

PRIMERA PARTE
MIGRACIONES E IGUALDAD: DIMENSIONES Y DESAFÍOS
EN EL ÁMBITO LABORAL Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS
EN SITUACIÓN IRREGULAR Y ALGUNOS APUNTES SOBRE LAS
MEDIDAS ADOPTADAS PARA EVITAR LA IRREGULARIDAD
SOBREVENIDA ANTE LA COVID-19

**PROTECTION LEVEL PROVIDED TO IRREGULAR FOREIGN
WORKERS AND SOME COMMENTS REGARDING THE MEASURES
TAKEN TO AVOID IRREGULAR ADMINISTRATIVE SITUATIONS
DUE TO COVID-19***

Ángeles Ceinos Suárez**
Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Introducción. –2. Extranjería y derechos sociales: ¿qué protección ante situaciones de irregularidad administrativa?; 2.1. La libertad de sindicación; 2.2. El derecho de huelga; 2.3 El derecho al trabajo y a la seguridad social; 2.3.1. Derecho a una indemnización ante el despido y protección derivada de accidente de trabajo: los primeros pronunciamientos hacia un mayor nivel de protección; 2.3.2. Derecho a la prestación por desempleo; 2.3.3. Derecho a los salarios de tramitación. –3. Medidas de extranjería en el contexto de la COVID-19; 3.1. La prórroga de las autorizaciones; 3.2. Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena; 3.3. Medidas dirigidas a facilitar el acceso al trabajo en el sector agrario ante la falta de mano de obra por las restricciones derivadas de la COVID-19 y algunas situaciones de irregularidad sobrevenida; 3.4. Regularización por arraigo social en el contexto de la COVID-19. –4. Conclusiones.

RESUMEN

La política de inmigración española promueve la inmigración legal, pero son muchos los extranjeros que prestan servicios como trabajadores por cuenta ajena sin la preceptiva autorización de trabajo. El objetivo de este artículo es mostrar el nivel de protección que se dispensa a los trabajadores extranjeros irregulares por el hecho de ser trabajadores, así como las medidas adoptadas en el año 2020 para evitar situaciones de irregularidad administrativa ante el impacto de la COVID-19.

ABSTRACT

The spanish immigration policy promotes the legal immigration but there are many foreign who work without prior administrative work permit. The aim of this article is to analyze the protection level provided to irregular foreign workers, for the mere fact of being a worker, as well as the measures taken in year 2020 to avoid irregular administrative situations due to COVID-19.

* Recibido el 5 de abril de 2021. Aprobado el 12 de julio de 2021.

** Profesora titular del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Palabras clave: Trabajadores extranjeros, inmigración irregular, autorización de trabajo, igualdad en derechos.

Key words: Foreign workers, irregular immigration, work permit, equal rights.

1. INTRODUCCIÓN

A finales de 2019 algunas fuentes sostenían que el número de inmigrantes que residía de manera irregular en España era de entre 390.000 y 470.000, lo que supone entre el 11 % y el 13 % de los inmigrantes extracomunitarios y alrededor del 0,8 % de la población total extranjera que se encuentra en el país¹. Estamos ante un porcentaje importante de personas que, entre otros motivos, pero principalmente debido a su situación administrativa no pueden optar a un puesto de trabajo o a desarrollar una actividad lucrativa por cuenta propia en el marco de la economía formal. Se trata de personas que viven de la economía sumergida, realidad que plantea no pocos dilemas desde un punto de vista ético y social y en la que la aceptación de condiciones de trabajo por debajo de los estándares mínimos fijados por las normas, con todas las implicaciones que ello supone, constituye la tónica habitual.

Este panorama obliga a preguntarse en primer lugar si el ordenamiento jurídico dispensa algún tipo de protección a quienes siendo extranjeros trabajan sin las pertinentes autorizaciones administrativas. En segundo lugar, y debido a las circunstancias sanitarias en las que nos encontramos desde el 14 de marzo de 2020, fecha a partir de la cual las restricciones de movilidad impuestas para evitar contagios sacaron a la luz una situación que no por estar oculta era desconocida, el elevado número de extranjeros que prestan servicios de manera irregular y que como consecuencia de ello no pueden optar a las medidas aprobadas para paliar los efectos de las reducciones o en su caso los ceses de actividad, así como a otro tipo de recursos, nos detendremos también en las reglas e instrucciones aprobadas durante el 2020 para evitar situaciones de irregularidad administrativa de un lado y facilitar la regularización administrativa de otro.

2. EXTRANJERÍA Y DERECHOS SOCIALES: ¿QUÉ PROTECCIÓN ANTE SITUACIONES DE IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA?

