



## REPERCUSION DE LA REFORMA DE LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES DE LOS EXTRANJEROS

M.<sup>a</sup> DOLORES VALDUEZA BLANCO

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

Universidad Carlos III

### EXTRACTO

La situación jurídica de los extranjeros extracomunitarios ha sido regulada en España en un periodo de tan sólo cuatro años, por tres leyes: la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, posteriormente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y, a su vez, modificada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003. Esto pone de manifiesto las dificultades con las que el legislador se encuentra a la hora de acometer el fenómeno inmigratorio. El presente trabajo va a analizar, exclusivamente, las novedades que, la promulgación de la LO 14/2003, ha supuesto en el régimen inmigratorio preexistente.

La actual reforma legislativa ha centrado todos sus esfuerzos en el control de la inmigración irregular —si bien es verdad, que las anteriores leyes también pusieron énfasis en ello—, siendo las modificaciones referidas a las situaciones de regularidad de menor trascendencia, con la excepción del tratamiento dado al visado. Este control se ha visto reforzado en las tres fases de la migración, esto es, tanto en el país de origen, como en la frontera y en el país de destino; estableciéndose, para ello, más instrumentos de vigilancia (v.g. las compañías de transporte adquieren nuevas obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de sanción). Con la misma finalidad, se habilita a la Dirección General de la Policía para el acceso a los datos padronales de los extranjeros. Este acceso, en la práctica, podría llegar a provocar que los inmigrantes no se inscribieran en el correspondiente Padrón Municipal motivando así, el efecto contrario al pretendido por la norma. Esta falta de inscripción también podía afectar, de hecho, al ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, al estar éste vinculado al requisito del previo empadronamiento.

Especial mención merece la reforma del art. 36.3, en tanto que otorga a los trabajadores irregulares el derecho a las prestaciones que pudieran corresponderles.

Finalmente, respecto de la incorporación de los inmigrantes al sistema productivo español, desarrollando una actividad por cuenta ajena, el art. 39, que regula el contingente, ha venido a positivizar las prácticas que ya se venían llevando a cabo.

**ÍNDICE:**

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES DE LOS EXTRANJEROS
  - 2.1. Posible afectación de derechos sociales a través de la LBRL
  - 2.2. Ampliación de los derechos de los trabajadores irregulares
    - 2.2.1. Antecedentes
    - 2.2.2. El nuevo art. 36.3 LOE
      - 2.2.2.a) La responsabilidad del Empresario
      - 2.2.2.b) Las prestaciones
3. EL CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS
  - 3.1. En el país de origen
  - 3.2. En la frontera
  - 3.3. En el país de destino
4. EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO
  - 4.1. El régimen general
  - 4.2. El Contingente
  - 4.3. El Régimen Privilegiado
5. A MODO DE REFLEXIÓN

**1. INTRODUCCIÓN**

Desde que se promulgara la L.O. 7/85<sup>1</sup>, sobre derechos y libertades de los extranjeros, se han incorporado al Ordenamiento Jurídico tres nuevas leyes<sup>2</sup>, a saber, la ley 4/2000, la modificación operada por la LO 8/2000 y la actual, también modificando la precedente, LO 14/2003. Por tanto, la L.O. 7/85 ha estado en vigor durante quince años mientras que en el periodo de, tan sólo, cuatro años han sido necesarias tres reformas. Y, si bien es cierto que el fenómeno migratorio ha sufrido, en estos casi veinte años, un cambio significativo, no parece que ello haya sido la causa de las últimas reformas legislativas señaladas sino, más bien, el desacierto en el control de los flujos migratorios<sup>3</sup>. Control que se erige en objetivo esencial para el legis-

<sup>1</sup> Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (BOE 03-07-1985), que desde ahora se denominará LO 7/85.

<sup>2</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 12-01-2000), a la que se aludirá como LO 4/2000. Posteriormente se promulga 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 (BOE 23-12-2000) que será denominada como LO 8/2000. Y, finalmente, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE 21-11-2003) a la que se hará referencia como LOE.

<sup>3</sup> Que se manifiesta tanto en los sucesivos procedimientos de regularización, como en las cifras de inmigrantes irregulares que se barajan. «Una aproximación al volumen de extranjeros en situación irregular se obtiene comparando la estimación del Censo de Población (1.175.000) con el registro de residentes legales del Ministerio del Interior en 2001. Esta comparación eleva a 400.000 la cifra de inmigrantes irregulares, un volumen muy elevado si se

lador, como puede constatarse, si se analizan las correspondientes Exposiciones de Motivos de las mencionadas leyes<sup>4</sup>, pues en todas ellas se viene haciendo énfasis en la necesidad de hacer frente a una determinada realidad, esto es, la inmigración no deseada

Así, ya en la primera de ellas, en la LO 7/85<sup>5</sup>, tras poner de manifiesto la necesidad de promulgar una ley que se adecuase tanto a la Constitución española<sup>6</sup> como a los textos internacionales ratificados por España, se indicaba que debían diferenciarse las situaciones de legalidad de las de ilegalidad, debiendo impedirse éstas. La siguiente ley, la LO 4/2000, se produce después de quince años, si bien el legislador no indica, quizá por los avatares políticos que rodearon la misma, los motivos de su promulgación y se ha de esperar a la LO 8/2000 para conocer los propósitos de estas reformas. Pues bien, la LO 8/2000, además de señalar los cambios sufridos por el fenómeno migratorio, recuerda que España, ahora miembro de la UE, debe adecuar sus normas a los compromisos que se adquirieran en ese espacio común<sup>7</sup>, y por ello insiste en la necesidad de diferenciar, en todos los aspectos, la inmigración legal de la ilegal<sup>8</sup>.

Finalmente, la LOE justifica la necesidad de una nueva reforma, básicamente, en dos aspectos: la obligada adecuación a las fuentes jurídicas<sup>9</sup> y

---

*considera que en las regularizaciones extraordinarias de 2000 y 2001 se concedió la residencia a 387.000 personas. No obstante, la cifra se puede rebajar hasta las 200.000 personas, pues el arraigo de 2001 se llevó a cabo a partir de la segunda mitad de año y tuvo efectos en 2003. En cualquier caso, estas cifras sólo tienen un valor orientativo y a ellas habría que sumar las entradas de nuevos irregulares que se producen desde 2001, así como la caída en la irregularidad de aquellos otros que no lograron renovar el permiso de residencia». «Trabajadores Extranjeros y Acción Sindical». Cuadernos de Información Sindical. Confederación Sindical de Comisiones Obreras: Madrid, octubre 2003, pág. 13*

<sup>4</sup> Salvo en la LO 4/2000, que carece de Exposición de Motivos.

<sup>5</sup> Señala textualmente que: «Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones. La Ley pretende, además, favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española».

<sup>6</sup> El art. 13 de la CE establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantizan su título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley.

<sup>7</sup> Véase el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 16 y 17 de octubre de 1999, sobre un espacio de libertad, seguridad y justicia.

<sup>8</sup> Se indica en la Exposición de Motivos «... incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal».

<sup>9</sup> Respecto de la normativa comunitaria, debían incorporarse al ordenamiento jurídico interno: La Decisión del Consejo de 20.12.2001 (sobre tasas); la Directiva 2001/51 de 28-06-2001 (sobre transportistas); la Directiva 2001/40 de 28.05.01 (sobre expulsión); la Directiva

los propios aspectos sociológicos de las migraciones<sup>10</sup>, entendiendo que ambas realidades deben materializarse en el control de acceso de los extranjeros Intervención que, en esta ley y en las precedentes, se realiza por dos vías; una de ellas, a través del vigilancia de las fronteras —de fracasar ésta, surge el régimen sancionador—; y la otra, restringiendo el ejercicio de determinados derechos. En esta última reforma, respecto del control de la inmigración irregular, se pone énfasis en el que ha de ser efectuado de forma preventiva, obligando a los transportistas a asumir un papel policial en dicha tarea. Además, el irregular que lo sea en cualquier estado miembro de la UE es susceptible de expulsión por las autoridades españolas.

Por lo que se refiere a la privación de derechos, se mantienen las carencias de la legislación precedente —salvo el art. 36 LOE, que constituye un avance importantísimo en los derechos laborales de los trabajadores irregulares— aunque también, en la práctica, podrían quedar afectados negativamente otros, concretamente aquéllos cuyo ejercicio está condicionado al requisito de la inscripción en el Padrón Municipal.

Es verdad que el legislador no se ha olvidado completamente de la inmigración regular como tal —y no tan sólo como el otro lado de la ilegal—, pues adopta algunas medidas al respecto tales como dar una nueva naturaleza al visado, simplificando los trámites administrativos de acceso y la creación de dos nuevas instituciones como son el Consejo Superior de Inmigración y el Observatorio contra el racismo<sup>11</sup>. Sin embargo, tratándose de integración<sup>12</sup> debe subrayarse que ni esta reforma legislativa ni todas las recientes medidas, adoptadas por diversas instancias, la toman en consideración más allá de las actitudes encaminadas a evitar las estancias irregulares<sup>13</sup>.

2002/90 de 28.11.2002 (sobre irregulares) y el Reglamento 1030/2002 del Consejo de 13.06.02 (sobre tarjetas de identidad). Y, por supuesto, la STS de fecha 20.03.2003 que establecía la nulidad de determinados artículos del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 (RD 864 / 2001, de 20 de julio; publicado en el BOE de 21-07-2001, al que se denominara a partir de ahora como RE)

<sup>10</sup> «Así, junto al considerable incremento producido del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, también se ha constatado un cambio en las formas en las que se produce el hecho migratorio del que nuestro país es receptor; lo que ha generado un mayor conocimiento de este fenómeno a fin de incorporar nuevos instrumentos normativos que posibiliten una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios facilitando los medios a través de los que se ha de desarrollarse la inmigración respetuosa con los causes legales, y reforzando los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal...». (Exposición de Motivos de la LOE).

<sup>11</sup> Arts. 68 y 71, respectivamente, de la LOE.

<sup>12</sup> No debe olvidarse que la LO 4/2000 introduce este concepto en el propio título de la Ley, que pasa a versar sobre «derechos y libertades de los extranjeros y su integración social».

<sup>13</sup> Véase la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 20.09.03).

