preceptiva autorización administrativa.

La sección primera, pocas posibilidades de confusión podía tener con las normas de extranjería, puesto que estaba referida sobre todo a infracciones cometidas con ocasión del reclutamiento o desplazamiento de personas para emigrar, esto es, para trabajar fuera de España.

Sin embargo, la sección segunda, denominada «Infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros», entraba de lleno en materias propias de la Ley de Extranjería, ya que incluía tres tipos «clásicos» de infracción en ese contexto: utilización de trabajadores extranjeros sin los correspondientes permisos, desarrollo de actividades por cuenta propia sin las debidas autorizaciones, y actividades de mediación o promoción del trabajo de extranjeros sin el preceptivo permiso de trabajo.

El artículo 37 de la LISOS nos lleva a aquellas infracciones de especial relevancia y que con consideradas como conductas constitutivas de infracción muy grave.

La primera conducta sancionada como muy grave es la de los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado. A diferencia de la Ley Orgánica de Extranjería que sólo sanciona la primera conducta, la de contratar a extranjeros sin permiso. Lo que nos lleva a una doble interpretación. Estricta, que dejaría sin sanción la utilización de extranjeros en la hipótesis de la falta de renovación del permiso; y la extensiva, que también incluiría ese supuesto.

En este sentido, tanto la doctrina científica como jurisprudencial, ha recurrido frecuentemente a la aplicación del principio de culpabilidad, y la jurisprudencia ha sido benigna al no confirmar las sanciones a empresas en que los trabajadores extranjeros, pese a carecer de sus permisos de trabajo ya habían iniciado los trámites

---

487. GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Civitas, Madrid, pág. 146 y ss.

para obtenerlos<sup>488</sup>, o bien en el caso de inmigrantes que ya poseían esos permisos de trabajo aunque los mismos no eran los idóneos para la actividad productiva que realizaban o el ámbito geográfico en el que trabajaban<sup>489</sup>. Doctrina que sería trasladable al actual artículo 54.1.d) de la L. O. 4/2000.

En la misma línea del principio de culpabilidad, se ha aplicado el de buena fe que en nuestra legislación se presume de la actuación del administrado, en este sentido del empresario<sup>490</sup>, para anular sanciones a empresas que, pese a que utilizaban a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, cumplían con sus obligaciones laborales, o habiendo visado el contrato el INEM, o haber inscrito al trabajador en el libro de matrícula de la empresa e intentar darlo de alta en Seguridad Social, ya que la propia actuación de la empresa ha hecho aflorar dichas situaciones, existiendo transparencia en la utilización de los trabajadores extranjeros por la empresa<sup>491</sup>.

En segundo lugar, es muy grave la conducta de los extranjeros que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado. Que conecta con el art. 52. c) de la L. O. 4/2000 que tipifica el trabajo por cuenta propia sin autorización (aunque con permiso de residencia) y con el artículo 53. b).

Y también merece la misma tipificación de muy grave la de aquellas personas físicas o jurídicas que promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo. Lo que igualmente se puede poner en relación con el artículo 54.1.b) de la L. O. 4/2000, teniendo este segundo un carácter mucho más amplio que el «tráfico».

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, hay un giro en la concepción anterior, porque a diferencia del legislador del año 85, ahora se ha preferido no remitir algunas infracciones laborales a lo dispuesto en la normativa social, sino que ha hecho suyas las infracciones en materia de trabajo de extranjeros, lo que ha comportados dos tipos de consecuencias<sup>492</sup>.

De un lado, el establecimiento de un régimen sancionador al margen del TRLISOS, rompe el espíritu de homogeneidad y sistematicidad, que en beneficio del principio de seguridad jurídica había sido una de sus principales bases.

488. Como recoge la sentencia del T. S. J. de Madrid, de 12 de mayo de 1999.

489. En este sentido, las sentencias del T. S. J. de La Rioja, de 27 de julio de 1998; o el T. S. J. de Baleares de 15 de noviembre de 2001.

490. LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Infracciones administrativas extranjera», en *Justicia Laboral*, núm. extraordinario de 2001. «Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», págs. 201 y 202.

491. Entre otras muchas en este sentido, cabría citar por ejemplo las sentencias del T. S. J. de Andalucía en Sevilla de 15 de junio de 2001, de 17 de julio de 1999, o del T. S. J. de Cataluña de 12 de septiembre de 1997 y 8 de mayo de 1998.

492. CAMAS RODA, F.: «La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la compatibilidad entre las sanciones derivadas de la comisión de las infracciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones y en la Ley Orgánica de Extranjería», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, abril, 2003, pág. 192.

De otro lado hay un enfoque distinto entre ambas normas, pues sin la primera se tenían en cuenta las condiciones de empleo y trabajo en el sentido amplio de los movimientos migratorios, en la Ley de Extranjería sólo se contempla desde el punto de vista de la inmigración.

Además, al integrar la L. O. 4/2000 las disposiciones en materia de trabajo sin derogar las infracciones y el procedimiento sancionador de la LISOS, se prestaba a cierta confusión normativa, aplicándose la doctrina del concurso de leyes que<sup>493</sup> dada la competencia sancionadora de la Autoridad Laboral<sup>494</sup>, así como la primacía por razón de la aplicación del precepto que sanciona con mayor gravedad el hecho y por la especialidad de la materia que resulta aplicable, no resultando en consecuencia preferente la L. O. 4/2000, frente a la LISOS.

La L. O. 8/2000 de 22 de diciembre, supuso un paso más adelante en la reforma del derecho de extranjería y un régimen sancionador más severo que el de la Ley 4/00., indicando ahora que será de aplicación el procedimiento sancionador del Orden Social, que se inicia con el acta de la inspección de trabajo, pero sanciona el Subdelegado del Gobierno y Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas<sup>495</sup>. Igualmente se limitó esta norma a la consabida cláusula general de derogación, que alcanzaba en este caso a todas las normas de igual o inferior rango en «lo que contradigan o se opongan a la presente Ley». Pero tampoco se pronunció esta Ley sobre la afectación o no del régimen de infracciones laborales previstas en la TRLISOS, lo que supuso la crítica de la Asociación Española de Derecho del Trabajo que en su conclusión cuarta manifestó que «en la legislación vigente se aprecia una regulación confusa y descoordinada de las infracciones laborales, por el solapamiento de la Ley de Extranjería y de la ley de infracciones y sanciones en el orden social. Estos graves problemas no se pueden resolver con criterios simples y contundentes como, por ejemplo, la derogación del artículo 37 de la segunda de las leyes citadas»<sup>496</sup>.

Aunque pudiera llegar a pensarse que es posible la dualidad normativa y que ambas sanciones resultan compatibles y que su imposición conjunta no afecta a la prohibición del non bis in ídem en aplicación de la doctrina del T. C. según la cual cuando las sanciones se imponen en virtud de dos normas diferentes y la normativa que la impone puede justificarse por contemplar la misma hechos desde la perspectiva de diferentes intereses jurídicamente protegidos no se infringe aquel principio. Opción que además contaría con el apoyo de alguna jurisprudencia que afirma que

493. Sentencia del T. S. J. de Castilla y León, sede Burgos, de 19 de septiembre de 2001.

494. Hay que tener en cuenta la Ley 4271997 de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

495. Según recoge el art. 55.5.2 L. O. 4/2000.

496. Conclusiones del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santander, en junio de 2001, publicadas en [www.aedtss.com](http://www.aedtss.com)



«la existencia de una dualidad de procedimientos en sendas administraciones diferentes no representa violación alguna de este principio si, tratándose de los mismos hechos, tales procedimientos son consecuencia de la aplicación de normas diferentes, de inexcusable acatamiento por cada órgano... en efecto, la sanción impuesta en el orden laboral por la contratación ilegal de trabajadores responde a la tutela del bien jurídico consistente en los derechos de los trabajadores y, más concretamente, en el interés social en que se respeten unas condiciones mínimas en la relación laboral. Por su parte, la sanción de expulsión responde a la tutela de intereses distintos y concretamente, al de la seguridad pública inscrito en la normativa de extranjería que determina la expulsión de aquellos ciudadanos extranjeros que aprovechen la autorización de estancia en nuestro país para realizar actividades ilegales»<sup>497</sup>.

Sin embargo no es éste el criterio que prevaleció, y la concurrencia de leyes, se resuelve ahora a favor de la Ley de Extranjería, tanto por su carácter de ley orgánica, tanto por haber integrado el sistema de infracciones y sanciones en materia de trabajo de extranjeros, como por el principio de *lex posterior* y de especialidad<sup>498</sup>. Además, esta es la propia interpretación que realiza el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>499</sup>, señalando expresamente que las infracciones en materia de trabajo de extranjero pasan a sancionarse conforme a las sanciones económicas previstas no en el TRLISOS, sino en la L. O. 4/2000, en atención a la calificación que corresponda al tipo de infracción incumplida<sup>500</sup>.