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros (LOEX, en adelante) reconoce en su título I un variado elenco de derechos entre los que, por lo que aquí interesa, cabe mencionar los que tienen contenido laboral o guardan una estrecha relación con ellos. Vaya por delante que el reconocimiento de la mayor parte de derechos que incluye la LOEX está condicionado a la tenencia de la correspondiente autorización administrativa. Así ocurre, por ejemplo, respecto de la libertad de circulación (art. 5 LOEX), el derecho de participación pública (art. 6 LOEX), el derecho a la educación a partir de ciertas etapas (art. 9 LOEX), el derecho al trabajo y a la seguridad social (art. 10 LOEX), los derechos en materia de vivienda (art. 13 LOEX) y el derecho a los servicios sociales (art. 14 LOEX)². Diferente es el tratamiento de un importante bloque de derechos y libertades respecto de los cuales la situación administrativa no es tomada en consideración. Se trata de las libertades de reunión y manifestación (art. 7 LOEX), asociación (art. 8 LOEX), sindicación y huelga (art. 10 LOEX) y el derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 LOEX) que se reconoce a “los extranjeros en las mismas condiciones que a los españoles”³.

¹ Así se afirma en G. FANJUL e I. GÁLVEZ-INIESTA, “Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: Una fotografía de la inmigración irregular en España”, Fundación Porcausa, junio 2020.

² Vid. L. OLMO-FERNÁNDEZ, “El Derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros. (Estudio de los apartados 2 y 3 del Art. 14 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *Aranzadi Social*, n.º 11/2005.

³ Acerca del estatuto jurídico del extranjero en España Vid. AA.VV., *Los flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español (Estudios de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia)*, Aranzadi, 2018.

Frente a este panorama, dibujado desde la perspectiva de una norma que establece reglas aplicables a la inmigración legal, no se puede perder de vista que numerosas personas extranjeras, casi un millón, prestan servicios sin contar con las pertinentes autorizaciones, personas que requieren protección desde una perspectiva laboral y de seguridad social en tanto que trabajadores y ha sido el TS, a lo largo de casi 20 años, quien la ha ido proporcionando mediante su interpretación de la normativa de extranjería. En efecto, la doctrina del TS en esta materia resulta de especial interés y por ello expondremos sus principales hitos a lo largo de las siguientes páginas⁴, sin perder de vista la aportación del Tribunal Constitucional respecto de ciertos derechos fundamentales de contenido laboral.

2.1. La libertad de sindicación

El art. 11 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su versión inicial establecía que los trabajadores extranjeros que se hallasen en España tenían el derecho a sindicarse libremente, pero en diciembre de 2000 la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, reformó, entre otros, el mencionado artículo y a partir de su entrada en vigor el ejercicio de este derecho quedó condicionado a la tenencia de una autorización de estancia o residencia en el país⁵. Esta calificación, así como las que afectaban a otros derechos fundamentales, dio lugar a la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad. El TC en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de dicha exigencia apoyándose, entre otras normas, en el convenio de la OIT número 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, que reconoce a los trabajadores “el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”, y en el Convenio número 98, relativo a la aplicación de los principios del Derecho de sindicación y negociación colectiva, que reconoce “el derecho a gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”.

El TC incluyó en su sentencia una importante referencia a la facultad de fundar sindicatos reconociendo dicha posibilidad a cualquier trabajador con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa a la luz de una caracterización material y no jurídico-formal del concepto de trabajador, pues para el TC entender que el derecho de libertad sindical sólo puede ser ejercido por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental de libertad sindical porque los sindicatos tienen “entre otras finalidades posibles la de (defender) los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal. De ahí que no resulte absurdo... reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los sindicatos españoles para la defensa de sus intereses entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma”.

2.2. El derecho de huelga

La Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, había condicionado el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores extranjeros a la tenencia de la pertinente autorización de trabajo. Esta exigencia fue cuestionada por la Junta de Andalucía para quien si se condicionaba el ejercicio del derecho de huelga de los extranjeros a la tenencia de una autorización para trabajar se estarían vulnerando los arts. 28, 10.2 y 13 CE, en conexión con el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el art. 8.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴ Vid. F. Amaadachou Kaddur, “Tratamiento de la inmigración ilegal en España”, *Aranzadi Social*, n.º 2, 2011.

⁵ Acerca de este pronunciamiento Vid. M. C. VIDAL FUEYO, “La jurisprudencia del TC en materia de derechos fundamentales de los extranjeros”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 85, 2009, pp. 370 y ss.

El TC, independientemente de la legalidad o ilegalidad de la situación administrativa en la que se pueda encontrar un extranjero, consideró, en la misma línea de interpretación que ya pusiera de manifiesto en su sentencia 236/2007, que la noción de trabajador incluye “a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona” a lo que añade un criterio de legalidad que extrae del art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el artículo único treinta y nueve de la Ley Orgánica 8/2000, según el cual “la carencia de la correspondiente autorización para trabajar...no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. En consecuencia, y aludiendo además a la normativa internacional, para el TC el art. 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados que lo firmen a garantizar el ejercicio del derecho de huelga lo que implica reconocérselo también a los trabajadores extranjeros que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con las autorizaciones exigidas por la normativa de extranjería.