Por consiguiente, el presente trabajo se articula sobre el eje de la reforma, esto es, la lucha contra la inmigración ilegal a través del control de flujos y la restricción de derechos. Para ello, se propone el siguiente cuadro, que de forma muy simplificada, viene a plasmar los aspectos principales de las modificaciones que se van a tratar.

CUADRO 1  
RESUMEN DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES LO 14/2003

	<p><b>Sin modificación:</b> Reunión, Asociación, Huelga, Sindicación, Trabajo.</p> <p><b>Modificaciones:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Posible afectación de los derechos condicionados al empadronamiento (Ex. DA 7.ª LBRL)</li> <li>• Derecho a prestaciones sociales de los trabajadores irregulares (ex art. 36.3 LOE)</li> </ul> <p><b>Acentuación del control y nuevos instrumentos para llevar a cabo el mismo</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los nuevos «aliados» contra la inmigración: Las Compañías de Transporte, el Padrón, etc.</li> <li>• Visión comunitaria de la irregularidad: reconocimiento de las expulsiones acordadas en cualquier Estado de la UE.</li> <li>• Acceso a través del Contingente: ¿un nuevo visado?</li> </ul>
S A N C I O N E S	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A los Transportistas (Art. 54 LOE)</li> <li>• A los Empresarios (modificación art. 15 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)</li> </ul> <p>* <i>Se articula un régimen de derechos y deberes en los Centros de internamiento.</i></p>

## 2. LOS DERECHOS SOCIO-LABORALES DE LOS EXTRANJEROS

El ejercicio de derechos por parte de los extranjeros se halla condicionado a las situaciones administrativas en las que se encuentren<sup>14</sup>. Así, los extranjeros que están empadronados tienen acceso a los derechos sociales

<sup>14</sup> Puede verse cómo la distinción no debe hacerse tan sólo entre la regularidad e irregularidad, pues dentro de ambas existen diferentes niveles que configuran múltiples situaciones a las que el legislador condiciona el ejercicio de derechos, en VALDUEZA BLANCO, M. D., «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales». *Relaciones Laborales*, núm. 8, agosto/ 2003.

básicos (v.gr. asistencia sanitaria); aquéllos que cuentan con una autorización de residencia pueden ejercer, por ejemplo, el derecho a la sindicación; y, por último, los que están autorizados para el trabajo tienen además de aquéllos derechos, otros como, por ejemplo, el de huelga. Por consiguiente, conforme se van conquistando situaciones administrativas de regularidad, se va teniendo acceso a derechos, hasta llegar a la situación de residencia permanente, en la que el extranjero posee un estatuto jurídico de semi-paridad<sup>15</sup> con el nacional. Pues bien, debe señalarse que en este aspecto no se han producido *formalmente* cambios significativos (aunque sí pudieran producirse, en la práctica, debido a la reforma de la LBRL<sup>16</sup>) con respecto a la legislación anterior, con la salvedad de la importante novedad introducida por el art. 36.3 LOE. De modo que, con las excepciones expuestas, la restricción de derechos a los irregulares se mantiene tal, y como aparece en la modificación operada por la LO 8/2000, en los siguientes términos:

CUADRO 2  
LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y DERECHOS



*DA. 7.ª de la LBRL: Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica (...), sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. (Reforma introducida por la LOE)*

LOE

*ART. 36.3 LOE: La carencia de la correspondiente autorización (...) sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar (...) no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.*

<sup>15</sup> Pues la paridad absoluta sólo se produce con la nacionalización.

<sup>16</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En este análisis normativo de los derechos socio-laborales, no se va a realizar, lógicamente, una valoración del estatus jurídico actual del extranjero tras las diferentes reformas<sup>17</sup> llevadas a cabo por la LO 4/2000 y la LO 8/2000<sup>18</sup>. Sin embargo, es imposible evitar poner de manifiesto el olvido del legislador al no recoger el derecho a la justicia gratuita de todos los extranjeros, tras el pronunciamiento al respecto del Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, cuando precisamente la reforma efectuada por la LOE tiene, entre otros cometidos, el de incorporar las normas comunitarias así como tomar razón de las sentencias de los Tribunales.

### 2.1. Posible afectación de derechos sociales a través de la reforma de la LBRL

Centrado el estudio en los derechos socio-laborales<sup>20</sup> de los inmigrantes, como se refleja en el cuadro n.º 2, es la asistencia sanitaria el único que se otorga cumpliendo solamente el requisito de estar inscrito en el Padrón Municipal<sup>21</sup>. Por tanto, puede afirmarse que las reformas que pudieran afectar

<sup>17</sup> Para ello, puede consultarse, entre otros: AA.VV.; *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*. Comares, Granada, 2002. RAMOS QUINTANA, M.; *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejería de Empleo de Cantabria: Santander, 2003. TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M.; *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>18</sup> Si bien, resulta, cuanto menos paradójico, que, vigente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el PSOE a la LO 8/2000 en cuanto a la inconstitucionalidad de determinados artículos de la misma —concretamente, y entre otros, los que se refieren a la restricción de derechos a los irregulares— v.gr. derecho de reunión, asociación, sindicación, se pacte con el actual Gobierno la presente LOE que mantiene precisamente tales limitaciones.

<sup>19</sup> STC 95/2003, de 22 de mayo, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra el art. 2 de la Ley de asistencia gratuita, según la cual todos los extranjeros que se encuentren en España tendrán derecho a la justicia gratuita «cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

<sup>20</sup> Pues la reforma de la LBRL también podría ser abordada desde una perspectiva que contemplara la posible afectación a otros derechos como, por ejemplo, el derecho a la intimidad. Como señala el Consejo de Estado, al examinar el anteproyecto de la LOE, *el art. 18.4 CE como instrumentación del derecho a la intimidad consagrado en el mismo art. 18.1, fue, en el momento constituyente, un precepto sumamente innovador, tanto en el ordenamiento español como en el panorama comparado (...). El legislador que regula una materia diferente, pero incidente en la protección de datos informatizados, debe mantener la coherencia con el desarrollo que el propio legislador ha hecho del mencionado valor constitucional*. Dictamen del Consejo de Estado de 12 de junio de 2003. Puede consultarse en <http://www.icam.es>

<sup>21</sup> De este modo, como señala MOLINA NAVARRETE, la inscripción padronal es el presupuesto habilitante para el disfrute de un derecho social a la asistencia sanitaria en igualdad de

al empadronamiento, en orden a que la Dirección General de la Policía puede acceder a los datos de inscripción padronal de los extranjeros, sólo tendría repercusión en dicho derecho conforme se indica a continuación.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que con la promulgación de la LOE no se produce ningún cambio en cuanto al régimen jurídico de la inscripción de los inmigrantes en el padrón municipal, esto es, pueden seguir empadronándose como lo han venido haciendo hasta ahora. En segundo lugar, la LOE no ha modificado el art. 12.1<sup>22</sup>, por tanto los extranjeros que cumplen con el requisito de estar empadronados siguen teniendo derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Por consiguiente, se puede señalar que no se ha producido una modificación en el acceso al Padrón Municipal, ni, tampoco, en el requisito exigido para el ejercicio del derecho. Sin embargo, sí se ha producido una modificación<sup>23</sup> en la LBRL al introducir en la misma la Disposición Adicional séptima que, para la finalidad del ejercicio de las competencias establecidas legalmente, permite el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros. Pues bien, esta medida de control de flujos migratorios puede suponer, en la práctica, que aquellos inmigrantes que no tengan regularizada su situación administrativa tengan desconfianza a la hora de inscribirse en el Padrón Municipal por temor a que les sean impuestas las medidas sancionadoras que establece la norma para estos supuestos. Este recelo a inscribirse motivaría un desconocimiento, por parte de las autoridades gubernativas, de las cifras de extranjeros que están en nuestro país; y, por supuesto, la pérdida del derecho a la asistencia sanitaria *en las mismas condiciones*<sup>24</sup> *que los nacionales*<sup>25</sup> al no cumplirse el

---

condiciones que los españoles. Conciliándose así, la protección frente a las necesidades asistenciales con las exigencias de control y de racionalidad de todo servicio público de solidaridad universal, que lleva a limitar el acceso a aquellas personas que acrediten una mínima estabilidad o asentamiento en nuestro país. MOLINA NAVARRETE, C., en AAVV. *Comentario a la Ley al Reglamento... Op. cit.*, pág. 234.

<sup>22</sup> Señala este artículo que «los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del Municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

<sup>23</sup> Se analizará al tratar el control de flujos migratorios en el país de destino.

<sup>24</sup> Los españoles que tienen derecho a asistencia sanitaria son los trabajadores por cuenta ajena o asimilados incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas, familiares asimilados a los sujetos anteriores, sujetos incluidos en el ámbito de los diversos Regímenes Especiales de la Seguridad Social, los desocupados perceptores del subsidio de desempleo, los perceptores de pensiones no contributivas y los carentes de recursos económicos. TABARINI CASTELLANI. *Reforma y Contrarreforma...*, op. cit. Pág. 79-80

<sup>25</sup> Esta asistencia, al igual que ocurre con los propios nacionales, tampoco es completamente universal, de modo que el extranjero que cuente con medios económicos suficientes y

único requisito que se exige para su ejercicio<sup>26</sup>. Respecto a este último aspecto, debe señalarse que los extranjeros no empadronados<sup>27</sup> tendrían acceso a dicha asistencia sólo en dos supuestos: en situación de urgencia y en el caso de menores y embarazadas (arts. 12.2,12.3 y 12.4 no modificados por la LOE).

Por consiguiente, si bien el acceso al Padrón Municipal puede tener repercusiones en el control eficiente de los flujos migratorios, no debe olvidarse que, por los motivos expuestos, puede abocar a los extranjeros irregulares a situaciones de marginalidad.

## 2.2. Ampliación de los derechos a los trabajadores irregulares

El art. 15 de la Ley 7/85 señalaba que los extranjeros que desearan ejercer cualquier actividad lucrativa debían de proveerse del correspondiente permiso de trabajo, no haciendo ninguna mención a la carencia de dicha autorización. Posteriormente, tanto la LO 4/2000 (art. 33) como la LO 8/2000 (art. 36), además de insistir en la obligación de contar con una autorización previa a la hora de desempeñar una actividad productiva, hacen alusión al supuesto de que dichas actividades se desempeñen sin el correspondiente permiso, señalando que dicha carencia no invalidará el contrato respecto de

---

carezca de título, no será beneficiario de ella. El RE recoge esta matización, por ejemplo, en su artículo 14.5 al señalar que: «Cuando se solicite visado de residencia sin finalidad lucrativa, el extranjero deberá aportar documentación que acredite que dispone de medios de vida (...). Los medios de vida o ingresos periódicos deberán cubrir con suficiencia el alojamiento, manutención y la asistencia sanitaria tanto del solicitante como de los familiares a su cargo».