Otra consideración importante, a la hora de determinar la aplicación de la norma de extranjería en el ámbito laboral sancionador, es la concurrencia del principio del *non bis in idem*. Y aunque se establezca que los órganos sancionadores y el procedimiento en la L. O. 4/00 y en la TRLISOS son distintos, lo que teóricamente haría viable dos procedimientos sancionadores distintos, el Tribunal Constitucional<sup>501</sup> ha manifestado que dicho principio impide que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad, supondría una «inadmisible reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* e inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo

497. Éste era el criterio y la opción mantenida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T. S. J. de Madrid en sentencia de 10 de octubre de 1997.

498. PURCALLA BONILLA, M. A.: «La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la L. O. 4/2000 de 11 de enero a través de la L. O. 8/2000 de 22 de diciembre», en *Tribuna Social* núm. 122, febrero de 2001, pág. 59.

499. La Instrucción 101/2001, dictada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo, se establece que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2000, las infracciones que se comprueben por la Inspección de Trabajo en materia de trabajo de extranjeros, serán perseguidas aplicando los tipos del os artículos 52.c) y 53.b) de dicha Ley, cuando se trata de trabajadores por cuenta propia y el artículo 54.1.d) cuando se trate de empresarios que contraten trabajadores por cuenta ajena sin permiso de trabajo.

500. Guía del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la web del Ministerio: [www.mtas.es/guia2002](http://www.mtas.es/guia2002).

501. En su sentencia núm. 159/1985, de 27 de noviembre de 1985.

derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de de so procedimientos para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan o dejen de existir para los órganos del Estado.

Finalmente, los artículos 148 y 149 del R. D. 2393/2004 del Reglamento de Extranjería, bajo el título de «infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral» terminan de corroborar la prevalencia de la norma de extranjería.

## LEGISLACIÓN ACTUAL

Vamos a analizar la protección, tanto desde el punto de vista administrativo que será, el que preferentemente nos ocupe, pero también incidiremos en los preceptos más relevantes desde el punto de vista de la protección penal del trabajador inmigrante, por cuanto existe todo un cuerpo normativo y doctrinal que le asignan una especial consideración.

### Legislación administrativa

#### *Tipificación*

La división normativa se realiza partiendo de los tres grandes tipos de infracciones: leves, graves y muy graves.

Dentro de las infracciones leves el artículo 52<sup>502</sup> de la Ley sanciona varias conductas muy dispares entre sí:

- a) la omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable. Este tipo es bastante genérico y difuso, y no se refiere solamente al ámbito laboral, sino que refleja más bien a las posibilidades de control y de policía de la autoridad competente, y no sólo a las situaciones del extranjero o a la regularidad de éste.
- b) el retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado. Lo que no deja de resultar paradójico y, en la práctica no conocemos que se esté aplicando dicha infracción, puesto que ya se encarga la norma de conceder la posibilidad de renovación de la autorización desde tres meses antes a tres meses después de su vencimiento.

---

502. Precepto reenumerado, pasando el anterior art. 48 a ser el actual art. 52 con una nueva redacción, por art. 1º 45 L. O. 8/2000 de 22 diciembre. Conforme al art. 3º 3 L. O. 8/2000 de 22 diciembre, el Título III, «De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», comprenderá del art. 50 al 66.

c) encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con autorización de residencia temporal. En este apartado es de reseñar que queda al margen la actividad lucrativa por cuenta ajena sin la correspondiente autorización, entendiéndose que no es equitativo dar tratamiento diferenciados a quienes se encuentran con autorización de residencia y sin posibilidades administrativas de trabajar, en función de que la actividad desarrollada sea por cuenta propia o ajena. Si bien, hay un dato objetivo y sustancial que lleva a consecuencias legales distintas, y es que en el caso de la autorización por cuenta ajena queda pendiente de la solicitud por parte del empleador, de ahí que no se castigue al trabajador por su omisión.

El artículo 52.c) no sanciona al extranjero que trabaje por cuenta ajena sin la correspondiente autorización laboral, aunque disponga de permiso de residencia válido. En este sentido, se ha de traer a colación que esta conducta ha quedado destipificada como tal, lo que supone un avance con respecto a lo que establecía la L. O. 4/2000 en su redacción originaria, que la consideraba como una infracción de carácter leve<sup>503</sup>.

Dentro de las infracciones graves, recogidas en el artículo 53 de la L. O. 4/2000, al ámbito de lo laboral, estrictamente, está referido el apartado b) encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. Que a diferencia de lo comentado en el artículo 52.c) ahora queda referido tanto a trabajo por cuenta ajena o propia, pero la gravedad de la conducta se acrecienta ante la falta de autorización de residencia que se da en este caso, siendo en realidad la infracción una suma de ausencias: la de la autorización de residir y la falta de autorización de trabajar. Interpretándose, además, que ha vaciado de contenido al artículo 37.2 TRLISOS<sup>504</sup>, y así el precepto de la L. O. 4/2000 sancionaría la carencia en sentido amplio del permiso de trabajo, incluyendo tanto su no-obtención inicial, como su caducidad, o su falta de renovación<sup>505</sup>.

Con respecto al trabajador extranjero por cuenta ajena, se ha de manifestar que la infracción de la norma de extranjería, no choca con ninguna de las previstas

503. SOLANS PUEYO, F.: *El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/200*, en [www.reicaz.es/extranjeria](http://www.reicaz.es/extranjeria). Sin embargo para DE LORENZO SEGRELLES para evitar la destipificación, el extranjero podrán ser sancionado por el art. 53 b), tanto si es residente como si no lo es.

504. En este sentido GÁMEZ OREA, M.: «El trabajo de los extranjeros y las sanciones laborales tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», en AA.VV. (coord. Moya Escudero): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pág. 835 y ss.; y TARABINI-CASTELLANI M.: «Infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de Extranjería; el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso», en *Tribuna Social*, núm. 133, pag. 80.

505. MASSO GARROTE: «La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reformad de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en *La Ley*, núm. 11, marzo de 2001, pág. 1 y ss. Entiende que ambos supuestos integran la infracción del artículo 53.b), lo que le sirve para criticar la falta de criterios de la Ley para fundamentar la sanción máxima de la expulsión.

en el TRLISOS. Entendiendo por ello, que el R. D. 2393/2004 excluye del procedimiento sancionador del Orden Social al supuesto del art. 53 b) L. O. 4/2000 cuando se trate de un trabajador extranjero por cuenta ajena: el procedimiento sancionador administrativo que encauza la sanción correspondiente será el de carácter ordinario, si bien podrá acordarse la expulsión salvo que el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales determine la procedencia de la sanción de multa, según el artículo 57 LO 4/2000<sup>506</sup>.

En lo que se refiere precisamente el artículo 57. 2. L. O. 4/2000, se mantiene que incumple el principio de legalidad en cuanto que no concreta el grado de la infracción cometida, no resultando su aplicación necesaria en todo caso.

En lo que se refiere al tercer grupo de infracciones, las de mayor gravedad, vienen recogidas en el artículo 54, y en el ámbito laboral tipifica las siguientes conductas:

- a) inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito. Dicho precepto trae su origen del artículo 98 del R. D. 155/1996 que tipificaba como infracción la de «promover, mediar o amparar la situación ilegal de extranjeros en nuestro país o facilitar el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que a estos se señalaban en las disposiciones vigentes. Este tipo, llamado a desempeñar un papel importante dada la creciente existencia de mafias para el tráfico de personas, según los informes de la O. I. T., no puede considerarse que recoja la misma infracción tipificada en el artículo 37.3 TRLISOS, con lo que en aplicación del principio de especialidad, el concurso de leyes llevaría a aplicar el art. 37.3 TRLISOS<sup>507</sup>.
- b) la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el art. 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.
- c) la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados. Desaparece la referencia a la concurrencia de infracción en supuestos de «utilización habitual» de extranjero, sino que se

506. BALLESTER PASTOR, M.: «Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y a aprobación de su Reglamento», en *Justicia Laboral*, núm. 8, noviembre de 2001, pág. 49 y ss. Donde mantiene que resulta paradójico el hecho de que no se pueden aplicar continuamente las sanciones de multa y expulsión.

507. La postura que defiende MATEOS BEATO, A. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: «El texto refundido de la Liso. Orígenes, orientaciones y contenidos», op. cit. pág. 73.

hace referencia exclusivamente a la contratación sin permiso de trabajo, lo que implica que la sanción derivada se podrá imponer para supuestos individuales y concretos. El hecho de que se use la noción «contratación» y no la de «utilización» también supone un reconocimiento formal de que pese a la inexistencia de autorización administrativa para trabajar, el vínculo contractual existe, lo que resulta consecuente con lo establecido en el artículo 36.3 de la L. O. 4/2000.