A tenor de lo expuesto el TC declaró en su sentencia 259/2007, de 19 de diciembre, la inconstitucionalidad de los preceptos que incorporaban la exigencia de una autorización de trabajo por parte de los extranjeros que quisieran ejercer el derecho de huelga. Y posteriormente el legislador pasó a reformar el tenor del precepto cuestionado que, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 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, modificó el art. 11 de la LOEX al entender que para el TC la exigencia de la residencia legal en España “constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo”.

2.3. El derecho al trabajo y a la seguridad social

El artículo 10 LOEX establece que los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la normativa correspondiente tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la seguridad social de conformidad con la legislación vigente. Un extranjero podrá desarrollar una actividad lucrativa siempre y cuando cuente con la pertinente autorización administrativa. Ahora bien, son muchas las personas que desarrollan una actividad lucrativa sin contar con la correspondiente autorización lo que de manera automática les sitúa en la economía informal y les priva de protección o, al menos, de una protección plena.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral establece una clara diferencia entre quienes siendo extranjeros trabajan de acuerdo con los requisitos previstos en la normativa de extranjería y los que no lo hacen así. Esta distinción tiene una gran transcendencia porque condiciona la titularidad y/o el ejercicio de derechos laborales y de otros directamente conectados con el objetivo de alcanzar una vida digna. Centrándonos en el alcance jurídico laboral de la protección que dispensa nuestro ordenamiento jurídico resulta preciso detenerse en el art. 36 LOEX que tras numerosas modificaciones constituye el núcleo de la protección con la que cuentan los nacionales de terceros estados que prestan servicios sin la correspondiente autorización, pues si bien no se reconoce su derecho al trabajo o a la libre prestación de oficio, una vez que se comienza a prestar servicios para otra persona, bajo su ámbito de organización y dirección a cambio de un salario estamos ante un trabajador por cuenta ajena, y a esa situación es a la que el TS en aplicación del art. 36 LOEX dispensa cierto grado de protección, lo que nos lleva a plantear si nos encontramos ante una equiparación total entre trabajadores extranjeros que prestan servicios con la correspondiente autorización y los que lo hacen sin ella y de no ser así cabe preguntarse si es posible aspirar a dicha equiparación.

2.3.1. Derecho a una indemnización ante el despido y protección derivada de accidente de trabajo: los primeros pronunciamientos hacia un mayor nivel de protección

A diferencia de lo que ocurre respecto de los accidentes de trabajo frente a los cuales al trabajador extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización ya se le venía dispensando la protección propia de las contingencias profesionales mucho antes de la aprobación

de la LOEX, en el caso de la protección frente al despido la aprobación de la LOEX y su interpretación por parte del TS ha desempeñado un papel especialmente importante. El TS en su sentencia de 29 de septiembre 2003 (núm. rec. 3003/2002) hizo frente al caso de una trabajadora de nacionalidad argentina que había prestado servicios durante casi un año como ayudante de catering en una empresa sin contar con la correspondiente autorización de trabajo y había sido despedida tras comunicar su embarazo y la imposibilidad de realizar sobreesfuerzos. Ante esta situación la trabajadora interpuso demanda por despido que fue estimada. El despido fue calificado como nulo y el empleador fue condenando a readmitir a la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido. El empleador interpuso recurso de suplicación, pero su pretensión fue desestimada por lo que, finalmente, acudió al TS en unificación de doctrina. El TS sostuvo que, el art. 36.5 LOEX, en aquel momento art. 33.3 LOEX, “establece con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado a trabajar no es a partir de la Ley (se refería a la Ley Orgánica 4/2000) un contrato nulo” y, en consecuencia, consideró que, en la medida en que el despido no estaba justificado y tenía como única motivación su embarazo merecía la calificación de nulidad.

Por lo que se refiere a la protección derivada de accidente de trabajo, la primera sentencia del TS en la que tuvo que hacer frente a la interpretación del vigente art. 36 LOEX, en aquel momento art. 33 LOEX, fue la STS de 9 de junio 2003 (núm. rec. 4217/2002), dictada en unificación de doctrina y en la que se analizó el supuesto de un ciudadano ecuatoriano que trabajaba para una empresa encargada de gestionar un hotel. El trabajador había sufrido un accidente de tráfico al volver del trabajo, pero no contaba con las autorizaciones pertinentes para trabajar y tampoco había sido dado de alta en la seguridad social.

El juzgado competente reconoció el derecho del trabajador accidentado a la asistencia sanitaria y a las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo que había sufrido, pero el INSS y la TGSS, disconformes con dicho pronunciamiento, interpusieron recurso de suplicación ante el TSJ de Aragón que confirmó la sentencia recurrida. Ante esta decisión el INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue desestimado por el TS. En este caso el vigente art. 36 LOEX, en aquel momento art. 33.3 LOEX, establecía que “la carencia de la correspondiente autorización para contratos 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” y el art. 106.1 LGSS, que imponía la obligación de cotizar cuando se inicia la prestación de servicios por cuenta ajena, conformaron el fundamento normativo de esta sentencia. Por otra parte, se reconoció en la sentencia la dificultad para aplicar el Convenio núm. 19 OIT porque este Convenio, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo no había sido ratificado por Ecuador, país del que era nacional el trabajador accidentado. Sí se aplicó, en cambio, el art. 1.4 b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social, y reconoce el derecho del trabajador a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo.