<sup>26</sup> Téngase en cuenta que el Balance de la Delegación de Gobierno del año 2002 señalaba que «... en cuanto a las Tarjetas Sanitarias para personas sin recursos a 1 de enero de 2002 existían 358.616 mientras que a 10 de octubre pasado son 507.492 con un incremento, por tanto, en algo más de diez meses, del 41,51%». BALANCE 2002 DE LA DELEGACION DE GOBIERNO PARA LA EXTRANJERIA Y LA INMIGRACION. MINISTERIO DEL INTERIOR, pág. 18. El mismo Balance pero referido al año 2003, indica que«... en octubre de 2003 el número de ciudadanos extranjeros con tarjeta sanitaria para personas sin recursos económicos suficientes ascendía a 619.598». BALANCE 2003 DE LA DELEGACION DE GOBIERNO PARA LA EXTRANJERIA Y LA INMIGRACION. MINISTERIO DEL INTERIOR, pág. 15. Por tanto, de enero de 2002 a octubre de 2003, es decir en 22 meses, se ha producido un incremento del 73%.

<sup>27</sup> Debe tenerse en cuenta lo establecido por las Comunidades Autónomas. A modo de ejemplo, la Ley Foral 2/2000 (BON de 31-05-2000 y BOE 06-06-2000) establece una garantía de asistencia sanitaria universal a todos los inmigrantes no legales «para culminar el proceso de extensión y universalización de la atención sanitaria a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en la Comunidad Foral con independencia de su situación legal o administrativa». Véase, también, el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, por el que se regula el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la Tarjeta Solidaria (DOCV de 28-02-2000).

los derechos de los extranjeros. Finalmente, la LOE (art. 36) reitera la obligación de poseer una autorización, así como la no invalidación del contrato respecto de los derechos de los trabajadores irregulares, pero, introduce un inciso nuevo reconociéndoles el derecho las prestaciones que pudieran corresponderles. Por consiguiente, en el transcurso de estos años en los que se han ido promulgando varias leyes, parece que el legislador ha ido contemplando de manera cada vez más tuitiva, la situación de los trabajadores irregulares. Es, por tanto, interesante ver la evolución que se ha ido produciendo.

### 2.2.1. Los antecedentes

Durante la vigencia de la Ley 7/1985 no resultaba, en absoluto, pacífica, la calificación que merecía el contrato de trabajo celebrado sin el preceptivo permiso de trabajo<sup>28</sup>. Si bien es verdad que se propugnaba, mayoritariamente<sup>29</sup>, la nulidad radical del contrato basándose en diversos argumentos.<sup>30</sup>

El art. 36 de la LO 8/2000 —y el art. 33 de la LO 4/2000<sup>31</sup>— seguía sin calificar el contrato de trabajo celebrado sin la correspondiente autori-

<sup>28</sup> La STS de fecha 21-3-1997 (RJ 3391) señalaba, en el supuesto de un trabajador que es despedido por la empresa —sin que a la sazón contara con permiso de trabajo— que el contrato merecía la calificación de nulo «por aplicación concordada de los artículos 6.3. y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los trabajadores», mezclando confusamente causas de nulidad diferentes, al basarse conjunta y simultáneamente en el art. 7c) del ET y en los artículos 6.3 y 1275 del CC. Esta interpretación lineal y reiterada del TS tiene un punto de inflexión, en la STS (4.ª) de 21-12-1994 (RJ 10349), dulcificando la doctrina hasta entonces sostenida, en el sentido de diferenciar la regularidad laboral absoluta (no tiene ni permiso de trabajo ni permiso de residencia) de la relativa (no tiene permiso de trabajo pero si de residencia). Esta doctrina fue acogida por la LO 8/2000.

<sup>29</sup> Si bien una parte de la doctrina judicial, iniciada en el TSJ de Cataluña, consideraba que la validez del contrato quedaba condicionada a la efectiva denegación del permiso, por lo que, hasta que la Administración no se pronunciase sobre el mismo, el contrato era válido. Por todas ellas, la STSJ de Cataluña de 15-09-2000 (AS4585).

<sup>30</sup> Por falta de capacidad ex. Art 7. c) del ET; por falta de uno de los elementos esenciales del contrato y por prohibiciones legales ex. art. 6.3 del CC. A modo de ejemplo pueden verse: por la falta de capacidad: SSTS de fecha 20-10-1986 (RJ 5859), 30-10-1995(RJ 5246) y SSTSJ de Andalucía/Sevilla 03-07-1998 (AS 3498), Comunidad Valenciana 04-03-1998 (AS 5640) y de 23-03-2000 (AS 4378),Cataluña 11-01-1999 (AS 1308) y por la violación de las normas prohibitivas: SSTS 01-06-1987 (RJ 4078); 23-02-1987 (RJ 1092) y SSTSJ Cataluña 09-11-1995 (AS 4446), Canarias /Las Palmas 04-05-1995 (AS 2959) y de 19-04-1994 (AS 1514), de Extremadura de 14-06-1993(AS 3236)

<sup>31</sup> Respecto a la carencia del permiso de trabajo el art. 36 LO 8/2000 y el art. 33 LO 4/ 2000 tienen una redacción prácticamente similar.

zación, sin embargo, ya señalaba que: «la *carencia de la correspondiente autorización —por parte del empleador— sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero*». Ahora bien, aunque el art. 36.3 LO 8/2000 era más explícito que el art. 15 de la Ley 7/1985, abría nuevos interrogantes. Se cuestionaba que contenido debía darse al término «no invalidará» y qué derechos se recogían en la expresión «derechos de los trabajadores».

Respecto de la primera cuestión, si se interpretaba que por «no invalidará» debía deducirse que el contrato celebrado sin permiso de trabajo era un contrato válido, parece que se vaciaba de contenido el sentido de la existencia del permiso<sup>32</sup> —pues a tenor del art. 36.1 de la LOE es el presupuesto necesario para poder trabajar—. Si, por el contrario, se sostenía que el contrato era nulo, esta afirmación era difícil de mantener con los derechos que se le atribuían. Adoptando una postura ecléctica se encontraba algún sector de la doctrina, al entender que el contrato podía calificarse como válido o como nulo, si bien, en ambos casos con carácter relativo<sup>33</sup>. Respecto a la segunda cuestión, esto es, el contenido del término «derechos de los trabajadores»<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Si el extranjero es capaz de suscribir un contrato valido sin estar autorizado a trabajar en España, eso quiere decir que el permiso de trabajo se configura como un elemento ajeno a la relación obligatoria; de tal forma que su obtención perfeccionaría el contrato laboral suscrito en su carencia y su denegación comportaría la rescisión legal de una relación obligatoria que en ningún caso es considerada inválida. Por consiguiente el contrato con trabajador extranjero no dependería, en ningún caso de la obtención de la perceptiva autorización administrativa, sino de la pura realización de la prestación profesional de sus servicios. ESPINAR VICENTE, J. M. *Comentario a la nueva Ley de Extranjería*. Universidad Alcalá de Henares: Madrid, 2001, pág. 27.

<sup>33</sup> Así lo entiende GÓMEZ ABELLEIRA, F., «sí cabe seguir hablando de nulidad “relativa”, distinta de la “total” del artículo 9.2 y distinto, también, de la “parcial” del artículo 9.1 ET. De haber querido el legislador repeler de raíz la doctrina jurisprudencial de la nulidad del contrato de trabajo de extranjero sin permiso de trabajo, podría haberlo hecho afirmando rotundamente que el contrato de trabajo sería valido o eficaz, o que no sería nulo por el mero hecho de la falta de permiso de trabajo. Pero no habiendo hecho el legislador tan rotunda afirmación, sino la más moderada de que la falta de permiso no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, cabe sostener que el legislador sigue partiendo de la nulidad de base del contrato, aunque ahora se añada el importantísimo matiz, de que esta nulidad es relativa, porque no afectará a los derechos del trabajador extranjero, derechos que, puede adelantarse ya, y parece obvio, no son sólo los de carácter remuneratorio, como se contemplan en el artículo 9.2 ET». GÓMEZ ABELLEIRA, F., «Notas sobre la nulidad “relativa” del contrato de trabajo de trabajador extranjero sin permiso de trabajo y sobre su no invalidación respecto a los derechos del Trabajador». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 2001, pág. 369.

<sup>34</sup> TABARINI CASTELLANI AZNAR, M. «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras a nueva Ley de extranjería. A propósito de la STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002». *Actualidad Laboral*, núm. 10 marzo 2003, pág. 167.

se planteaba si se refería a los derechos derivados de la estricta relación entre las partes, o a todos los derivados de un contrato —se incluirían, entonces, los de seguridad social—, o, finalmente, si se debían reconocer todos los derechos derivados de la condición de trabajador (además de los anteriores se contemplarían derechos como el de huelga, sindicación... etc.).

En esta situación de incertidumbre, la STSJ de Cataluña de fecha 14-05-2002 (AS 3396), resolviendo una demanda sobre reclamación de derechos de trabajadores irregulares<sup>35</sup>, vino a dar respuesta —a tenor de la LO 8/2000— a las dos cuestiones planteadas. En primer lugar, señaló que el contrato era perfectamente válido<sup>36</sup> y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiese dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que careciera de permiso. Y, en segundo lugar, entendió que la nueva norma había querido dejar a salvo los derechos laborales del trabajador extranjero para que pudiera exigir de su empleador el cumplimiento de todas las obligaciones en esta materia que nacen de cualquier prestación por cuenta ajena y por tanto las derivadas de la decisión extintiva unilateral en que el despido consiste. No obstante, el Tribunal aclaró que la validez del contrato era sólo a efectos de la relación laboral entre el empresario y el trabajador, de modo que es sólo en ese ámbito donde el contrato sería válido, pues, en los ámbitos penal y administrativo, seguiría siendo sancionable. Por consiguiente, para esta línea doctrinal los derechos de los trabajadores irregulares se verían constreñidos al aspecto exclusivamente económico en la relación trabajador-empresa.