En estos casos, a diferencia de los tipos anteriores, ya no se habla de la persona que trabaja, cuya responsabilidad por consiguiente sólo puede ser leve o grave, sino de quienes participan de los flujos migratorios y se aprovechan del trabajo en condiciones de ilegalidad de trabajador extranjero. La «contratación» a que alude el precepto debe entenderse de una manera flexible, equivalente a uso o aprovechamiento.

Esta normativa, se completa con la contenida en el nuevo Reglamento de Extranjería<sup>508</sup>, que como en el derogado R. D. 864/2001 dedica los mismos preceptos a regular de una lado la «vigilancia laboral» al que se refiere el artículo 148, repitiéndose literalmente el tenor del antiguo artículo 133, en el sentido de reconocer que la inspección en materia de trabajo de extranjeros se ejercerá a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que desarrolla las funciones y competencias que tiene atribuidas en su normativa específica, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y sus normas de aplicación.

Y el antiguo artículo 134 del derogado R. D. 864/2001, encuentra ahora su fiel reflejo en el artículo 149, denominado igualmente «*Infracciones y sanciones en el orden social*»

### **Procedimiento**

Como criterio procedimental general, se establece que las infracciones tipificadas en los arts. 52.c), 53.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, serán sancionadas de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, y por lo dispuesto en el artículo 149 del nuevo Reglamento.

El principio de proporcionalidad en materia sancionadora y punitiva se reitera ahora como uno de los fundamentales que habrá a su vez de conjugarse con el de la gravedad de la conducta, reincidencia, solvencia económica, etc. Así, Las sanciones por las infracciones a las que se refiere el apartado anterior podrán

---

508. Que dedica el Título XI a regular las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. Y en concreto, el capítulo IV lo dedica a las infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral, que contiene dos preceptos: los artículos 148 y 149.

imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios expresados a continuación y aplicando el principio de proporcionalidad aludido, que es uno de los que más juego dan dentro de la argumentación de los recursos administrativos y judiciales.

Como complemento a lo dicho, continúa el precepto, una vez calificadas las infracciones, en la forma y conforme a los tipos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las sanciones se graduarán en atención al grado de culpabilidad del sujeto infractor, daño producido o riesgo derivado de la infracción y trascendencia de ésta.

A la hora de establecer la sanción económica, se omiten ya la referencia a las pesetas que contenida el anterior reglamento, y se redondea la cifra en euros. De tal manera que las infracciones se sancionarán:

- a) las leves, en su grado mínimo, con multa de 30 a 60 euros; en su grado medio, de 60 a 150 euros, y en su grado máximo, de 150 a 300 euros.
- b) las graves, en su grado mínimo, con multa de 301 a 1.200 euros; en su grado medio, de 1.201 a 3.000 euros, y en su grado máximo, de 3.001 a 6.000 euros.
- c) las muy graves, en su grado mínimo, con multa de 6.001 a 12.000 euros; en su grado medio, de 12.001 a 30.000 euros, y en su grado máximo, de 30.001 a 60.000 euros.

La ordenación de la tramitación de los expedientes sancionadores corresponderá a las Jefaturas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social competentes por razón del territorio.

La iniciación, contenido de las actas, notificación y alegaciones se ajustará a lo dispuesto en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

En los casos de infracción prevista en el art. 53.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y del art. 54.1.d), cuando el empresario infractor sea extranjero, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en el acta de infracción se hará constar expresamente que, en virtud de lo establecido en el art. 57 de la referida ley orgánica, el órgano competente para resolver podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa.

Las actas de infracción de extranjeros serán notificadas por las Jefaturas de Inspección de Trabajo y Seguridad Social competentes, al sujeto o sujetos responsables, en las que se hará constar que se podrán formular alegaciones contra ellas en el plazo de quince días.

Distingue la norma en función de que se realicen o no alegaciones. Si no se formulase escrito de alegaciones, continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la resolución.

Y por el contrario, si se formularan alegaciones, a la vista de ellas, la Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá solicitar el informe ampliatorio al inspector o subinspector que practicó el acta; dicho informe se emitirá en el plazo de quince días. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de ésta o indefensión por cualquier causa.

Instruido el expediente, el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social competente por razón del territorio lo elevará, con la propuesta de resolución, al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente para resolver, de conformidad con lo establecido en el art. 55.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer y, en el caso de que el acta de infracción incluyese la sanción accesoria a que se refiere el art. 55.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, también se efectuará propuesta de resolución sobre aquélla.

El órgano competente para resolver, previas las diligencias que estime necesarias, dictará la resolución en el plazo de diez días desde la finalización de la tramitación del expediente, de conformidad con lo establecido para las resoluciones sancionadoras por el Reglamento regulador del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

En el caso de que el órgano competente para resolver decida aplicar la sanción de expulsión del territorio español, en lugar de la sanción de multa, dictará resolución de expulsión, que tendrá los requisitos y efectos establecidos en el art. 141, antes referidos a los artículos 118 y 119 del R. D. 864/2001.

Las resoluciones sancionadoras que dicten los Subdelegados del Gobierno o los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales en relación con este tipo de infracciones quedarán sometidas al régimen común de recursos previsto en este Reglamento.

Como cláusula de remisión final, se establece que en lo no previsto por el procedimiento especial, regulado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, regirá el procedimiento común de conformidad con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## Legislación penal

El título XV del Código Penal, bajo la denominación «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», regula una serie de conductas que tienen como bien jurídico protegido el respeto de los derechos de los trabajadores.

La articulación entre ambos regímenes, penal y de extranjería, vienen determinados por la propia norma de extranjería, en cuyo artículo 54 L. O. 4/2000 establece el castigo administrativo de la conducta «siempre que el hecho con constituya delito», en cuyo caso la jurisdicción penal tendría carácter prevalente, respetándose así la regla general de preferencia de la sanción penal y de subsidiariedad, para el caso de que no se aprecie delito, de la sanción administrativa.

Según el párrafo primero del artículo 311 del Código Penal, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses quienes, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Se trata de proteger con este tipo penal, tanto a trabajadores nacionales como extranjeros, si bien podemos colegir la mayor virtualidad que está teniendo este precepto entre los trabajadores extranjeros, por cuanto los mismos disponen de una posición de mayor vulnerabilidad frente al empleador, así como de más desconocimiento.

El bien jurídico protegido, es tanto la tutela de la relación laboral, las condiciones de trabajo y seguridad social que el ordenamiento laboral reconoce a los trabajadores con un carácter de mínimo indisponible, y desde el punto de vista individual se protege tanto la libertad del trabajador, como su propia seguridad jurídica, puesto que la conducta tipificada supone la imposición contra la voluntad del trabajador de condiciones no queridas, lo que afecta a su libertad, junto a la merma de sus derechos individuales e indisponibles.

Sujetos pasivos de este delito pueden ser los trabajadores extranjeros, con independencia de su situación documental, de su regularidad o irregularidad, puesto que lo que se tiene en cuenta es su condición de trabajador como la de aquéllos que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica<sup>509</sup>.

La acción típica punible es la de imponer, prescindiendo del consentimiento del trabajador, condiciones laborales ilícitas, existiendo por parte del empleador una posición de abuso de situación de necesidad, que entraña una actitud coactiva por

---

509. Según dispone el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores.



parte del empresario<sup>510</sup> en busca de su propio beneficio. Entre dichas conductas, que deben ser idóneas y suficientes para perjudicar, suprimir, o restringir los derechos del trabajador, están aquéllas tan comunes que estamos presenciando en el ámbito de la inmigración, sobre todo irregular, que afectan a la jornada máxima, al derecho de vacaciones, a la vulneración del salario mínimo interprofesional, etc.

El delito se consuma de manera instantánea, ya que se perfecciona con la mera imposición de las condiciones ilegales, teniendo efectos permanentes por su perduración en el tiempo.

El artículo 312 del Código Penal castiga dos conductas totalmente distintas. De un lado, dispone que serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. En este sentido, el mercado laboral y la colocación de trabajadores se encuentra bajo la tutela del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que garantiza tanto la transparencia y el respeto a los derechos del trabajador, como el establecimiento de políticas sociales y de empleo, entendiéndose por tráfico ilegal todo aquél que tiene lugar al margen de los cauces establecidos legalmente y que hace imposible el control por parte de la Administración.

Aunque ciertamente no basta un incumplimiento formal que sería objeto de otras infracciones administrativas<sup>511</sup> con su correspondiente sanción en este ámbito, sino que resulta necesario además, por respeto a los principios de proporcionalidad, de intervención mínima y de lesividad que inspiran en el Derecho Penal, será necesario que quien intervenga en el mercado laboral realice una conducta que se pueda calificar de intolerable al entrañar un especial grado de desvalor ético-social del que resulte merecedor el reproche penal.