A la misma conclusión llegó el TS en su sentencia de 7 de octubre de 2003 (núm. rec. 2153/2002) en la que se planteaba un caso en el que un trabajador de nacionalidad colombiana que no contaba ni con autorización de trabajo ni de residencia había sufrido un accidente de trabajo. En la instancia se había declarado que el actor estaba afecto de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo y se le había reconocido el derecho a percibir una pensión en cuantía del 100 % de la base reguladora. El TS apoyándose en los mismos argumentos que en la sentencia anterior confirmó dicha protección con independencia de la situación administrativa en la que se encontraba el trabajador.

2.3.2. Derecho a la prestación por desempleo

El TS también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones acerca de si el trabajador extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización tiene derecho a la prestación por desempleo cuando se produce una pérdida involuntaria de su trabajo. La pri-

mera sentencia en la que el TS abordó esta cuestión fue la de 18 de marzo de 2008 (núm. rec. 800/2007) y en ella se denegó dicha prestación. En este caso se cuestionaba si un trabajador extranjero que había prestado servicios sin autorización de trabajo y tampoco contaba con autorización para residir podía inscribirse como demandante de empleo y percibir la prestación por desempleo correspondiente a los ocho meses durante los que había estado trabajando. El trabajador había sido despedido y su despido había sido calificado como improcedente por sentencia firme, pero su reclamación relativa a la prestación por desempleo había sido denegada tanto en la instancia como en suplicación y la misma respuesta le fue dada por el TS para quien el derecho al desempleo no está incluido en las previsiones del art. 36 LOEX puesto que el actor, dada la situación irregular en que se encuentra al carecer de la autorización administrativa de residencia no acredita disponibilidad para buscar activamente empleo, para aceptar una colocación adecuada y tampoco para suscribir el compromiso de actividad que impone la LGSS.

En noviembre de 2008 el TS resolvió otra reclamación en la que un extranjero que había prestado servicios sin la correspondiente autorización solicitaba prestación por desempleo. El TS en su sentencia de 12 de noviembre 2008 (núm. rec. 3177/2007) denegó el derecho a dicha prestación por las mismas razones por las que lo había hecho unos meses antes, si bien merece la pena destacar que en esta sentencia se indica que aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en materia de seguridad social no tuviera repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social sí podía dar lugar “al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero sin papeles no tenga derecho a la protección de desempleo...no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social”, eso sí, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, de la Seguridad Social⁶.

Así pues, el período de tiempo durante el cual un trabajador extranjero presta servicios sin la correspondiente autorización no se tiene en cuenta a efectos de generar el derecho a la prestación por desempleo, ni tampoco se tomará en consideración cuando la situación administrativa de un trabajador extranjero es inicialmente irregular y posteriormente torna en regular, pues para el TS el tiempo durante el cual se presta servicios sin la correspondiente autorización tampoco puede computarse a efectos del cálculo de la prestación aunque se haya regularizado la situación y haya un determinado número de días en los que sí se ha cotizado (SSTS de 31 de enero de 2017 (núm. rec. 3345/2015 y 1153/2015).

Merece la pena mencionar que la Ley Orgánica 4/2000 fue modificada en el año 2003 a través de la Ley Orgánica 14/2003, cuya entrada en vigor supuso que el art. 36.3 LOEX estableciera que “la ausencia de la autorización para trabajar no sería obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”. No obstante, ya ha quedado claro que a juicio del TS la prestación por desempleo no es una de ellas y en línea con dicha interpretación el art. 39 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, modificó el art. 36 LOEX, que a partir de su entrada en vigor establecía: “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”⁷.

⁶ Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 764/2008.

⁷ Vid. B. CORUJO, “Flujos migratorios y desempleo: la (des)protección de los trabajadores extranjeros y de los emigrantes retornados”, *Información Laboral*, n.º 2/2016; L. A. TRIGUERO, “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTS de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008”, *Aranzadi Social*, n.º 21/2008.

2.3.3. Derecho a los salarios de tramitación

Así pues, los extranjeros que prestan servicios sin la correspondiente autorización tienen los derechos que les reconoce la LOEX así como aquellos otros que se derivan del ejercicio de una actividad en régimen laboral, esto es, el derecho a no ser despedido si no es por justa causa, no considerándose como tal la carencia de las correspondientes autorizaciones, derecho a las prestaciones que se puedan derivar de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, así como el derecho al salario, incluyendo, como veremos a continuación, el derecho a los salarios de tramitación. Respecto a los salarios de tramitación destacan las SSTs de 21 de junio (núm. rec. 3428/2010) y de 17 de septiembre de 2013 (núm. rec. 2398/2012). En el primer caso una trabajadora de nacionalidad brasileña que había prestado servicios como camarera durante un año sin la correspondiente autorización de trabajo había sido cesada al ser detenida por su situación irregular, pero unos meses más tarde había vuelto a trabajar para el mismo empleador, en el mismo centro de trabajo y una vez más sin la correspondiente autorización de trabajo. Levantada acta por parte de la Inspección de Trabajo, el empleador procedió a despedir verbalmente a la trabajadora sin alegar ninguna de las causas previstas en la legislación laboral. El despido de la trabajadora fue declarado improcedente, pero no se reconoció el derecho a los salarios de tramitación sino únicamente el derecho a una indemnización.