Así las cosas, la sentencia del TS (recurso de casación para la unificación de doctrina) de fecha 29-9-2003<sup>37</sup> se pronuncia, sobre las incógnitas planteadas, de manera decisiva como se verá a continuación. La mencionada sentencia resuelve el caso de una trabajadora de nacionalidad argentina,

<sup>35</sup> Los trabajadores carecían de permiso de trabajo al iniciar la relación laboral y seguían careciendo del mismo a su extinción

<sup>36</sup> El Tribunal llega a aseverar la validez del contrato de trabajo, a través de los criterios siguientes de interpretación del art. 3.1 del CC: a) respecto del sentido gramatical, pues el artículo señala «no invalidará» por lo que el contrato no puede considerarse nulo; b) en cuanto al elemento sistemático, pues el «contexto» en el que se contiene este precepto no hace sino abundar en ella; c) los antecedentes históricos, pues, tras la modificación operada por la LO 8/2000, el legislador mantiene el contenido del artículo aunque se modifica la numeración; d) referente al elemento sociológico, por la frecuente contratación irregular por empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias que derivan de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral.

<sup>37</sup> El Derecho 2003/127727. [http:// www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)

sin permiso de trabajo, que es despedida verbalmente por encontrarse, a la sazón, embarazada. Pues bien, señala el Tribunal que cuando se producen los hechos ya se encuentra en vigor la LO 4/2000 que señala que la carencia de la correspondiente autorización (...) no invalidará el contrato de trabajo; *matización que establece con toda claridad, que el contrato del extranjero no autorizado no es a partir de la expuesta Ley un contrato nulo*. Respecto a los derechos de la trabajadora despedida, señala la Sala, que no puede verse privado el trabajador de una protección que, *en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo*, desestimando así el recurso interpuesto por la Empresa frente a la Sentencia del TSJ de Cataluña, dictada en el recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que estimando la demanda de la trabajadora, de despido nulo, condenó a la empresa a la readmisión de 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. Téngase en cuenta, que el TS no sólo cambia la tesis de nulidad del contrato celebrado sin el correspondiente permiso de trabajo— aunque tampoco dice como ha de ser calificado—, sino que, en el supuesto contemplado, los derechos de la trabajadora —cuyo despido fue declarado nulo— comprenden su readmisión en la Empresa a pesar de que —al menos no consta en la Sentencia— la trabajadora no cuenta con el correspondiente permiso

### 2.2.2. *El nuevo art. 36.3 LOE*

En el debate expuesto sobre el contenido de la expresión *derechos de los trabajadores* del art. 36.3 (en su versión de la LO 8/2000), se entendió por una parte de la doctrina<sup>38</sup> que no se incluían los derechos a la Seguridad Social, pues el art. 10<sup>39</sup> sólo reconocía este derecho a los extranjeros regulares. Pues bien, el legislador deja al margen la coherencia sistemática, ya que por un lado mantiene el presupuesto de regularidad del art. 10 y, por otro lado reconoce expresamente el derecho a prestaciones sociales a los trabajadores irregulares al modificar el art. 36.3 en los siguientes términos: *«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 obten-*

<sup>38</sup> TABARINI CASTELLANI AZNAR, M. «Las consecuencias contractuales...», *op. cit.*, pág. 155

<sup>39</sup> Art. 10 «*Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social*».

*ción de las prestaciones que pudieran corresponderle». Con lo cual el legislador resuelve la duda que se expuso inicialmente respecto del contenido del término «derechos del trabajador» al adicionar «y a las prestaciones», pero abre otras incógnitas.*

#### 2.2.2.a) *La Responsabilidad del empresario*

La afirmación de que los trabajadores irregulares tienen derecho a las prestaciones de seguridad social —por más que sea contradictorio con el art. 10, que no ha sufrido modificación alguna— conlleva el tener que reflexionar sobre los actos de encuadramiento en el sistema, debiendo resolver sobre la afiliación y alta de los mismos.

Pues bien, del artículo 10 se deduce que la regularidad laboral es el presupuesto para la afiliación y alta en la Seguridad Social. En los mismos términos, el art. 42 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresa y Afiliación, Alta, Baja y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social (RA), aprobado por RD 84/1996 de 26 de enero establece que *«a las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo, cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo»*. Este requisito se suavizó, pues la resolución de 20-2-1998<sup>40</sup> señaló que bastaba para ello la presentación de la resolución favorable de la Administración laboral sobre el permiso de trabajo y no el permiso en si. Pero lo cierto es que se sigue exigiendo la autorización administrativa que permite al extranjero trabajar, y, sin la cual el empresario no puede ni afiliar ni dar de alta al trabajador.

No obstante, lo señalado, respecto de los requisitos para proceder a la afiliación y alta de trabajadores extranjeros, por algunos sectores de la doc-

<sup>40</sup> Siguiendo esta disposición normativa: Circular conjunta de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre afiliación, alta, bajas, variaciones de datos y cotización de trabajadores extranjeros a la Seguridad Social, publicada mediante Resolución de 20 de febrero de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE de 4 de marzo de 1998) exige en su Instrucción 3.A).3.1 entre los documentos para solicitar la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de dichos trabajadores, copia de la resolución laboral de concesión, renovación o, en su caso, modificación del correspondiente permiso de trabajo, autorización para trabajar o excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo.

La Tesorería General de la Seguridad Social en su Circular 5-004, de 13 de febrero de 2001, establece expresos efectos para el caso de la afiliación y alta en la Seguridad social de

trina judicial<sup>41</sup> se ha sostenido que la carencia de permiso no es obstáculo para que el empresario cotice al sistema. Esta línea argumental, señala que el art. 70.1 LGSS al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social, desvincula la cotización de otras obligaciones formales. La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad). Para el Tribunal, aunque el contrato sea nulo por falta de permiso de trabajo, el trabajador (ex art. 9.2 del ET) tendrá derecho a la remuneración correspondiente por el trabajo prestado y ello por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, y, por este mismo principio, también debe el empresario cotizar a la Seguridad Social pues *«aún no siendo procedente la afiliación y alta se cotiza en función del tiempo trabajado»*.

Si se siguiera esta línea jurisprudencial, se estaría en la contradicción de exigir responsabilidades al empresario a tenor del art. 126.2 LGSS que las prevé para aquellos supuestos en los que el empresario haya incumplido la obligación que le incumbe de afiliación, alta y cotización respecto de los trabajadores a su servicio; cuando el empresario no ha podido incumplir dicha obligación puesto que hay una prohibición expresa de incorporar al sistema a los trabajadores irregulares.

Por ello, el legislador se ha apartado de esta línea doctrinal y ante un supuesto de falta de afiliación y alta de trabajadores irregulares no impone al empresario infractor —no debe olvidarse que la utilización de trabajadores extranjeros irregulares es una conducta susceptible de sanción<sup>42</sup>— la obligación de cotizar, sino la sanción correspondiente, eso sí, incrementada a razón de lo que, en su caso, hubiera tenido que cotizar. Así el art. 48 de la

---

trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo. A tenor de la Instrucción núm. 2 de la referida Circular *«las afiliaciones y altas de extranjeros producidas sin el cumplimiento del requisito de concesión de permiso de trabajo, por cuenta propia o ajena, cuando ello sea necesario, serán nulas por tratarse de actos contrarios al ordenamiento jurídico en supuestos en los que se carece de un requisito esencial para la adquisición de la condición legal de trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena, conforme al art 36 LOE.*

<sup>41</sup> Las sentencias que recogen esta tesis no son del orden social sino que lo son de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. En una de ellas, la de fecha 02.12.98 (RJ 10268), el hecho causante es el trabajo de un extranjero sin permiso de residencia y de trabajo que da lugar al levantamiento de unas actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por parte de la Inspección de Trabajo. El empresario recurre y llegado el litigio al Tribunal, este sostiene que aún no procediendo el Alta de quien no posee permiso de trabajo sí procede la obligación del empresario de cotizar a la Seguridad Social.

<sup>42</sup> Téngase en cuenta que la LOE introduce un apartado nuevo en el art. 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que señala que: *Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el art. 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería».*

Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>43</sup> señala que «cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la LOE 4/2000 (...), se incrementará<sup>44</sup> en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios».

Obviamente, adoptar esta vía soluciona algunos aspectos conflictivos. Así, se soluciona el problema del enriquecimiento injusto, puesto que el empresario si contrata a trabajadores irregulares aunque no tenga que cotizar por ellos a la Seguridad Social la cuantía que pudiera haberse ahorrado la deberá ingresar en concepto de multa. También se hace frente al problema de la doble sanción que suponer tener que abonar las prestaciones y a su vez tener que ingresar las cotizaciones debidas. Desparece la incongruencia entre la prohibición de afiliar y dar de alta a irregulares, y la obligación de cotizar al sistema. Y, finalmente, el objetivo de la sanción, esto es, que la conducta infractora sea reprimida queda satisfecho, pues si bien, los derechos de los trabajadores irregulares se equiparan a los de los regulares, no sucede esta paridad entre los empresarios que respetan las normas y aquellos que están al margen.

#### 2.2.2.b) Las Prestaciones

El art. 36.3 LOE se refiere en todo momento a trabajadores, pues señala que respecto a los *derechos de los trabajadores* la falta de permiso no será obstáculo para la *obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle*. Debe tenerse en cuenta que, previamente a la reforma que se comenta, los trabajadores irregulares estaban protegidos, independientemente de su situación de irregularidad, frente a los accidentes de trabajo<sup>45</sup> a tenor

<sup>43</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, (BOE 313/2003 de 31 diciembre).

<sup>44</sup> El incremento efectuado por la mencionada Ley es conforme a derecho al no tener el art 55.1.LOE, que establece las sanciones, rango de Ley Orgánica. Véase la Disposición final 4.ª. De la LO 8/2000 y la Disposición final 1.ª. de la LOE.

<sup>45</sup> En el caso de la STSJ de Murcia de 4-10-1999 (AS 3206) se resolvía el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador marroquí que había sufrido un accidente de trabajo cuando se encontraba realizando la prestación laboral sin permiso de trabajo ni de residencia, sin contrato de trabajo y sin que la empresa para la que trabajaba lo hubiera dado de alta en el Régimen de Seguridad Social. El citado Tribunal impone a la empresa el pago del subsidio por incapacidad temporal derivada de accidente laboral, al no existir afiliación del trabajador. La STSJ Madrid de 10 de mayo de 1995 (AS 2202) señala que de no admitirse tales conclusiones se estaría promocionando el recurso a la ocupación de extranjeros en situación irregular y el



del convenio 19 de la OIT, el art. 4.1.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1967 y la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15-4-1968. Ahora bien, la actual redacción del artículo señala que los trabajadores irregulares tienen derecho a «*las prestaciones*», por tanto, al utilizar el plural, parece que se refiere a todas las prestaciones vinculadas a la única condición de ser trabajador, independientemente de su situación administrativa.