Con la misma pena señalada en el apartado primero del artículo 312 del Código Penal, incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Se castiga aquí, de un lado el reclutamiento de personas o el ofrecimiento de empleo en condiciones laborales engañosas o falsas. Y en segundo lugar, mencionándose expresamente a los trabajadores extranjeros «sin permiso de trabajo» bajo condiciones ilegales.

---

510. JORDANA DE POZAS, L.: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (coordinado por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pág. 3147 y ss.

511. Que tendrían su base correspondiente en los artículos 16 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 26 a 28 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y en el artículo 40 de la Ley Básica de Empleo.

La contratación de extranjeros que carezcan de permiso de trabajo es, de por sí, una infracción administrativa de carácter muy grave<sup>512</sup>. Pero para además, considerar dicha conducta como delictiva es necesario un segundo requisito, consistente en la imposición de condiciones inferiores a las reconocidas por la Ley, los convenios colectivos o el contrato de trabajo. Y frente a lo dispuesto en el artículo 311.1 del Código Penal, que pudiéramos pensar es repetitivo, siendo la dicción actual de la norma que comentamos innecesaria e inútil, sin embargo, sin embargo el artículo 311 afecta tanto a nacionales como extranjeros, y existe ahora un principio de especialidad respecto de los trabajadores sin permiso de trabajo que están especialmente protegidos por su vulnerabilidad, debiéndose aplicar a estos el artículo 312.2.

El derecho a la igualdad, como principio y norma constitucional recogida en el artículo 14 de la Constitución, encuentra su equivalencia en el ámbito del derecho penal laboral en el artículo 314 del Código Penal, que en función del imperativo constitucional y de los tratados internacionales de los que España es parte, dispone que los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

Recoge este precepto una figura delictiva de nuevo cuño entre los delitos sociolaborales, la llamada discriminación grave en el empleo. Entendiéndose por discriminación grave toda aquella conducta del empleador carente de justificación objetiva o irracional, que entrañe un trato desigual ante situaciones de empleo iguales, con la finalidad de favorecer a unas personas en detrimento de otras, basada en cualquiera de las circunstancias citadas en el precepto, que en base al principio de legalidad deben entenderse expresamente tasadas. Y si la discriminación de por sí está considerada como una infracción administrativa de carácter muy grave<sup>513</sup>, lo que se castiga penalmente es la persistencia o mantenimiento de la situación de discriminación por parte del empleador, por lo que se requiere una actuación previa en vía administrativa sin que se restablezca la situación de igualdad y se compensen los daños económicos que se hubiesen producido.

---

512. Queda tipificada como infracción muy grave, según hemos visto anteriormente, en el artículo 54. d) de la L. O. 4/2000 en su redacción dada por la L. O. 14/2003, donde además no introduce el inciso final de otros párrafos del mismo artículo que sanciona dichas conductas «siempre que el hecho no constituya delito».

513. En este sentido el artículo 96.12 del Estatuto de los Trabajadores.

En caso de concurso de normas, entre este precepto y el artículo 311 comentado, referente a la imposición de condiciones laborales ilegales por discriminatorias, deberá resolverse a favor del artículo 314 en aplicación del principio de especialidad.

La reforma de la L. O. 11/2003<sup>514</sup> modificó el Título XV bis, denominado de los «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»<sup>515</sup> lo que resulta bastante pretencioso para la regulación que a continuación contiene consistente solamente en el artículo 318 bis, que tiene como finalidad la de combatir el tráfico ilegal de personas «que impide la integración de los extranjeros en el país de destino»<sup>516</sup>. A la obsesión del control de fronteras como regulación o autolimitación de flujos migratorios, el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999, dio prioridad al establecimiento de un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina<sup>517</sup>, que tiene dos orientaciones: la del ámbito de la explotación sexual, y la explotación de perfil laboral, resultando insuficiente el artículo 188.2. C. P.<sup>518</sup> destinado a prevenir la explotación sexual de las personas involucradas en esa trata internacional.

Cada año millones de personas, la mayoría mujeres y niños son engañadas, vendidas, coaccionadas o sometidas de alguna manera a situaciones de explotación de las cuales no pueden escapar, constituyen la mercancía de una industria mundial que mueve miles de millones de dólares y que está dominada por grupos de delincuentes muy bien organizados que operan con bastante impunidad.

El nuevo «comercio de esclavos», ha crecido según Naciones Unidas<sup>519</sup> en los últimos tiempos en cifras que son difíciles de calcular, pero sólo en Estados Unidos entre 45.000 y 50.000 mujeres y niños son trasladados cada año por los traficantes, afectando a todos los países del mundo, aunque las rutas cambian continuamente<sup>520</sup>. Está muy extendida la servidumbre por deudas, que permite controlar a las víctimas de la trata y garantizar su rentabilidad a largo plazo. Con frecuencia, para doblegarlas, los tratantes recurren a la coerción física y a actos de violencia e intimidación, de lo que se ha ido haciendo eco la opinión pública a través de los medios de comunicación sensibilizándose de este tema que ha llevado a la reforma legal.

514. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, publicada en el BOE del 30 de septiembre.

515. Que fue introducido ex novo por la Disposición Final Segunda de la L. O. 4/2000, de 11 de enero.

516. Según se asevera en la Exposición de Motivos IV, 2º de la citada L. O. 11/2003. Lo que nos parece una coartada bastante pobre para justificar la falta de integración, que será más bien por la falta de políticas sociales y del reconocimiento de derechos.

517. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organizaciones internacionales y europeas» en *Delitos contra la Libertad Sexual*. Consejo Gral. del Poder Judicial, núm. 21, 1999, págs. 326 y ss.

518. Introducido por la Ley Orgánica 1/1999, de 30 de abril.

519. Documento de antecedentes de la Conferencia Mundial contra el Racismo, celebrada en Durban en 2001.

520. MAQUEDA ABREU, M. L.: «El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual; cuestiones concursales», en *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. IV, 2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, págs. 243 a 2545.

La trata sexual de personas, ha sido definida y conceptualizada por la Asamblea General de Naciones Unidas, que se ha aproximado a este concepto cuando refiriéndose a la trata en general, la describe «como el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales e internacionales... con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas...»<sup>521</sup>. También se incluye una definición bastante amplia y completa que trata de comprender conductas criminales muy diversas dentro de esta actividad de la trata de seres humanos como son la prostitución, la explotación laboral, la adopción ilegal, la venta de niños, la pornografía infantil o el tráfico de órganos principalmente, en la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional, celebrada en Palermo en diciembre del año 2000, que establece que a los fines del presente protocolo por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o al a concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Teniéndose en cuenta además que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación internacional descrita en el apartado anteriormente señalado del presente artículo<sup>522</sup> no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerarán «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el principio de la definición. Matizando que se entiende por «niño» a toda persona menor de 18 años.

El nuevo artículo 318 bis, que implica un adelantamiento de las barreras de intervención penal en la tutela de la libertad sexual frente al art. 188, y del que habrá que sentar las bases para diferenciar entre el delito o la falta muy grave del art. 54.1.b) de la Ley de Extranjería tipifica así la conducta de el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, siendo en este supuesto castigado con

---

521. Resolución núm. 49/166 de la Asamblea Gral. de Naciones Unidas.

522. Se refiere al artículo 3, que contiene la citada definición, del Protocolo «para prevenir, reprimir, y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños» complementario de la Convención de Palermo referida.

la pena de cuatro a ocho años de prisión. Este el tipo básico del delito en el apartado primero, que es de peligro abstracto, ampliándose el concepto de autor no sólo a quienes realicen actos de autoría en sentido estricto, sino de mera colaboración o ayuda respecto del autor.

Pena que sufre un importante incremento, y que satisface los objetivos europeos de armonización, destinados a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de personas en situación irregular.

Es un delito de mera actividad que se perfecciona con independencia del resultado conseguido<sup>523</sup>.

Y dicha conducta tipo, se agrava en dos supuestos: si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión, según el apartado segundo del precepto. Esta conducta estaba antes prevista en el artículo 188.2 CP, poniéndose así fin a los problemas concursales existentes antes de la reforma con la existencia de ambos preceptos. La variante de la finalidad de la explotación sexual eleva a la categoría de delito autónomo lo que, en otro caso, constituiría un supuesto de tentativa de la figura prevista en el atr. 188.1 (determinación coactiva, fraudulenta o abusiva al ejercicio de las prostitución). Sin embargo, lo que la experiencia va constatando y resulta de interés al ámbito de este trabajo, es que se observa que la explotación va teniendo un carácter más «laboral» que «sexual» según concluyen las Fuerzas de Seguridad del Estado<sup>524</sup>, dado que los proxenetas reciben dinero de las mujeres sin emplear medios de coacción, habiéndose documentado una verdadera relación contractual en numerosas ocasiones entre las mujeres y los responsables de los locales, visible a través de los horarios de trabajo, a veces expuestos en recepciones y pasillos, y las cuotas por los servicios sexuales prestados en las habitaciones, aunque existe un vacío legal y administrativo sobre esta actividad, con independencia de la citada sentencia referida más arriba del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que reconoce la relación laboral de las chicas de alterne.