Ante esa decisión la trabajadora interpuso recurso de suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso reconociendo el derecho a los salarios de tramitación lo que llevó al empleador a presentar recurso de casación en unificación de doctrina ante el TS, órgano que reconoció el derecho de la trabajadora a dichos salarios y lo hizo apoyándose en la validez del contrato respecto de los derechos del trabajador extranjero que presta servicios sin autorización de residencia y trabajo. El TS considera que el extranjero extracomunitario que presta servicios sin autorización no puede verse privado de los salarios de tramitación, pues “resulta evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos”. En la misma línea se sitúa la STS de 17 de septiembre de 2013 (núm. rec. 2398/2012), que en este caso afectaba a un trabajador ecuatoriano que había prestado servicios sin autorización.

Por último, el TS en su sentencia de 16 de noviembre 2016 (núm. rec. 1341/2015) se plantea cómo ha de reaccionar el empleador cuando no se renueva la autorización de residencia y trabajo de un extranjero que presta servicios por cuenta ajena. En el caso la trabajadora había solicitado la renovación de su autorización de residencia y trabajo, pero dicha renovación había sido denegada y, en consecuencia, la empleadora le comunicó su despido, despido que fue declarado improcedente condenándose a la empresa a abonar la correspondiente indemnización. En esta sentencia se plantea qué causa de extinción del contrato de trabajo ha de ser alegada cuando el motivo que impide continuar con la relación laboral es la imposibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo. Para el TS es claro que en este caso el art. 49.1. b) ET no resulta aplicable porque dicho precepto “solo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría una cláusula abusiva aquélla que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador”. De ahí que para el TS la situación descrita podría encajar en el apartado l) del art. 49 ET porque “guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52 ET”.

Para el TS no cabe duda de que la pérdida de la autorización para trabajar en España imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero. Y tampoco puede negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Sin embargo, afirma el TS “nuestro legislador ha querido dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y, como ya hemos expresado, los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en Es-

pañá. pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente". Para el TS ser congruentes con la doctrina que se ha ido construyendo en materia de protección de los trabajadores extranjeros que prestan servicios sin la correspondiente autorización desde la entrada en vigor de la LOEX obliga a concluir que en el caso de los extranjeros su despido por ausencia de renovación es improcedente.

3. MEDIDAS DE EXTRANJERÍA EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

Como se sabe, el RD 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional con el fin de adoptar una serie de medidas dirigidas a afrontar la crisis sanitaria que desde marzo de 2020 viene sacudiendo al país⁸. Dicha situación trajo consigo un importante número de restricciones, destacando de manera principal las que afectaron a la movilidad. En dicho contexto el legislador adoptó una serie de medidas específicas dirigidas a las personas extranjeras cuyo objetivo primordial era evitar situaciones de irregularidad administrativa, facilitar el desarrollo de ciertas actividades e impedir que el contexto de pandemia impidiera culminar los procesos de regularización por arraigo social ya iniciados.

3.1. La prórroga de las autorizaciones

La suspensión de los plazos administrativos fue una de las primeras medidas adoptadas en aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020. En el caso de las personas extranjeras el cumplimiento de los plazos en los procedimientos administrativos tiene una gran relevancia porque de ello depende su situación administrativa y por consiguiente la posibilidad de ejercitar derechos con un mayor o menor grado de plenitud, de ahí que para evitar las dificultades para seguir los trámites pertinentes en materia de extranjería, el 18 de marzo del 2020 la Dirección General de Migraciones publicase una Comunicación sobre el alcance del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en relación con su disposición adicional tercera y su aplicación a los procedimientos de extranjería. No obstante, se trataba únicamente de una Comunicación por lo que la publicación posterior de una Orden, la SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptaron medidas concretas en relación con las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo, así como respecto de otras situaciones de los extranjeros en España, proporcionó una mayor grado de seguridad jurídica ante esta extraordinaria situación, evitando además que cuando se produjera el levantamiento del estado de alarma aquellos extranjeros que no hubieran podido renovar sus autorizaciones se vieran abocados a una situación de irregularidad sobrevenida.

Así pues, la primera medida que se adoptó en esta materia fue la prórroga de forma automática de todas aquellas autorizaciones que hubieran podido perder su vigencia durante el estado de alarma, prórroga que se extendió también a aquellas otras que hubieran vencido en los tres meses previos a su declaración. Además de esta medida de aplicación directa se añadió una precisión importante, cual fue que la continuidad de la residencia en el país, condición que hay que acreditar cuando se pretende la renovación de una autorización, no se considerase incumplida por el hecho de estar ausente del territorio español como consecuencia de la imposibilidad de retornar debido a la COVID-19 (art. 7).