De lo señalado, al referirse a la responsabilidad del empresario, se deduce que el trabajador carente de permiso de trabajo tendrá derecho a las prestaciones que pudieran corresponderle de conformidad con el Sistema de Seguridad Social. De modo que, se haría una especie de ficción al tener en cuenta su vida laboral como si se tratase de un trabajador regular calculándose a tenor de esta carrera de seguro las prestaciones y la cuantía a la que tuviera derecho. Y, una vez determinadas las prestaciones y las cuantías, la responsabilidad sería a cargo del empresario infractor de la normativa sobre extranjeros.

### 3. CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS

Los extranjeros que se encuentran en España de forma regular no se hallan en una situación inamovible, sino todo lo contrario. Aquellos que cuentan con una autorización para residir y con ella están habilitados para poder ejercitar derechos como el de sindicación, pueden pasar a ser regulares laborales, si cuentan con una oferta de trabajo, teniendo así acceso a derechos como por ejemplo el de huelga. En los mismos términos, quienes poseen un permiso de trabajo por cuenta ajena inicial —que limita el ejercicio de derechos como el de reagrupación familiar<sup>46</sup>— en el momento en el que les sea renovado conquistan otros derechos de los que hasta entonces venían careciendo. Finalmente, si, se van sucediendo las renovaciones, se puede llegar a alcanzar el estatus de residencia permanente que, entre otras venta-

---

correspondiente fraude en el empleo, solución que representa un claro perjuicio tanto para la política de empleo como para la financiación de la Seguridad Social. Así la STSJ de Madrid de 16-4-1998 (AS 1392) consideró *que de la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es responsable la empresa del pago de las prestaciones por falta de alta en la seguridad Social*. Vid. SSTSJ de Andalucía /Granada de 7 de enero de 1998 (AS 378), Cataluña de 25-4-1997 (AS 2430); Andalucía /Málaga de 23 febrero 1996 (AS 296).

<sup>46</sup> *En materia de reagrupación familiar, para evitar fraudes en las «reagrupaciones en cadena» se ha incorporado a la Ley Orgánica, como presupuesto para el ejercicio de dicho derecho por parte de un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación, el que este sea titular de una autorización de residencia independiente, así como determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados. Igualmente se precisan los supuestos en los que los cónyuges y los hijos reagrupados pueden acceder a una autorización de residencia independiente, para lo que en todo caso se exigirá que cuenten con una previa autorización para trabajar.* (Exposición Motivos LOE).

jas, supone no tener que renovar las correspondientes autorizaciones. La consecuencia de ello es que los extranjeros regulares<sup>47</sup> que se encuentran en nuestro país pueden ir logrando niveles más altos de regularidad, y con ello más derechos; si bien es verdad que también pueden pasar a situaciones de irregularidad desde el momento en que se produzca la denegación de las renovaciones solicitadas o la imposibilidad del tránsito de una situación de regularidad a otra<sup>48</sup>. Para estos sujetos, el legislador no establece grandes novedades<sup>49</sup>, simplemente trata de simplificar aspectos administrativos.

Pero, junto a los inmigrantes descritos, también se encuentran los que han accedido soslayando los trámites exigidos o los que, siendo regulares *ab initio*, conforme se ha indicado, han perdido dicho estatus jurídico. Ante esta situación de irregularidad se interviene administrativamente de dos maneras: a) reduciendo el nivel de derechos, que se ven cercenados a niveles básicos —v.gr. asistencia sanitaria de urgencia— y, b) procediéndose a la expulsión<sup>50</sup>, al ser susceptible de esta sanción el no estar en posesión de la autorización para residir. Bien es verdad que, también desde esta situación de irregularidad, se podría aspirar a la regularidad, pero sólo hay dos caminos para ello: 1) que la Administración establezca un procedimiento de regularización<sup>51</sup> —por el que no se ha optado en esta nueva Ley—; 2) que el infractor permanezca residiendo el tiempo suficiente en su situación de irre-

<sup>47</sup> Conviene mencionar una medida novedosa que no interviene en la inmigración irregular, sino en la regular; se trata de las ayudas al retorno voluntario. La Disposición Adicional Octava de la LOE señala que «el Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad».

<sup>48</sup> Por ejemplo, el extranjero que accedió al país con visado de turista, en el momento en que agote el tiempo máximo del mismo, debe regresar a su país; y si no lo hiciera y permaneciera en España, pasaría a ser un irregular —dado que no se permite el tránsito del estatus de turista al de residente—, por más que su situación inicial fuese de absoluta regularidad.

<sup>49</sup> Como señala la Exposición de Motivos, *los cambios en materia de visados persiguen simplificar la tramitación administrativa, en aras a favorecer la inmigración legal de los extranjeros que deseen residir en España suprimiendo trámites innecesarios*. Como se verá más tarde, el visado adquiere una nueva naturaleza de modo que una vez que el extranjero entra en España, le habilita para permanecer en la situación para la que le ha sido expedido (art. 27 LOE). Otra de las novedades, tendentes a documentar al extranjero, es la modificación consistente en la obligación de proveerse de una tarjeta de identidad como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, adaptándose así nuestra normativa al Reglamento 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio 2002 (art. 4 LOE).

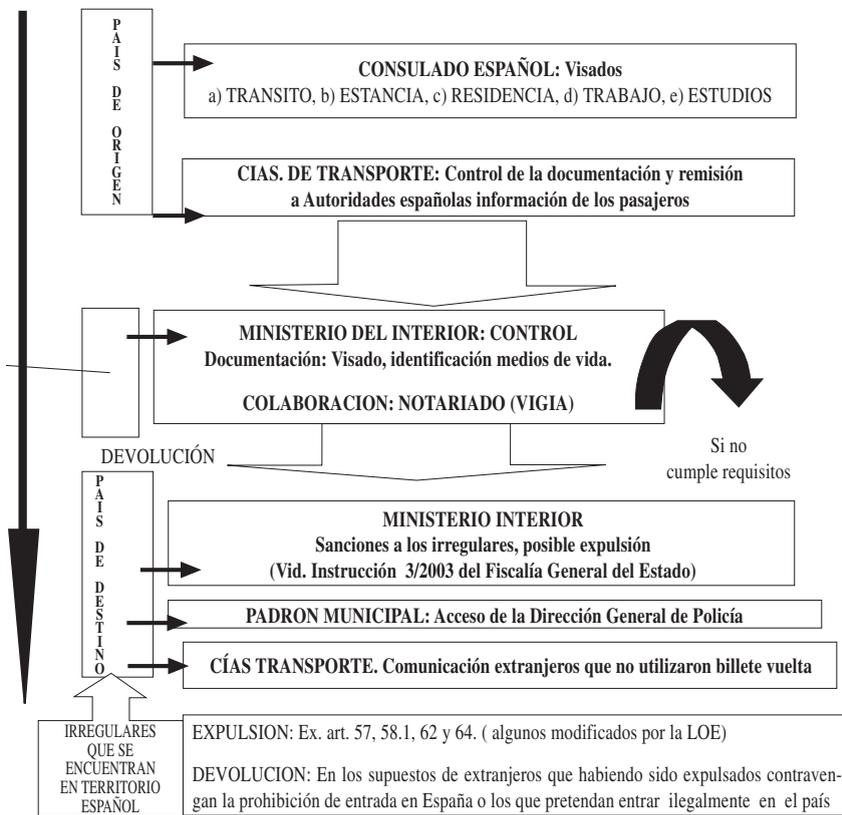
<sup>50</sup> Téngase en cuenta que la ejecución de las órdenes de expulsión no siempre es viable pues está condicionada a la existencia de acuerdos de devolución con el país de origen del inmigrante sancionado. De no existir dichos acuerdos estos extranjeros no pueden ser retornados permaneciendo en nuestro país en una especie de *limbo* jurídico.

<sup>51</sup> Regularizaciones ha habido en 1985, 1991, 1996, 2000 y 2001. El Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero (BOE 19.02.2000), estableció el procedimiento para la regularización

gularidad, sin ser expulsado, lo que podría llegar a constituir un supuesto de arraigo<sup>52</sup>, contemplado también en esta nueva LOE.

Pues bien, esta inmigración no deseada es el objetivo principal de la reforma que se estudia; y, como se refleja en el siguiente cuadro, se establecen —o, en su caso, se refuerzan— los mecanismos de control en sus diversas etapas.

CUADRO 3  
CONTROL DE ACCESO A PAIS DE DESTINO



de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria primera de la Ley 4/2000. El Real Decreto 142/2002, de 16 de febrero (BOE 20.02.2001) estableció los requisitos para la regularización prevista en la Disposición Transitoria cuarta de la LO 8/2000.

<sup>52</sup> Si bien, debe esperarse a que el nuevo reglamento establezca los requisitos necesarios para poder estar en dicho supuesto. La Disposición final tercera de la LOE señala el plazo de seis meses, desde la publicación de dicha Ley, para la adaptación del RE a la misma.