O bien para el caso del subtipo agravado para quienes realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Entendiéndose por ánimo de

523. Así se recoge en la sentencia de 13 de julio de 2004 de la Audiencia Provincial de Málaga, dictada en el recurso 74/2004, pte. Benítez Yébenes.

524. Informe criminológico sobre el Tráfico de Seres Humanos con fines de explotación sexual, referente a los años 2003 y 2004, emitido por la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, presentado en el mes de mayo de 2005. Véase en [www.reicaz.es](http://www.reicaz.es).

lucro<sup>525</sup>, que es la razón más común que mueve la delincuencia, cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas, incrementándose la pena si se pone en peligro la vida de las personas.

En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 del artículo 318 bis, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, lo que supone una hiperagravación, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Se prevé, en base al fin e individualización de la pena que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

Éste resulta ser un tipo penal, que se está dando con bastante frecuencia en la zona marítima española, de tal manera que se están produciendo numerosos pronunciamientos judiciales en las Audiencias Provinciales de Canarias y las zonas costeras de Andalucía<sup>526</sup>.

La última sentencia que hemos conocido en este sentido, ha sido la dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 20 de enero de 2005, que en el Fto. Jco. Segundo ratifica la sentencia condenatoria por el 318 bis para quien ejercía las funciones de jefe para España de una organización que se encargaba de reclutar personas en los países del Este Europeo para introducir las en España, donde los integrantes del grupo las recogían, las alojaban en viviendas controladas por la organización, les quitaban los pasaportes, las situaban en trabajos bajo condiciones clandestinas deplorables, y percibiendo la organización las remuneraciones de los trabajadores, con lo que los extranjeros quedaban desposeídos de los elementales derechos.

La Circular 1/2002 de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, aborda los problemas concursales del artículo 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores. Partiendo de la diferencia existente entre los bienes jurídicos protegi-

525. Conforme determina la sentencia de 7 de octubre de 2004 de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el recurso núm. 138/2004, pte. Parejo Pablos.

526. Entre otras recientes, citar las sentencias de 25 de junio de 2004 de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictada en el recurso núm. 77/2004, Pte. Navas Hidalgo, y la sentencia de 9 de septiembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Málaga, dictada en el recurso 38/2004, pte. Giner Gutiérrez.

dos, las conductas tipificadas y los sujetos pasivos. En los artículos 311 y siguientes se castigan conductas que afectan directamente a los derechos de los trabajadores sean o no extranjeros, en el ámbito de la relación laboral, en el artículo 318 bis, se protege al extranjero sea o no trabajador.

Respecto del concurso con el artículo 313, el mismo se refiere a la conducta de promover o facilitar la inmigración clandestina de «trabajadores» a España. Ha de entenderse que la condición de trabajador se da tanto en quien cuenta ya con un puesto o contrato de trabajo como en aquel que entra en España con la intención de buscar trabajo. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo<sup>527</sup> de que basta para la consumación del artículo 313 con la sola realización de los actos de promoción o favorecimiento de la inmigración, sin exigirse que se consiga efectivamente la entrada en territorio español ni menos aún la posterior obtención de un concreto puesto de trabajo. Por tanto el 313.1 se aplica a personas que pretendan su acceso al territorio español con el fin de buscar trabajo, mientras que el 318 bis 1 no exige la condición de trabajador del sujeto pasivo. En consecuencia, el artículo 313 es ley especial frente al 318 bis, al requerir la condición más restringida de trabajador al sujeto pasivo, aplicándose aquél por el principio de especialidad (art.8.1) como por el criterio de la mayor pena (art.8.4).

Hubiera sido también deseable la existencia de agravaciones específicas también en el artículo 313, que en el caso de asociación ilícita el concurso será con este delito de asociación ilícita, y en el caso de autoridad, agente o funcionario público se calificará conforme al art. 313 con la agravante genérica del art. 22.7 y la accesoriedad de inhabilitación especial del art. 56 in fine C. P.

Establece el artículo 59 de la L. O. 4/2000 el supuesto de colaboración contra redes organizadas; los encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, y siendo favorable la resolución, los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

Expresamente se dispone que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta

---

527. Sentencia del T. S. 112/98 de 3 de febrero (Fto. Jco- 3) y 995/2000, de 30 de junio.

última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Evidentemente, la aplicación del artículo 59 L. O. 4/2000, deberá hacerse con la normal cautela, ya que cabe la posibilidad de que la colaboración sea inveraz, o prestada torticeramente con la exclusiva finalidad de evitar la expulsión, lo que a su vez conllevaría la consecuencia de la correspondiente causa penal por un delito de denuncia falsa o bien de falso testimonio<sup>528</sup>.

---

528. VILLEN NAVAJAS, M.: «El extranjero autor de infracciones penales. La criminalidad organizada», en *Rev. De Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. IV, año 2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia», pág. 353.



## BIBLIOGRAFÍA



AA.VV., *Integración Laboral de Inmigrantes*, (coord. RUIZ, B.), Red Acoge, Madrid, 2003, págs. 47 a 50.

AA.VV., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, (coord. CAMPO CABAL J. M.), Civitas, Madrid, 2001, pág. 121.

AA.VV., *El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal. Adaptado a la nueva L.O. 4/2000, C.G.P.J.*, 1999.

AA.VV., *España ante la inmigración*, Fundación La Caixa, 2001.

ABAD MÁRQUEZ, LUI V., «Trabajadores inmigrantes en las economías avanzadas. La paradoja de la demanda adicional en mercados con exceso de oferta», en *La inmigración en España: contextos y alternativas*, (coord. GARCÍA CASTAÑO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, págs. 459 a 463.

ABARCA JUNCO, P., «Nacionalidad y Extranjería en la Nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución*, dirigido por T. R. Fernández Rodríguez, Uned, 1978, tomo II, pág. 89.

ACNUR, *Menores no acompañados: directrices para tratar su solicitud de asilo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997.

ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup>.D. y ESTRADA CARRILLO, V., *Código de Extranjería*, Trivium, 3<sup>o</sup> ed., Madrid, 1997, pág. 25.

ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D., «La Condición Jurídica de los Extranjeros en la Constitución de 1978. Análisis del artículo 13.1.», en *Evolución del Derecho en los Últimos Diez Años*, Tecnos-Universidad de Málaga, 1992, págs. 455-457.

—, «El estatuto jurídico del extranjero en el sistema español: una perspectiva histórica», en *Nacionalidad, Extranjería y Ciudadanía en la Unión Europea* (coord. ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> D. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.), Colex, Madrid, 2005, pág. 36 y ss.

—, *El derecho de presunción de inocencia y su extensión a los extranjeros en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, 1992, *passim*.

—, «El acceso a la Universidad española de los inmigrantes extranjeros», en *IX Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Córdoba, abril de 2005, Universidad de Córdoba, en prensa.

—, «Los procesos migratorios de menores extranjeros no acompañados», en *Encuentro sobre Inmigración, Nacionalidad y Extranjería*, Instituto Canario de Administración Pública, Gran Canaria, 2005.

AGUADO I CUDOLÁ, V., «El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios», en *Revista Jurisdicción Contenciosa*, núm. 4, año 2002, págs. 75-76.

—, «Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos en materia de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo de 2004, pág. 134.

AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A., «La Constitución Europea y... los extranjeros», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 8, marzo 2005, pág. 215 y ss.

AGUELO NAVARRO, P., «Consideraciones acerca del contingente 2003», en [www.extranjeria.info](http://www.extranjeria.info).

AJA, E. y DÍEZ, L., «La regulación de la inmigración en Europa», en *Colección de Estudios Sociales*, Fundación La Caixa, 2005, págs. 9 a 14.

ALONSO GARCÍA, B., «El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales del extranjero. A propósito del artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, marzo/abril 2002, págs. 204 y 205.

ALONSO OLEA, M., *LCTSS*, tomo I, 1984, págs. 29-30.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 63

—, «Los beneficios del derecho a asistencia sanitaria en las Leyes de Extranjería», en *Relaciones Laborales*, 2001, pág. 365.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros», en *Rev. Socia*, núm. 23, septiembre de 2003, Bomarzo, págs. 117 a 130.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990», en *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, 2003, pág. 11.

—, «Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, aportado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/185, de 18 de diciembre de 1990», en *Rev. Migraciones*, núm. 5, págs. 135-136.

ALZAGA, O., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 2ª ed., Madrid, 1998, pág. 53.

AMBROSINI, M., *La fatica di integrarsi. Immigranti e lavoro in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2001.

APARICIO GÓMEZ, R., «La inmigración en el siglo XXI: las novedades de las actuales migraciones», en «*La inmigración en España: contextos y alternativas*» (coord. GARCÍA CASTAÑO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, págs. 31 a 40.