La prórroga mencionada se extendió a ciertas autorizaciones y situaciones⁹. En concreto, se prorrogaron hasta el 21 de diciembre de 2020 las tarjetas de familiar de ciudadano de la Unión Europea y las de identidad de extranjero concedidas en base a una residencia de larga duración,

⁸ El Estado de alarma se prorrogó en cuatro ocasiones, la última el 8 de mayo a través del Decreto 514/2020 hasta las 00.00 horas del día 24 de mayo de 2020.

⁹ En concreto, autorizaciones temporales de residencia y/o trabajo, a las autorizaciones de estancia, a las tarjetas de familiar de ciudadanos de la Unión, a las tarjetas de identidad de extranjeros concedidas teniendo en cuenta una residencia de larga duración, a los visados de larga duración y a las estancias de hasta noventa días.

así como las situaciones de estancia de hasta 90 días y algunos visados de larga duración durante un periodo de tres meses a contar desde la finalización del estado de alarma y siempre que su titular se encontrase en España y no hubiera podido regresar a su país de origen¹⁰.

3.2. Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

La prórroga automática a la que hemos hecho referencia resultaba a todas luces insuficiente, pese a su importancia, pues resultaba necesario evitar que se produjeran situaciones de irregularidad sobrevenida de extranjeros ya integrados en la sociedad española y que se hubieran podido ver afectados por la crisis de la COVID-19. Por esta razón se decidió flexibilizar la interpretación de ciertos conceptos a los que alude la normativa de extranjería y son clave a la hora de renovar algunas autorizaciones, en concreto las de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (incluidas las de los profesionales altamente cualificados), las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar. Lo que se perseguía con la Instrucción aprobada era impedir que resultase necesario acudir a la presentación del Informe de esfuerzo de integración, al que hace referencia el art. 31.7 LOEX y que, como indica el art. 51.6 REX, puede ser alegado por el extranjero cuando no se puede acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos que se exigen a la hora de renovar autorizaciones en todos los casos¹¹, pues “supone en la práctica, una carga adicional al ciudadano puesto que debe ser solicitado expresamente por el mismo y que al mismo tiempo, supondría una carga añadida para las Administraciones públicas encargadas de su expedición”¹².

Y es que la renovación de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de un extranjero depende en gran medida de la continuidad en la relación laboral, por lo que la reducción o el cese de actividad que ha colocado a muchas personas en la situación de suspensión del contrato de trabajo o en la de desempleo como consecuencia de la situación sanitaria, tiene un impacto adicional para los extranjeros por la posible incidencia en su situación administrativa, de ahí que la flexibilización de conceptos con el fin de facilitar la renovación de autorizaciones se haya centrado en el concepto de continuidad de la relación laboral. El art. 71.2 REX condiciona la renovación de las autorizaciones a la continuidad de la relación laboral y al mantenimiento de la actividad para la que fueron concedidas durante un período mínimo de tiempo¹³.

¹⁰ Los visados de larga duración afectados por esta medida eran aquellos que se hubieran expedido al amparo de un Acuerdo de Movilidad de Jóvenes, así como los visados de estancia por estudios de hasta 180 días de duración cuya vigencia hubiera expirado durante la vigencia del estado de alarma.

¹¹ El art. 51.6 REX hace referencia al contenido mínimo del Informe de esfuerzo de integración del extranjero, que ha de redactar la administración autonómica competente y que podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados y el informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas.

¹² Así se afirma en la exposición de motivos de las Instrucciones DGM 5/2020 sobre la renovación de las autorizaciones de residencia y/o trabajo en el contexto de la COVID-19.

¹³ En efecto, el art. 71.2.b) REX establece que la autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió durante un mínimo de seis meses por año y siempre que el trabajador 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 o bien disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 REX.

Por lo que se refiere a la primera condición, la Instrucción primera de la DGM 5/2020, sobre la renovación de las autorizaciones de residencia y/o trabajo en el contexto de la COVID-19, indica que se entenderá existente la continuidad aun cuando en el momento de presentar la solicitud de renovación su titular esté afectado por un procedimiento de suspensión de contrato por causa de fuerza mayor o por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, al amparo del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, así como en aquellos casos en los que el extranjero, que esté dado de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar haya visto reducida total o parcialmente su jornada laboral.

En cuanto a la segunda condición, esto es, la realización de la actividad laboral durante un período mínimo de tiempo, el art. 71.2.b) REX diferencia dos situaciones. En una de ellas se exige un período mínimo de seis meses y en la otra de tres. La Instrucción primera mencionada en su apartado segundo establece que se tomará en consideración a los efectos de dicho período mínimo de seis o de tres meses el tiempo que el trabajador se haya visto afectado por un procedimiento de suspensión de contrato por causa de fuerza mayor o por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, al amparo del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. Asimismo, se tendrá en cuenta a los mismos efectos el período de tiempo durante el cual el trabajador extranjero se encuentre dado de alta en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social y haya visto reducida total o parcialmente su jornada laboral y, por último, el período de tiempo durante el cual se haya estado percibiendo el subsidio por desempleo excepcional por fin de contrato temporal o el subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social en casos de extinción, así como otros que pudieran introducirse a raíz de la COVID-19.