### 3.1. En el país de origen

Ya se indicó que el acceso de los extranjeros a nuestro país obedece a diversos fines tales como un viaje turístico, residir de forma temporal o permanente o desarrollar alguna actividad productiva por cuenta propia o por cuenta ajena. Pues bien, en todos los supuestos, el legislador ha establecido unos requisitos de admisibilidad comunes —documentación, carencia de antecedentes penales, etc.— a los que, en cada situación concreta, añade unos específicos, por ejemplo en la residencia se deben acreditar los medios de vida de los que se va a disponer. Así, el extranjero que pretenda permanecer en España, para la finalidad que fuere, deberá solicitar —como regla general— el correspondiente visado<sup>53</sup> en la representación diplomática española en su país de origen y la Administración española —previo estudio de la solicitud— procederá, en su caso, a la expedición<sup>54</sup>

Este primer filtro que ha de pasar el extranjero en el Consulado español, en su país de origen, no ha supuesto ninguna novedad con la LOE, si bien es significativa la Instrucción de la Unión Europea dirigida a las Misiones Diplomáticas<sup>55</sup> que, al tratar la tramitación y resolución de los visados, y refiriéndose a los criterios de base para el examen, señala: *«en relación con el riesgo de inmigración ilegal, la evaluación será de la entera responsabilidad de la misión diplomática u oficina consular de carrera. El objetivo del examen de las solicitudes será detectar a las personas que tienen intención de emigrar e intentar penetrar y establecerse en el territorio de las Partes contratantes al amparo de un visado de turismo, estudiantes, negocios o visita familiar. Será conveniente ejercer a tal efecto una vigilancia especial en lo que respecta a la “población de riesgo”, a saber, parados, personas sin recursos estables, etc. En caso de duda sobre la autenticidad de los documentos y de los justificantes presentados, la misión diplomática u oficina consular de carrera se abstendrá de expedir visado. Por el contrario, se flexibilizarán los controles en el caso de los solicitantes conocidos como personas de buena fe cuyos datos serán intercambiados en el marco de la cooperación consular».*

<sup>53</sup> Las modificaciones que han sufrido los tipos de visado se encuentran recogidas en el art 25 Bis LOE.

<sup>54</sup> Parece coherente que, en función de los fines, se diversifiquen los tipos de visado de larga duración. Se puede querer residir en nuestro país, sea para vivir con medios propios de los que ya se dispone, sea para trabajar por cuenta ajena accediendo al mercado laboral español, para realizar estudios, o para reagruparse con la familia que ya se encuentra en España. Los poderes públicos desean conocer a priori cada pretensión, para satisfacerla o denegarla en función de la política española o europea de inmigración, de seguridad ciudadana o económicas, que resulten de aplicación al caso.

<sup>55</sup> INSTRUCCION CONSULAR COMUN DIRIGIDA A LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES DE CARRERA (DOCE C/310 DE 19.12.2003, págs. 10 y 11).



Pues bien, superado este control, el extranjero ha de pasar un nuevo filtro, el de las compañías de transporte. Estas compañías, en primer lugar, deben *realizar la debida comprobación*<sup>56</sup> *de la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado de los que habrán de ser titulares los extranjeros* (actual art. 66.3.a LOE, cuya redacción es exactamente igual a la del antiguo art. 66.a). Si estos sujetos responsables del transporte no realizan el mencionado control, incurren en una infracción grave (antiguo art. 54.2.a y tras la LOE, art. 54.2.b) que es sancionada con una multa (cuya cuantía ha sido modificada por el art. 55.1.c de la LOE)<sup>57</sup>. Lo que sí supone un novedad de la LOE es que las compañías de transporte deben remitir<sup>58</sup> (en el momento de la finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte) a las autoridades españolas, encargadas del control de entrada, la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español. Esta información será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad (art. 66 LOE). También —como ocurría si no se verificaba la regularidad de los documentos— de no efectuarse la mencionada remisión se comete una infracción grave (recogida en el nuevo art. 54.2.a LOE) sancionada con la multa que señala el art. 55.1.c de la LOE.

Con la intervención del Consulado y de las Compañías de transporte de pasajeros se cerraría el control de la inmigración en el propio país de origen del extranjero.

<sup>56</sup> Señala la página web del Ministerio del Interior, al tratar de los Requisitos de Entrada y Justificación del Objeto, que *cuando embarquen viajeros fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, la persona o personas que al efecto designe la empresa de transportes deberán requerir a todos los extranjeros para que presenten sus pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, a efectos de comprobar su titularidad y si aparentemente cumplen los requisitos necesarios. La empresa de transporte será responsable de que el personal encargado de estas tareas posea los conocimientos adecuados para poder detectar la carencia, falta de vigencia o manifiesta falsedad de los documentos indicados.* (<http://www.mir.es>)

<sup>57</sup> Téngase en cuenta que la LOE no ha modificado ni suprimido el art. 54.3 que señala que *«No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, esta le es admitida a tramite, de conformidad con lo establecido en el art. 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo».*

<sup>58</sup> *Cuando así los determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen, en las que la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario* (art. 66.2 LOE).

### 3.2. En la frontera

La entrada a nuestro país, según establece el art. 25 (tan sólo modificado en parte por la LOE), debe efectuarse por los puestos de control fronterizo y el extranjero ha de hallarse provisto de la documentación que acredite los siguientes extremos: su identidad (pasaporte o documento de viaje), el objeto y condiciones de su estancia así como los medios económicos de los que dispone para ello, y —en su caso— del visado<sup>59</sup> correspondiente; no debiendo estar sujeto a prohibiciones expresas. Precisamente dentro de esos documentos justificativos del motivo del viaje, que permiten la entrada a nuestro país, están la cartas de invitación<sup>60</sup> consistentes en actas de manifestaciones y compromisos, en las que una persona —español o residente legal en España—, invita a otra persona —no nacional, que se encuentra en su país de origen— a venir a España como turista, comprometiéndose a correr con todos los gastos que se deriven de su estancia en nuestro país, así como garantizar el retorno del invitado a su país de procedencia, una vez finalice la estancia. Estas actas de manifestaciones, es frecuente —aunque no obligatorio— que se hagan ante fedatario público, dotándolas de esta manera de un aspecto de legalidad, toda vez que el notario da fe de lo manifestado por el invitador.

Pues bien, al margen de la normativa de extranjería, surge, mediante un acuerdo suscrito entre el Consejo General del Notariado y el Ministerio del Interior, un sistema que permite a los fedatarios públicos colaborar en la lucha contra la inmigración irregular en lo relativo a las actas de manifestaciones descritas. Este Sistema Notarial de Comunicación de Invitaciones<sup>61</sup> a extranjeros, denominado VIGIA<sup>62</sup>, está destinado a solucionar las dudas

<sup>59</sup> Aunque existen convenios de supresión de visados, suscritos por España, que permiten permanecer en el país hasta un máximo de tres meses sin visado, en ningún caso habilitan para realizar una actividad laboral.

<sup>60</sup> La Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de Carrera (DOCE de 19.12.2003 C/310/1) señala, entre los documentos justificativos del motivo del viaje, por ejemplo, las cartas de invitación. Asimismo, el Ministerio del Interior señala «... sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba o de comprobación que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar o establecer la verosimilitud de los motivos de entrada invocados, podrá exigirse, en concreto, uno o varios de los documentos siguientes: c) para los viajes de carácter turístico o privado: invitación de un particular, billete de vuelta o de circuito turístico...» <http://www.mir.es>

<sup>61</sup> Piénsese que se trata de evitar no sólo la irregularidad originaria —motivada porque la entrada ya es ilegal— sino también la sobrevenida, es decir, la que se produce tras una situación de regularidad (un ejemplo sería el del extranjero que se traslada a España para pasar unas vacaciones y finalizado el tiempo de estancia para el que ha sido autorizado no retorna a su país).

<sup>62</sup> Creado por la Circular 3/2003, del Consejo General del Notariado.



que pudieran plantearse en las comisarías de frontera acerca de la autenticidad del documento de invitación que se les presenta por el extranjero invitado permitiendo a dichos fedatarios confirmar *on line* los casos dudosos.

Por tanto, en el propio control fronterizo, el extranjero puede ver impedido su acceso al territorio por considerar las autoridades administrativas, a tenor de lo expuesto, que no cumple con los requisitos exigidos, acordándose el rechazo en frontera, a través de la figura del retorno <sup>63</sup>.

### 3.3. En el país de destino

Una vez que el extranjero ha superado tanto los filtros de los países de origen como los establecidos en los puestos de control fronterizo tiene permitido el acceso a nuestro país. El visado, que le habilitó entrar en nuestro país, extiende sus efectos más allá del puesto fronterizo permitiéndole, también, la permanencia en España en la situación para la que hubiese sido expedido.

Parece que, si el sistema de control funcionase tal y como lo prevé el legislador, no sería necesaria la lucha contra la inmigración ilegal en el propio país de acogida. Sin embargo, el sistema falla, y muchos extranjeros no entran por los puestos habilitados al efecto <sup>64</sup> y otros, aún entrando, llegado el momento, no retornan a sus países de origen como era previsible. Por ello, las autoridades gubernamentales crean mecanismos para combatir la inmigración no deseada dentro de los propios países de destino a través de un sistema sancionador. Este sistema, que establece como conducta infractora —susceptible de expulsión <sup>65</sup>— el permanecer en nuestro país de forma irre-

<sup>63</sup> A los extranjeros que no reúnan los requisitos de entrada, les será denegada, por los funcionarios responsables del control, la entrada en el territorio español mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante la que deba formalizarse, y de su derecho a la asistencia letrada que podrá ser de oficio y, en su caso, de interprete, que comenzará en el momento en que se dicte el acuerdo de iniciación de expediente que pueda llevar a la denegación de entrada.

<sup>64</sup> Debe tenerse en cuenta que existe un numero importante de extranjeros que ni siquiera intentan entrar a nuestro país por los puestos fronterizos habilitados, pues conocen de inmediato que no cuentan con ninguno de los requisitos que les permitiría el ingreso. Buscan otras vías de acceso que constituyen entradas ilegales, por lo que, de ser interceptados, se acordará la correspondiente devolución.

<sup>65</sup> La expulsión es una sanción que se impone a los inmigrantes irregulares, también a otras infracciones que en este momento no se van a tratar, de modo que el inmigrante sancionado, siempre y cuando exista con su país de origen un acuerdo de devolución, retorna a su país de forma obligatoria.

Sería conveniente reflexionar sobre la iniciativa de la República Italiana con vistas a la adopción de una decisión del Consejo, relativa a la organización de vuelos conjuntos de dos o

gular, no sólo se mantiene con la LOE si no que amplía el ámbito subjetivo en cuanto que serán expulsables también los extranjeros, detenidos en territorio español si se constata que contra ellos se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea. En dicho supuesto, se procederá a la ejecución inmediata de la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión <sup>66</sup>.

Junto al aspecto sancionador, como método de control de flujos, se añaden más instrumentos —que merecerían un análisis en profundidad respecto a la posible vulneración de derechos— siendo destacable el acceso, por parte de la Dirección General de Policía, a los datos del Padrón Municipal, a raíz de la reforma de la LBRL; las obligaciones impuestas a las compañías de transportes; y finalmente, aunque no recogido en la LOE, la interpretación que hace el Ministerio Fiscal de las situaciones de abandono tratándose de extranjeros irregulares.