APRELL LASAGABASTER, C., «La fórmula contingente de autorizaciones como condicionante para el empleo de los ciudadanos extranjeros no comunitarios», en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, págs. 18-22.

ARTARLOA HUARTE–MENDIOCA, I., CHARRO BAENA P., RUIZ DE HUIDOBRO CARLOS, J. M., *Informe urgente sobre la aplicabilidad de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social al momento de su entrada en vigor*, Imserso, pág. 63.

BALLESTER PASTOR, M. A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 16.

—, «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ de Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002», en *Revista Actualidad Laboral*, núm. 27, 2003, págs. 491-503.

—, «Normas e infracciones laborales de extranjería aplicadas al sector agrario (LO 4/2000, RD 864/2001 y LO 14/2003)», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 2, enero 2004, pág. 36.

—, «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002», en *Actualidad Laboral*, núm. 27, 7/2003, La Ley, pág. 496.

—, «Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y a aprobación de su Reglamento», en *Justicia Laboral* núm. 8, noviembre de 2001, págs. 49 y ss.

- BECKER, G., *Human Capital*, Universidad de Columbia, Nueva York, 1975.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba, 2ª ed., 2003, págs. 39 a 48.
- BONETTI, P., «Italia», en el estudio *La regulación de la inmigración en Europa*, Fundación La Caixa, 2005, pág. 150.
- BONIFAZI, C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1998.
- BORJAS, G., «The economic benefits from immigration», en *Journal of Economic Perspectives*, núm. 9, 1995, págs. 3 a 22.
- CAIRÓS BARRETO M<sup>o</sup> D. «La eficacia del contrato de trabajo celebrado con un extranjero no autorizado para trabajar por cuenta ajena», en *XII Congreso Nacional de la Asociación Española del Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8-9 de junio de 2001.
- CAMAS RODA, F., «La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la compatibilidad entre las sanciones derivadas de la comisión de las infracciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones y en la Ley Orgánica de Extranjería», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, abril, 2003, pág. 192.
- CAMÓS VICTORIA, I., «Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar», en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 12, junio de 2004, pág. 54 y ss.
- CAMÓS VICTORIA, I. y ROJO TORRECILLA, E., «La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias», en *Rev. Migraciones*, núm. 16, diciembre de 2004, págs. 7 a 40.
- CAMPUZANO, B., «Los menores extranjeros no acompañados», en *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, *passim*.
- CANO BUESO, J., «Los derechos de los extranjeros en España; una perspectiva constitucional», en *Rev. De Derecho Político*, núm. 57, 2003, pág. 29.
- CAPONIO, T. y FINOTELLI, C., «La inmigración en Italia, entre el derecho de asilo y la obligación de trabajar», en *Rev. Migraciones del Instituto Universitario de Migraciones*, núm. 14, Universidad de Comillas, Madrid, 2003, págs. 63 a 96.
- CARFAGNA, M., *I sommersi e i sanati. Le regolarizzazioni degli immigrati in Italia. Stranieri in Italia* (Colombo y Sciortino ed.), Il Mulino, Bolonia, 2002, págs. 53-89.
- CARRASCO, R., «Inmigración y Mercado Laboral», en *Rev. Papeles de Economía Española*, núm. 98, 2003, págs. 94 a 106.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., «La entrada en España de inmigrantes irregulares», en *Inmigración irregular y derecho*, (coord. ACOSTA SÁNCHEZ, M. A.), *Actas de las VIII Jornadas*

*Autónomas de Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Cádiz y Cruz Roja Española, Cádiz, 2005, págs. 21 a 25.

CHARLES HUSBAND, «Una buena práctica sigilosa, aunque flirteando con el racismo. Algunas dinámicas contradictorias del multiculturalismo británico», en *Rev. Migraciones* núm. 14, Instituto Universitario de Migraciones, Universidad de Comillas, Madrid, 2003, págs.145 a 179.

CHARRO BAENA, P. y otros, *La inmigración. Derecho Español e Internacional*, Bosch, 1995, págs. 20–21.

—, «Autorización para trabajar y permisos de trabajo (Lectura de una reforma inacabada)», en *Rev. Mes a Mes*, núm. 61, año 2001, pág. 16.

—, «Crónicas de jurisprudencia. Permisos de trabajo», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, julio 2004, Lex Nova, pág. 218 y ss.

—, «Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre», en *Rev. Tribuna Social*, núm. 133, 2002, pág. 135.

—, «Incidencia del Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería en materia de trabajo de los extranjeros», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, 2003, pág. 122.

CHARRO BAENA, P. y NAVARRO GALLEL, C., «El trabajo de los extranjeros en España», en *La Inmigración. Derecho español e internacional*, AA.VV., Bosch, Barcelona, 1995, pág. 392.

CHUECA SANCHO, A. G., «Ley de Extranjería y tratados internacionales: una violación permanente e internacionalmente comprobada», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre de 2004, págs. 123 a 138.

COLOMBO, A. y SCIORTINO, G., «Italy's many immigrations», en *Journal of Italian Modern Studies*, 2004.

DE ESTEBAN, J., *Las Constituciones de España*, Taurus, Madrid, 1981.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organizaciones internacionales y europeas», en *Delitos contra la Libertad Sexual*. Consejo Gral. del Poder Judicial, núm. 21, 1999, pág. 326 y ss

DE LUCAS MARTÍN, J., «Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis», en *La inmigración en España: contextos y alternativas* (coord. GARCÍA CASTAÑO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, pág. 52.

DESDENTADO BONETE, A., «El accidente de trabajo del extranjero sin papeles», en *Diario La Ley*, año 25, núm. 5.974 de 12 de marzo de 2004, págs. 1-2.

- DIAMANTI, I., *Il male del nord: Lega, localismo, secessiones*, Donzelli, Roma, 1996.
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 597.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1988, vol. II, pág. 41.
- DURÁNDEZ SÁEZ, I., «Aproximación al régimen jurídico de los extranjeros en España», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 120, diciembre de 2003, Civitas, pág. 837.
- ENMANUEL MA MUNG, «Continuidad y fluctuaciones de la política migratoria francesa», en *Rev. Migraciones*, Instituto Universitario de Migraciones, núm. 14, Universidad de Comillas, págs. 43 a 61.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y el Convenio de Dublín, una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», en *Revista Instituciones Europeas*, núm. 1, 1993, pág. 87 y ss.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000», en *Rev. Derecho Social*, núm. 13, marzo 2001, pág. 37.
- ESPINAR VICENTE, J. M., *La extranjería en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado*, Tat, Granada, 1987, págs. 43 y 44.
- EVANS, A. C., *The political status of aliens in international law, municipal law and european community law*, ICQL, vol. 30, pág. 21.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo», en *Aranzadi Social*, núm. 10, octubre 2003, págs. 76 a 79.
- , «Dos cuestiones a tratar: la revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal «ad quem» y el despido de extranjeros sin permiso de trabajo», en *Rev. Actualidad Social*, núm. 12, 2002, pág. 40.
- FERNÁNDEZ CONEJO, M. T., «Hacia una política de inmigración común», en *La inmigración en España: contextos y alternativas* (coord. GARCÍA CASTAÑO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, págs. 535 a 548.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y otros, «Preliminares del contrato de trabajo», en *Civitas Social*, Civitas, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», en *Rev. Relaciones Laborales* núm.1, 1993, pág. 161 y 164.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «La protección social de los extranjeros en España», en *Rev. Aranzadi Social*, tomo V, año 2001, pág. 1.287.



FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la LO 8/2000, de 22 de diciembre», en *Rev. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, pág. 67.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑÍZ, J., «El contrato de esclavo. Concepto de Extranjero y su integración social a través de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento español y europeo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, abril de 2002, pág. 289.

FOLGUERA CRESPO, P., «La instauración de un modelo social», en *Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, (M. OREJA AGUIRRE dir.), vol. I, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pág. 767 y ss.

FREIXES, T., «Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos», en *Rev. de Derecho Político*, núm. 44, 1998, págs. 104-141.

GALA DURÁN, C., «Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas: Análisis de una nueva realidad», comunicación presentada a la tercera ponencia sobre «protección social de los trabajadores extranjeros», en el *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social «Derecho y libertades de los extranjeros en España»*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001, pág. 3.

GALIANA MORENO, J. M., *JCTSS*, tomo XI, 1994, ref. 724.

GÁMEZ OREA, M., «El trabajo de los extranjeros y las sanciones laborales tras la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero» en AA.VV. (coord. Moya Escudero) *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pág. 835 y ss.

GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*. Civitas, Madrid, pág. 146 y ss.

GARCÍA MURCIA, J., «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros ¿una duplicidad inevitable?», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 9, mayo, 2003, pág. 18.