Un extranjero también puede renovar sus autorizaciones de residencia y trabajo cuando la relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, haya buscado activamente empleo y hubiera estado trabajando y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un período de doce, o de dieciocho meses en un período de veinticuatro. Las Instrucciones DGM 5/2020, al igual que en los casos ya expuestos, establecen que ese período de tiempo mínimo se entenderá cumplido, aunque concurren las tres situaciones excepcionales enumeradas en los párrafos anteriores. Además, se afirma de manera expresa que no se exigirá disponer de un nuevo contrato siempre y cuando su última relación se hubiere interrumpido por causas ajenas a su voluntad, considerándose que dicho requisito así como el relativo a la búsqueda activa de empleo se ha cumplido cuando “la relación laboral se extinga con ocasión de las consecuencias económicas de la COVID-19” e incluye una presunción según la cual “se entenderán por tales aquellas extinciones producidas dos semanas antes de la declaración del estado de alarma, las que se produzcan durante su vigencia, así como aquellas otras que se hubieran producido hasta el 30 de junio del 2020, fecha que ha de considerarse desplazada al menos por ahora hasta el 31 de mayo del 2021, pues la fecha del 30 de junio del 2020 se tomaría en consideración “sin perjuicio de que pudiera considerarse una fecha posterior, a estos efectos, si la duración de los ERTE se amplía”.

Por último, en relación con las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena las Instrucciones DGM 5/2020 también se ocuparon de las que corresponden a los profesionales altamente cualificados, cuya renovación, de acuerdo con el art. 93 REX están supeditados, entre otros requisitos, a la tenencia de relación laboral. Las Instrucciones DGM 5/2020 establecen que dicha relación laboral continúa en aquellos casos en los que el extranjero se encuentre afectado en el momento de presentar la solicitud por un procedimiento de suspensión de contrato por causa de fuerza mayor o por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, de acuerdo con las especialidades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de tal manera que aunque concorra dicha situación no se entenderá que el extranjero ha dejado de cumplir las condiciones de entrada y residencia en el territorio español como profesional altamente cualificado.

3.3. Medidas dirigidas a facilitar el acceso al trabajo en el sector agrario ante la falta de mano de obra por las restricciones derivadas de la COVID-19 y algunas situaciones de irregularidad sobrevenida

La situación epidemiológica que ocasionó la crisis sanitaria impuso la necesidad de adoptar medidas que alteraron las condiciones sociales, económicas y productivas. Además de la intensa reducción de actividad se produjo una disminución acusada de mano de obra en determinados sectores, entre los que hay que mencionar el agrario. La preocupación desde los sectores agrícolas era la imposibilidad de atender de manera correcta la demanda de trabajadores agrarios, situación que requería tomar decisiones con rapidez, pues gran parte de las necesidades de mano de obra se centralizaban en los cultivos estacionales de temporada. Para responder a dicha situación se aprobó el real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptaron con carácter de urgencia ciertas medidas en materia de empleo agrario (las medidas de flexibilización que se previeron en esta norma tenían una vigencia limitada inicialmente hasta el 30 de junio del 2020, aunque fueron posteriormente prorrogadas hasta el 30 de septiembre)¹⁴, cuyo principal objetivo era favorecer la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario.

Para ello se autorizó la compatibilidad de la retribución percibida por la actividad laboral en dicho sector con diferentes subsidios o prestaciones de seguridad social y entre los diferentes colectivos de trabajadores que podían beneficiarse de esta medida se encontraban los trabajadores migrantes cuya autorización de trabajo hubiera concluido, inicialmente antes del 1 de julio del 2020 y, posteriormente, antes del 1 de octubre del 2020. Asimismo, podían acogerse a esta medida los extranjeros en situación regular de entre 18 y 21 años (o que hubieran cumplido 22 años mientras desarrollaban su actividad en el sector agrario al amparo del real Decreto Ley 13/2020), quienes a partir del 1 de julio del 2020 tenían un mes para solicitar una autorización de residencia y trabajo de nueva creación, regulada por la disposición adicional 2.º 1 del Real Decreto Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptaron medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y seguridad social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Dicha autorización tiene una vigencia de dos años, renovable por otros dos y será válida en todo el territorio nacional sin limitación alguna por ocupación o sector de actividad y sin aplicación de la situación nacional de empleo.

3.4. Regularización por arraigo social en el contexto de la COVID-19

Por último, es preciso hacer referencia a otra medida directamente relacionada con una de las vías que nuestro ordenamiento jurídico prevé para acceder a una autorización de residencia y trabajo junto al procedimiento general y la gestión colectiva de los flujos migratorios, la regularización individual de aquellas personas que se encuentran en el país de manera irregular y que puede alcanzarse por arraigo social, laboral o familiar, tal y como establece el art. 124 LOEX¹⁵. En el año 2020 y en el contexto de la situación sanitaria que sufrimos se flexibilizaron algunos de los requisitos que se exigen para obtener la residencia temporal por razones de arraigo social al amparo de las Instrucciones DGM 6/2020, sobre los procedimientos iniciados para la regularización por arraigo social.