Respecto de la citada reforma de la LBRL, ya se indicó que la Disposición Adicional Séptima señalaba que «*para el ejercicio de las competencias legalmente establecidas en la LOE, sobre el control y permanencia de los extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción patronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática*». La Agencia de Protección de Datos (APD) <sup>67</sup>, visto el anteproyecto de la LOE, dió legitimidad a la cesión cuya finalidad fuese: *la actualización del Registro Central de Extranjeros, la posibilidad de realizar comunicaciones administrativas que*

---

más Estados miembros para la expulsión de nacionales de terceros países que se presenten ilegalmente en sus territorios (19-9-2003 Consejo C223/3).

El art. 1 señala que el objetivo *de la presente Decisión es conseguir racionalizar, mediante la organización de vuelos conjuntos, las operaciones de expulsión de los nacionales de terceros países a los que se apliquen las correspondientes medidas adoptadas por dos o más Estados miembros.*

Señala el art. 5 de la mencionada propuesta que *antes de la organización del vuelo, las autoridades nacionales dispondrán de la información siguiente:*

- *posibles antecedentes penales del nacional del tercer país, teniendo en cuenta, en particular, los tipos de delito que haya cometido;*
- *conducta del nacional del tercer país durante el periodo de detención en los centros previstos en las respectivas legislaciones nacionales antes de la expulsión o durante el periodo transcurrido en espera de la adopción de las medidas de expulsión (...)*

Por último, dicho artículo, señala que una vez obtenida la información a que se refiere el apartado anterior, las autoridades nacionales evaluarán el nivel de riesgo que puede presentar la operación de vuelo (...). En caso de que los nacionales de terceros países puedan perturbar gravemente el vuelo, será preciso prever un servicio de escolta adecuado capaz de hacer frente a conductas violentas que puedan poner en peligro la seguridad del vuelo.

<sup>66</sup> Véase el art. 64.3 LOE.

<sup>67</sup> Puede consultarse el Informe en <http://www.icam.es>

*interesen a los residentes que hubieran cambiado de domicilio sin haber comunicado esta circunstancia, la localización de extranjeros como consecuencia de solicitudes realizadas por sus propias Embajadas o Consulados, o, el conocimiento de que el extranjero tiene domicilio en territorio español a fin de evitar su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros por constar dicho domicilio.* Asimismo, la APD propuso que se realizase una modificación en el párrafo primero de la Disposición, en la que se incluyese «*para el ejercicio de las competencias establecidas en la presente Ley Orgánica*»<sup>68</sup>; modificación que ha sido incorporada a la LOE. Esto último, supone que la Dirección General de la Policía, está habilitada para acceder al Padrón Municipal en el ejercicio de sus funciones de control de flujos —finalidad más amplia que la señalada por la APD— que comprende la sanción de conductas infractoras como son, entre otras, la permanencia en nuestro país sin la correspondiente autorización para ello. Este acceso policial, que facultaría la eficiencia del sistema desde el punto de vista sancionador, puede suponer, sin embargo, la desmotivación de los irregulares a efectuar la inscripción en el Padrón dando lugar a un desconocimiento, por parte de las autoridades gubernamentales, de la situación real de la inmigración en nuestro país.

Por lo que se refiere a las Compañías de Transporte, las obligaciones impuestas en los países de origen —verificación de regularidad de la documentación y, tras la LOE, remisión de la información de los pasajeros en el momento de finalización del embarque— continúan también en los de destino. En el país de destino, *toda compañía, empresa de transporte o transportista estará obligada a enviar a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información comprensiva del número de billetes de vuelta no utilizados por los pasajeros que previamente hubiesen transportado a España (...) de rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen. Cuando así lo determinen las autoridades españolas (...) la información comprenderá además, para pasajeros no nacionales de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de países con los que exista un convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, el nombre y apellidos de cada pasajero, su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad*» (art. 66.2. LOE). Con esta medida, las autoridades gubernativas, pueden tener conocimiento de la irregularidad sobrevenida. Pues, si los pasajeros, llegado el momento, no retornan a los países

<sup>68</sup> El anteproyecto señalaba que: «... para el ejercicio de las competencias legalmente establecidas, sobre el control y permanencia de los extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática».

de quedará constancia en las compañías de transporte de los billetes de vuelta no utilizados. El incumplimiento, por parte de estas empresas, de la obligación señalada, es motivo de la sanción —al igual que lo era la obligación de remitir los datos de los pasajeros previo al embarque— de multa del art. 56.1.b LOE.

Ha de tenerse en cuenta que, además, las compañías de transporte deben hacerse cargo<sup>69</sup> inmediatamente del extranjero que hubiesen trasladado si a éste se le hubiera denegado la entrada por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras (antiguo art. 66.b y que tras la LOE art. 66.3.b). Asimismo, deben transportar a dichos extranjeros hasta el Estado de origen o hacia aquel que garantice su admisión (anterior art. 66 b) y actual art. 66.3.d LOE). Esta responsabilidad de las compañías por no haber efectuados los correspondientes controles en la documentación de los pasajeros, como se indica, ya se encontraba en la legislación precedente, estableciendo la LOE una novedad respecto de las condiciones que deben tener los pasajeros a los que no se permitió la entrada a nuestro país. Así, señala el art. 66.3.d, *in fine* que *la compañía, empresa de transporte o transportista que tenga a su cargo un extranjero (...) deberá garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuadas mientras permanezca a su cargo.*

Finalmente, y, al margen de lo establecido en la LOE, debe hacerse mención a la interpretación que hace el Ministerio Fiscal —en su Instrucción núm. 3/2003— respecto de las situaciones de desamparo de los menores. En este sentido, señala que *no se puede permitir que la minoría de edad<sup>70</sup> se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas del Estado, asegurando por sí sola, a través de la mecánica de*

<sup>69</sup> A Amnistía Internacional le preocupa que, en los últimos tiempos, dichos traslados los están realizando en España (y en otros países) compañías de seguridad privada contratadas por las compañías aéreas. Tal y como ha manifestado el Defensor del Pueblo, la custodia de personas sólo puede ser desempeñada por agentes del Estado. El personal de las empresas de seguridad tiene simplemente la condición de colaborador de la policía, sin que pueda delegar en ese personal la custodia de ninguna persona (informe del Defensor del Pueblo de 1997, págs. 232-33). Por ello, Amnistía Internacional quiere señalar que las expresiones «hacerse cargo» y «tener a su cargo» (...), no pueden ser interpretadas nunca en sentido «ser responsable de la custodia». AMINISTIA INTERNACIONAL (Sección Española). *¿Somos todos iguales ante la ley? Preocupaciones y recomendaciones de Amnistía internacional al proyecto de reforma de la ley de extranjería*. 26 de septiembre de 2003 ([www.a-i.es](http://www.a-i.es))

<sup>70</sup> Sin embargo, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26-06-1997 relativa a los menores no acompañados de países terceros (97/C 221/03) indica que «... se entenderá que el menor se encuentra en desamparo cuando lleguen a territorio nacional sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos».



*declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que accedan a nuestro país.* Por ello, sostiene que los menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados, si bien, entiende que, en definitiva, respecto de aquellos menores que pretendan la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente.

Esta interpretación de la Fiscalía General del Estado, que se basa en la defensa del bienestar económico de nuestra sociedad<sup>71</sup>, no parece estar en consonancia con el tratamiento del legislador de la LOE, que, al referirse a las personas que están excepcionadas de la obligación de proveerse de un permiso de trabajo, ha incluido 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* (art. 49.k LOE)

#### 4. ACCESO AL MERCADO LABORAL

El acceso de los extranjeros a nuestro territorio puede deberse a diversos motivos, siendo uno de ellos el desarrollo de actividades productivas, por cuenta ajena o por cuenta propia. Pues bien, como ya se indicó, para entrar en nuestro país se deben cumplir unos requisitos comunes de admisibilidad —documentación, carencia de antecedentes penales, etc.— a los que se añade la autorización administrativa para trabajar cuando la finalidad es de carácter laboral. Así, señala el art. 36.1 LOE que *«los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar»*. Esta exigencia consistente en que los inmigrantes laborales se provean de una autorización administrativa previa, responde a la necesidad de adecuar los flujos migratorios a la situación nacional de empleo (SNE), de modo que —en general— y en los supuestos de autorizaciones

<sup>71</sup> Argumenta la Instrucción, citada, que «hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, no son limitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico. Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serán necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la sociedad española serán capaces de absorberlos».

de carácter inicial<sup>72</sup> por cuenta ajena —que son las únicas que se van a considerar en este trabajo— sólo se concederá dicha autorización si no existen suficientes trabajadores españoles<sup>73</sup> capacitados para el desempeño del puesto de trabajo.

Ahora bien, previamente a la concesión de la autorización administrativa, debe tenerse en cuenta que tratándose de trabajadores extranjeros — que en general se encuentran en sus países de origen— y de empresarios españoles, de alguna forma debe producirse la conexión entre la oferta y la demanda. Esta conexión se lleva a cabo a través de tres sistemas que conviven<sup>74</sup> y tratan de dar respuesta a supuestos distintos, como se verá a continuación.

#### 4.1. El Régimen General

Uno de los sistemas para conexas la oferta y la demanda es el establecido en el Régimen General, que se encuentra regulado en el art. 38 (que la LOE no modifica) y en el art. 70 RE. En este sistema de libre acceso, el inmigrante —que se encuentra en su país de origen— no se incorpora a un puesto de trabajo porque previamente la Administración haya determinado que no existe mano de obra para el mismo —como ocurre con el contingente— sino que es el propio empresario quien ofrece un específico puesto de trabajo a un determinado trabajador —oferta nominativa—

La solicitud de autorización, la efectúa el empresario ante la propia Administración, que para proceder a la concesión tendrá en cuenta —entre otros aspectos<sup>75</sup>— la *Insuficiencia de trabajadores en territorio nacional* (art. 70

<sup>72</sup> Una de las ventajas que supone el renovar un permiso de trabajo inicial es que el inmigrante ya puede acceder a un puesto de trabajo sin que se tenga en cuenta la situación nacional de empleo. Puede consultarse el art. 69 del RE sobre modalidades y tipos de permiso de trabajo.