—, «Derechos Laborales y Protección Social en la Ley de Extranjería», en *Rev. Tribuna Social*, núm. 133, enero, 2002, pág. 19 y ss.

GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento temporal y no permanente de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», en *Rev. del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 27, 2000, pág. 29.

GARCÍA VARELA, J., «Políticas de Inmigración en la Unión Europea: Rotterdam y Estocolmo», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre de 2002, págs.113 a 124.

GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., *La extranjera, estudio de la inmigración femenina en España*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Córdoba, 2003, pág. 33.

GARCÍA-CALABRÉS COBO, F., «Políticas de inmigración en Andalucía», en *Diversidad Cultural, identidad y ciudadanía*, INET, 2001, pág. 121 a 131.

—, «Inmigración, una visión alternativa», en *Tercer Congreso de Inmigración en España*, Granada, 2002, vol. I, pág. 62.

—, «Inmigración, problema o solución», en *Inmigración y Sociedad*, Córdoba Acoge, 2001, págs. 100 y 101.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 1984, Civitas.

GÓMEZ ABELLEIRA, F., «Notas sobre la nulidad «relativa» del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso y sobre su no invalidación respecto a los derechos del trabajador», en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España*, Santander, 2001, pág. 2.

—, «Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 14, junio, 2004, pág. 22.

GÓMEZ MUÑOZ, J. M., *Igualdad y diferencia de tratamiento de os trabajadores extracomunitarios. La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 57 y ss.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Curso de Derecho Internacional Privado*, vol. II, Oviedo, 1983.

GONZÁLEZ CALVET, J., comunicación presentada en *XV Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 11 y 12 de marzo de 2004.

GONZÁLEZ SOLER, O. E., «La posición del extranjero en el ordenamiento jurídico constitucional», en *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. 4, año 2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, págs. 204-206.

HIERRO HIERRO, F. J., «La eficacia del contrato de trabajo celebrado por trabajador extranjero no comunitario sin permiso de trabajo a través de la jurisprudencia», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 1/6, abril de 2003, pág. 299 y ss.

HUMPHREY, D. y WARD, M., *Passports and politics*, Penguin Books, Harmondsworth, 1974.

ÍNIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales», en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería* (coord. SANTOLAYA MANCHETTI, P.), Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 110.

JORDANA DE POZAS, L., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (coord. Cándido Conde-Pumpido Ferreira), tomo II, Trivium, Madrid, 1997, pág. 3.147 y ss.

JUÁREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 169-175.

JIMÉNEZ PIERNAS, C., «La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España», en *Rev. De Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, septiembre-diciembre 2002, págs. 857 a 894.

JULIEN-LAFERRIERE, F., «Francia», en *La regulación de la inmigración en Europa*, Fundación La Caixa, 2005, págs. 131 a 142.

KAY HAILBRONNER, «Alemania», en *La regulación de la inmigración en Europa*, Fundación La Caixa, 2005, págs. 31 a 49.

KELSEN, H., *Teoría General del Derecho e dello Stato*, Milán, 1978, 5ª ed., págs. 280 a 290.

LACROIX, T., «La politique migratoire de la France: l'usage politique de l'altérité au service de la nation», en ed. Ludovic Joyeux. *Quand l'altérité se fait enjeux*, L'Harmattan, París, 2002, págs. 23 a 56.

LE BRIS, R. F., «L'étranger et ses métamorphoses: quelques considérations contemporaines» en *L'internationalisation du Droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, pág. 242.

LINDE PANIAGUA, E., «Ley y Reglamento en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución Española*, vol. I, Uned, 1979.

LÓPEZ LÓPEZ, J., «Infracciones administrativas extranjera», en *Justicia Laboral*, número extraordinario de 2001. «Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», págs. 201 y 202.

LUJÁN ALCARÁZ, J., «La reforma de la Ley de Extranjería», en *Rev. Aranzadi Social*, V, 2001, págs. 340 a 359.

—, «El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», en *Actualidad Social*, 2000, pág. 21.

LUSTGARTEN, L. «Racial Inequality and the Limits of Law», en R. Jenkins y J. Solomos (eds.) *Racism and Equal Opportunity Policies in the 1980's*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

MACHADO MUÑOZ, M. D., «El delito de discriminación en el ámbito laboral, en las prestaciones públicas y en las prestaciones privadas», en *Situación de la inmigración en Andalucía*, CES de Andalucía, 2001.

MAESTRO BUELGA, G., «Globalización, inmigración y ciudadanía social», en *Rev. de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 4, noviembre 2003, pág. 9 y ss.

MAQUEDA ABREU, M. L., «El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual; cuestiones concursales», en *Rev. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. IV, 2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, págs. 243 a 254.

MARIE-CLAUDE, V., «Les politiques européennes de gestion des flux: contrôle et restrictions», en *Cahiers Francais*, núm. 307, 2002, págs. 57 a 65.

MARTÍN GRANIZO, I., *La política internacional de las migraciones de trabajadores*, Imprenta y Encuadernaciones Sobrino M. Minuesa, Madrid, 1930, págs. 22 a 25.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pág. 162 y ss.

MARTÍN VALVERDE, A., «Aspectos laborales de la Ley reformada de Extranjería», en *Rev. Tribuna Social* núm. 126, junio de 2001, pág. 16.

MARTÍNEZ CANO, Y., «Artículo 41. El contingente de trabajadores extranjeros», en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pág. 228.

MARTÍNEZ LUCAS, J. A., «La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo como infracción administrativa», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 29, año 2001, pág. 601 y ss.

MARTÍNEZ PÉREZ, A., «Posibilidad de solicitar indemnización derivada de denegación indebida de permiso de trabajo y residencia solicitado por extranjero no comunitario», en *Rev. Aranzadi Social* núm. 12, noviembre de 2003, pág. 43 y ss.

MASSEY y otros, *Worlds in Motion: Understanding International Migration at the End of Millenium*, Clarendon Press, Oxford, 1998, págs. 1 a 3.

MASSÓ GARROTE, M. F., «El nuevo marco legal del derecho de extranjería en España. De la inestabilidad legal a la ausencia de una política de inmigración», en *Rev. Papeles de la Economía Española*, núm. 98, 2003, págs. 45 a 65.

—, «La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en *La Ley* núm. 11, marzo de 2001, pág. 1 y ss.

MATEOS BEATO, A. y GONZÁLEZ DE LENA, F., «El Texto Refundido de la LISOS. Orígenes, orientaciones y contenidos», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 6, marzo 2001, págs. 17 y ss.

MERCADER UGUINA J. R., y TOLOSA TRIBIÑO, C., «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia», en *Rev. De Relaciones Laborales*, núm. 11, junio, 2003, La Ley, págs. 79-80.

MERCADER UGUINA, J. R., «Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración: buenas ideas, inciertas realizaciones», en *Rev. Relaciones Laborales*, tomo II, año 2001, pág. 255.

—, «La protección social de los trabajadores extranjeros», en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo*, Santander, 2001, págs. 26 y ss.

—, «Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 6, 2004.

MOLINA NAVARRETE, C., «El Sistema legal: los permisos de trabajo y otros aspectos del régimen jurídico de la extranjería», en *Jornadas «Temas de actualidad en el Derecho Social»*, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 27 y 28 de mayo de 2002.

—, «Comentario al artículo 39» en J. L. MONEREO PÉREZ y C.

—, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social* (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), Comares, Granada 2001, págs. 611-616.

—, «Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 6, julio 2004, Lex Nova, págs. 152 y 153.

MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Mercados nacionales de trabajo, libertad comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 205, 2000, pág. 24.

MONEREO PÉREZ, J. L., «Los derechos fundamentales de los extranjeros inmigrantes», en *Jornadas Temas de actualidad en el Derecho social*, Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Granada, 27 y 28 de mayo de 2002.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho al Trabajo*, 22 ed., pág. 612-613.

—, «Fundamentos de la Seguridad Social», en *Curso de Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid 2000, pág. 45.

MORENO ANDRADE, A., «Entrada de inmigrantes irregulares y Ley de Extranjería», en *Inmigración Irregular y Derecho* (coord. ACOSTA SÁNCHEZ, M. A.), *Actas de las VIII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Cádiz y Cruz Roja, págs. 53 a 55.

MORENO VIDA, M. N., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, tomo 1, art. 106, Granada, 1999, pág. 1.047.

MOYA ESCUDERO, M., «¿Extranjería o extranjerías?», en F. J. GARCÍA CASTAÑO y C. MURIEL LÓPEZ, *La inmigración en España: contextos y alternativas. III Congreso sobre Inmigración en España*, noviembre de 2002, Universidad de Granada, 2002, págs. 551 a 565.

—, «Autorización para la realización de actividades lucrativas», en AA.VV., *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pág. 223.

MOYA ESCUDERO, M., TRINIDAD GARCIA, M. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Régimen jurídico del permiso de trabajo de los extranjeros en España: una lectura a través de nuestra jurisprudencia (1980-1992)*, Comares, Granada, 1993.