¹⁴ También se aprobaron las Instrucciones 3/2020, de la Dirección general de Migraciones sobre la prórroga de los trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluyese en el período comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y el 30 de junio de 2020, en virtud del art. 2.1. c) Real Decreto Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario y las Instrucciones DGM 9/2020, sobre el régimen aplicable a los jóvenes, nacionales de terceros países que se encontrasen en situación regular, de entre los 18 y los 21 años y hubieran sido empleados en el sector agrario con base en el Real Decreto Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, cuando finalice su vigencia.

¹⁵ Vid. M. A. PÉREZ ALONSO, "El arraigo de los extranjeros irregulares como mecanismo de integración social. Breve recorrido por la LO 4/2000 y su reforma de 2009", *Aranzadi Social*, n.º 5, 2010.

Como se sabe, el art. 124.2 REX establece que podrán obtener una autorización por arraigo social los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que hubieran residido durante los últimos cinco años y cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Las Instrucciones mencionadas tratan de paliar los efectos negativos que la situación sanitaria está produciendo sobre el mercado de trabajo y el impacto que ello podría tener sobre los procedimientos de arraigo social ya iniciados. En concreto, la primera Instrucción establece que si se comunicaba la concesión de la autorización antes del 9 de junio (día siguiente a la firma de las Instrucciones) o después y no era posible iniciar la relación laboral se concedía al trabajador 45 días para buscar otro empleo y que la tramitación del procedimiento ya iniciado no se viera afectado. Si dicho plazo es suficiente o no es otra cuestión, de ahí que se haya incluido una medida subsidiaria aplicable en aquellos casos en los que en el plazo de 45 días no se hubiera encontrado otro trabajo. Dicha medida habilitada por la segunda Instrucción permitía que en los casos descritos se presentase un Informe de arraigo para acreditar el nivel de integración social o el resguardo de haberlo solicitado, de modo que se continuaría con el procedimiento si el Informe recomendase eximir al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, eso sí, siempre y cuando cuente con medios económicos suficientes para vivir.

4. CONCLUSIONES

Como nos ha recordado el Secretario General de Naciones Unidas el pasado 18 de diciembre, día internacional del migrante, “la migración es un fenómeno que ha existido siempre. El cambio climático, la demografía, la inestabilidad, las desigualdades cada vez mayores y las aspiraciones a una vida mejor, así como las necesidades no satisfechas en los mercados laborales, nos indican que la migración seguirá existiendo”. La OIT ha puesto de manifiesto en varias ocasiones que la movilidad internacional de mano de obra ha aumentado bajo las condiciones contemporáneas de globalización, al tiempo que se han acelerado los niveles de explotación y de desregulación.

En este trabajo se ha intentado mostrar el nivel de protección que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a los extranjeros irregulares que trabajan por cuenta ajena, pero se trata de una protección que se otorga una vez salen a la luz las situaciones de irregularidad en las que no se aplican los estándares mínimos exigidos por las normas laborales. Desde un punto de vista económico los trabajadores extranjeros irregulares desempeñan un importante papel para mantener la competitividad en sectores de actividad cuyas condiciones de trabajo no son atractivas para los trabajadores españoles, comunitarios o extracomunitarios cuyo estatuto jurídico les permite contar con cierta capacidad de elección. Muchos Estados, y España no es una excepción, se encuentran ante un importante dilema a la hora de abordar las migraciones como fenómeno global, pues se potencian políticas migratorias cuyo objetivo es atraer a personas con una capacidad profesional de la que carece el mercado de trabajo interno y evitar la entrada de extranjeros si no es por las vías previstas en la normas, al mismo tiempo que se ocupa a los extranjeros en situación irregular en trabajos calificados por la OIT como “dificiles, sucios y peligrosos” que no resultan atractivos para nadie y son finalmente ocupados por trabajadores migrantes que se sitúan en la economía irregular incrementándose de manera intensa su situación de vulnerabilidad.

En otras palabras, se lucha contra la migración irregular, pero a la vez se tolera la presencia de migrantes en situación irregular, que además trabajan en los sectores peor pagados y menos atractivos para los trabajadores nativos. Se precisa un enfoque global para hacer frente a esta situación ciertamente paradójica, un enfoque donde el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario desempeñe un papel más importante que el que tiene atribuido en estos momentos. A nivel interno y tras el acercamiento a los dos temas que han sido objeto de exposición en este trabajo, cabe preguntarse si es este el momento de plantear un proceso de regularización colectiva, si es preciso rediseñar los procesos de regularización individual y, por último, si se necesita aclarar cómo se ha de hacer frente a las situaciones de economía informal cuando concurre además el elemento de extranjería.