MOYA MALAPEIRA, D., «El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Rev. Justicia Administrativa*, núm. 8, julio 2000, págs. 279 y 280.

MÜNZ, R., «Alemania y sus inmigrantes», en *Rev. Migraciones del Instituto Universitario de Migraciones de la Universidad de Comillas*, núm. 14, diciembre de 2003, pág. 10.

—, *Deutschland und die Ost-West-Wanderung*, Wanderungen, Cologne, Weima, Vienna, Böhlau Verlag, págs. 49 a 83.

NAZROO, J., *The Health of Britain*, Ethnic Minorities, Policy Studies Institute, Londres, 1997.

ORELLANA CANO, A. M., «Régimen Jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 1, enero de 2003, La Ley, pág. 5.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., *Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho Comunitario. Las actuaciones de las instituciones comunitarias, de las instancias gubernamentales y de los gobiernos de los Estados Comunitarios*, 2002, pág. 8.

PAJARES, M., *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 233 y 234.

PASQUAU LIAÑO, M., *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, tomo I, arts. 1 a 1.087, Comares, Granada, 2000, pág. 60.

PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Sobre la globalización y el futuro del derecho del trabajo», en *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999, pág. 24.

PÉREZ MILLA, J., «De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo 2004, págs. 9 a 15.

PÉREZ VERA, E., «Comentarios a las Leyes Políticas» (coord. O. ALZAGA VILLAAMIL), tomo II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1984, págs. 233-235.

POLO SÁNCHEZ, M<sup>o</sup> C., *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, Madrid (CES), 1994.

PURCALLA BONILLA, M. A., «La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre», en *Rev. Tribuna Social*, núm. 122, febrero 2001, pág. 54.

PUYOL MONTERO, F. J., «Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia», tomo III, Trivium (dir. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), págs. 4.519 a 4.523.

- RAMOS QUINTANA, M. I., *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989.
- , «Trabajadores extranjeros e integración social», en *Rev. Temas Laborales*, núm. 54, 2000, pág. 7.
- , «El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica», en *XII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander, 2001, págs. 70-71.
- REDONDO HERMIDA, «El contrato de trabajo de extranjeros sin permiso», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 25, 1985, págs. 1.271 y ss.
- REIG FABADO, I., «Derechos sociales de los trabajadores marroquíes en España: tutela judicial efectiva e igualdad de trato. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2002», en *Actualidad Laboral*, núm. 38, 2002.
- RICO LETOSA, S., «Desplazamiento temporal transnacional de trabajadores», en *Rev. Tribunal Social*, núm. 138, junio 2002, pág. 47.
- RIVERA SÁNCHEZ J. R., «La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular», en *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 1, 2002.
- RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., «Los derechos de los extranjeros en España como trabajadores por cuenta ajena» en *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pág. 92.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *JCTSS*, tomo V, 1988, págs. 216 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander (AEDTSS), 2001, pág. 16.
- , «Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 8, 2001, págs. 14 y 15.
- , «Legislación de extranjería y política de inmigración», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 20, 2000, pág. 9.
- , *Inmigración y relaciones laborales*, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, Granada, 2001, págs. 385 y 386.
- ROJO TORRECILLA, E., y CAMÓS VICTORIA, I., «La laborización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración», en *Rev. Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 8, marzo 2005, págs. 83 a 106.
- ROLDÁN BARBERO, J., «La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria», en OLESTI RAYO, A. *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Barcelona, 2000, págs. 237 y ss.

RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 704.

RUIZ DEL CASTILLO, M. M., «Marco legal de la Inmigración Europea», en *Rev. Derecho Social* núm. 21, marzo de 2003, Bomarzo, págs. 29 a 48.

—, «Marco legal de la Inmigración en España. Aspectos Laborales», en *Revista Derecho Social*, núm. 22, junio, 2003, Bomarzo, pág. 18.

—, «Aspectos jurídico-laborales de la inmigración: algunas conclusiones para el debate», en *Actas sobre el II Seminario de Investigación de la Inmigración Extranjera en Andalucía*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, abril de 2002, pág. 34.

RUIZ VADILLO, E., «Comentarios a las circunstancias agravantes», en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia* (coord. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro), Trivium, Madrid, 1997, tomo I, págs. 856 a 859.

SÁEZ LARA, C., «Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extracomunitarios», en las *Actas del III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, (coord. Andreo Tudela J. C.), Huelva. Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2003, pág. 55.

SAGARRA TRÍAS, E., «Un nuevo status de extranjero en España: El inmigrante, irregular, empadronado, residente, trabajando y con orden de expulsión», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 1, noviembre de 2002, págs. 89 a 98.

—, *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Universidad de Barcelona, julio 2002.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, J., «Extranjería e inmigración, un problema convivencial», en *Rev. Locus Apellationis*, núm. 39, 2001, pág. 22.

SANTOLAYA MANCHETTI, P., *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, pág. 16.

SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

SATVINDER S. JUSS, «Reino Unido», en *La regulación de la inmigración en Europa*, Fundación La Caixa, 2005, págs. 185 a 213.

SERRANO ARGÜESO, M., «Los derechos laborales en la nueva Ley de Extranjería. Un estudio comparado de las Leyes Orgánicas 7/1985, 4/2000 y 8/2000 a la luz del nuevo Reglamento de Extranjería», en *Rev. Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, mayo-junio 2002, pág. 395.



SOLA MONELLS, X., «Los derechos de los extranjeros extracomunitarios en materia de Seguridad Social: el principio de igualdad de trato y sus límites», en *Rev. Tribunal Social*, núm. 133, enero 2002, pág. 57.

SOLANS PUEYO, F., «El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/200», en [www.reicaz.es/extranjeria](http://www.reicaz.es/extranjeria).

SOLANES CORELLA, A., «Los procesos extraordinarios de regulación de inmigrantes: algunas alternativas», en *La inmigración en España: contextos y alternativas* (coord. GARCÍA CASTAÑO, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, págs. 579 a 586.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «Capacidad para contratar, en torno al artículo 7», en *Rev. Española del Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 329.

—, *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del estatuto de los trabajadores*, Círculo de Empresarios, Pirámide, Madrid, 1980, pág. 122.

S. VAN RAEPENBUSCH, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes vis-à-vis des ressortissants de pays tiers*, M Den Boer, RTDE, 1979, núm. 3-4, pág. 55-59.

TAJADURA TEJADA, J., «Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España», en *Rev. De Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 7, noviembre de 2004, págs. 14 a 17.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2002, pág. 26.

—, «Las infracciones y sanciones en materia laboral en la nueva Ley de Extranjería: el trabajo sin permiso o autorización y la contratación de extranjeros sin permiso», en *Rev. Tribuna Social*, núm. 133, año 2002, págs. 75 y ss.

—, «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002», en *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 10, marzo, 2003, La Ley, págs. 162 y 163.

TARRIUS, A., *La mondialisation par le bas, les nouveaux nomades de l'économie souterraine*, Paris, Balland, 2002, pág. 168.

TOLOSA TRIBIÑO, C., «La naturaleza jurídica del acto de aprobación del contingente», en J. R. MERCADER UGUINA y C. TOLOSA TRIBIÑO, «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia», en *Rev. Relaciones Laborales* núm. 22, junio 2003, La Ley, págs. 92-93.

—, «Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 5, marzo 2004, págs.147 a 149.

TRINIDAD GARCÍA, M. L., «Los acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos escasos resultados», en *La inmigración en España: contextos y alternativas* (coord. García Castaño, F. J.), *Actas del III Congreso Nacional de Inmigración*, vol. II, Granada, 2002, págs. 493 a 504.

—, «Las particulares "cañadas reales" de la inmigración», en *Actas del II Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía* (coord. Serra Salomón, L), Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, abril de 2002, págs. 11 y 12.

VALDUEZA BLANCO, M. D., «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», en *Rev. Relaciones Laborales*, tomo II, 2003, pág. 167.

VIDAL FUEYO, M. C., *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, págs. 175-176.

VILA LOZANO, J., «La nueva regulación de extranjería en España: tratamiento legislativo, cuestiones sustantivo-procesales y propuestas de futuro», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 538, junio 2002, pág. 3.

VILLEN NAVAJAS, M., «El extranjero autor de infracciones penales. La criminalidad organizada», en *Rev. De Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. IV, 2002, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia», pág. 353.

ZAPATA-BARRERO, R., «Política de inmigración y Unión Europea», en *Rev. Claves de Razón Práctica*, núm. 104, 2000, págs. 23 a 26.

ZINCONI, G., *Primo rapporto sulle politiche di integrazione degli immigrati in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 2000.

—, *Immigrazione. Il governo Berlusconi: le parole, i fatti, i rischi*, Laterza, Roma-Bari, 2002.