<sup>73</sup> No sólo se tiene en cuenta a los trabajadores españoles, sino también a los comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar (art. 70.1.1.a RE)

<sup>74</sup> *Si bien es verdad, que a raíz del Acuerdo de fijación del contingente para el año 2002, que contenía en el punto noveno un epígrafe denominado «conurrencia de procedimientos» se determinó una práctica administrativa que supuso la desaparición de la gestión de las ofertas nominativas y del denominado «régimen general» en la tramitación y obtención de los permisos de trabajo, lo cierto es que la unificación en un sólo régimen de la posibilidad de acceder a un permiso de trabajo no se compadece con la regulación contenida en la Ley y en el Reglamento de Extranjería.* MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.; «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia». *Relaciones Laborales*. Núm. 11, 2003.

<sup>75</sup> Pues en el procedimiento, también, se tendrá en cuenta la regularidad del propio empleador, así como las circunstancias personales del trabajador.

RE). Respecto de este requisito debe señalarse que el tener en cuenta la SNE no quiere decir que haya que anteponer a cualquier solicitud de permiso por parte de un extranjero la existencia de trabajadores españoles en paro. Por el contrario, es indispensable que se acredite que la mano de obra autóctona sin empleo pretende encontrarlo en el ramo de la actividad en que vaya a ocuparse el extranjero, es especial si se trata de un puesto de trabajo para el que se exijan determinadas cualificaciones <sup>76</sup>.

Pues bien, en relación a este régimen, la LOE no añade muchas novedades significativas salvo que, a fin de simplificar administrativamente los trámites, desaparece la separación entre permiso de residencia y permiso de trabajo (necesarios según la LO 8/2000), refiriéndose el nuevo art. 36.1 LOE simplemente a *una autorización previa para trabajar*.

#### 4.2. El Contingente

El origen del modelo que actualmente se conoce como contingente, comenzó a utilizarse con la finalidad de cubrir las ofertas de trabajo que, de forma ya generalizada <sup>77</sup> —no para deficiencias puntuales, como en el régimen general— no eran cubiertas con mano de obra autóctona. Esta práctica <sup>78</sup> fue positivizada en la LO 4/2000 (art 37); en la LO 8/2000 (art. 39) y

<sup>76</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 11-12-2002 (RJ 2003/180) y de fecha 19-12-2002 (RJ 2003/221).

<sup>77</sup> Por ello, el contingente tiene una doble vertiente: en primer lugar, es una estimación técnica ya que, para su formulación, es necesario estimar los puestos de trabajo que no pueden ser cubiertos por mano de obra nacional o comunitaria o bien por extranjeros no comunitarios, ya residentes en España. En segundo lugar, el contingente es un instrumento de política de empleo, en sentido de que está sujeta a variaciones, en función de su utilización como medida de endurecimiento o flexibilización del mercado de trabajo. MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, al comentar el art. 37 de la LOE, en AA.VV. *Comentario a la nueva Ley de Extranjería*. Lex Nova: Valladolid, 2000.pág. 210-11.

<sup>78</sup> Relación de Contingentes:

Año	n.º de ofertas
1993	20.100
1994	17.000
1995	25.000
1996	R.E.*
1997	15.000
1998	28.000
1999	30.000
2000	R.E.*
2001	R.E.*
2002	32.079
2003	34.157

\* R.E.: Regularización extraordinaria

se mantiene en la actual LOE si bien ha sufrido, aparentemente, importantes modificaciones.

El mencionado art. 39 LOE sigue estableciendo los mismos requisitos que venían siendo exigidos con anterioridad, esto es, una facultad de carácter anual que posee el Gobierno que, en la aprobación del contingente, tendrá en cuenta la situación nacional de empleo —algo obvio, pues es el origen del propio sistema— y, finalmente, que los trabajadores deben encontrarse en sus países de origen.

La única novedad de la LOE en esta materia reside, básicamente, en la implantación del denominado *visado para búsqueda de empleo*. Este tipo de visado instaura un sistema en el que se autoriza a trabajadores extranjeros —que se encuentran en su país de origen— *a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el periodo de estancia de tres meses, en los que podrán inscribir en los servicios públicos de empleo correspondiente. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedara obligado a salir del territorio*. Esta nueva modalidad de conexión entre la oferta y la demanda, si bien es verdad que está recogida en la LOE, debe ser analizada más exhaustivamente, merced a las particularidades que posee en cuanto a su posible utilización.

La primera de ellas, sería que, de acuerdo con el art. 39.3 LOE, los sujetos beneficiarios de esta modalidad son los hijos o nietos de *español de origen* y, como se verá en el próximo apartado, éstos —según el art. 40, no modificado en este aspecto por la LOE— podrán acceder al mercado de trabajo sin la necesidad de tener en cuenta la situación nacional de empleo. Por tanto, no parece lógico que aquellos a los que en el Régimen General —para realizar una actividad productiva— no se les tiene en cuenta la SNE, utilicen el sistema del Contingente que, conforme se ha indicado, oferta sólo los puestos de trabajo que no son satisfechos por la mano de obra autóctona. Pues en definitiva, en el primer sistema de conexión tienen acceso a todos los puestos de trabajo, mientras que en el segundo sólo a los que no son cubiertos por los nacionales. La segunda de las particularidades viene señalada el art. 39.4 LOE cuando sostiene que *«asimismo, el contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigido a determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen»*. Pues bien, dicha particularidad ya estaba contemplada en el contingente del año 2003<sup>79</sup> y también lo está en el del presente año.

<sup>79</sup> Concretamente en los puestos de trabajo estable en el servicio doméstico, en la modalidad de ofertas genéricas. Véase el punto sexto A) c) de la Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contrata-



Finalmente, debe señalarse el art. 39.6 señala que las ofertas de empleo realizadas han de ser orientadas preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos<sup>80</sup>. Esta orientación de las ofertas de empleo, ha sido positivizada en el mencionado artículo, pues de facto ya se venía llevando a cabo. Así, la propia Resolución que establece el contingente para el año 2004<sup>81</sup>, señala que *la Dirección General de Ordenación de las Migraciones comunicará 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*.

#### 4.3. El régimen privilegiado

Los dos regímenes que se han expuesto —con las particularidades reseñadas—, contemplan la conexión entre oferta y demanda en el supuesto en el que el trabajador está en su país de origen y, siempre y cuando, ello sea viable a tenor de la situación nacional de empleo. Pues bien, junto a aquellos regímenes existe otro en el que no se tienen en cuenta la situación nacional de empleo ni es requisito —en general— que el trabajador se encuentre en su lugar de origen, de ahí que pueda ser denominado *privilegiado*<sup>82</sup>.

Este régimen privilegiado se aplica a los supuestos que ya se relacionaban en el art. 40 y que, tras la LOE, se han visto incrementados al incor-

---

ción y se fija el número y características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ellas (BOE núm. 14 de 16 de enero de 2003).

<sup>80</sup> Países con los que se han celebrado acuerdos de ordenación de los flujos migratorios: Rumania, Colombia, Marruecos, Polonia, Ecuador, República Dominicana, Bulgaria.

<sup>81</sup> Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y características de las ofertas de empleo que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004. (BOE núm. 313 de 31-12-2003). También se contemplaba en el contingente del año anterior.

<sup>82</sup> Ex. Art. 71 RE: a) por vínculos familiares: ser cónyuge o hijo de extranjero residente, tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española, ser hijo o nieto de español de origen. b) por arraigo: ser titular de una autorización previa que se pretende renovar, haber nacido y ser residente en España, contar con un permiso de residencia temporal por estar en los supuestos de l art. 41.2.b) y c) del RE. c) por motivos socio-políticos: haber gozado de la condición de refugiado o apartida, los menores en edad laboral y con permiso de residencia. d) por el trabajo a realizar: puestos de confianza y trabajos de montaje o reparación de una instalación o equipos productivos importados.

porar nuevos sujetos: *el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un permiso renovado, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario. 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.* Como ya se indico, la LOE no suprime de este artículo 40, a los hijos o nietos de españoles de origen, que son sujetos a los que —entre otros— van destinados los visados de búsqueda de empleo de sistema de contingente ya comentado.

También disfrutaban de un sistema privilegiado las personas exceptuadas de la obligación de proveerse de permiso de trabajo conforme señala del art. 41 (modificado por la LOE) y los estudiantes para los que de conformidad con el art. 79 RE no se tendrán en cuenta la SNE.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La LOE establece novedades de bastante trascendencia que no pueden ser valoradas en toda su extensión en tanto no se lleve a cabo el correspondiente desarrollo reglamentario. Por ejemplo, cuando el art. 31 de la LOE señala que las personas que acrediten una situación de arraigo pueden solicitar una autorización de residencia temporal, no establece cuales van a ser los requisitos exigidos para hallarse en dicho supuesto. También, se deja al posterior desarrollo normativo las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar.

En cuanto a la incorporación de los inmigrantes al sistema productivo español, sin perjuicio de lo que pueda disponer el Reglamento, la LOE no ha supuesto novedades relevantes al respecto, si bien es verdad que positiviza algunas prácticas existentes, siguen persistiendo los fallos del sistema. El diseño actual del Contingente sigue sin incorporar medidas eficaces frente a la significativa desconexión entre las necesidades reales de los empresarios y las ofertas de empleo que se recogen en el Contingente. Además, los trámites administrativos siguen impidiendo que el encuentro entre la oferta y la demanda sea lleve a cabo en el tiempo necesario. No obstante, desde la perspectiva del trabajador, la LOE supone un avance importantísimo al reconocer a quienes ejercen un actividad productiva por cuenta ajena —independientemente de la situación administrativa en la que se encuentren— el derecho a las prestaciones que pudieran corresponderles.

Como se indicó al inicio de este trabajo, el objetivo principal de esta LOE es el control de los flujos migratorios. Dicho control, se apoya en la colaboración de bastantes aliados —unos voluntarios y otros forzosos— conforme establece el legislador, u otras normas (circulares, instrucciones, acuer-



dos, etc.) que ponen en cuestión la propia jerarquía normativa del ordenamiento. Lo cierto es que, a pesar de todos los esfuerzos realizados por las autoridades gubernativas es difícil evitar la inmigración no deseada, salvo que el fenómeno migratorio se contemplara en el contexto de una Comunidad Internacional globalizada. La revolución de las comunicaciones, a la que se viene asistiendo, ha motivado, entre otros aspectos, que la prosperidad de los países desarrollados sea mostrada al resto del mundo constituyendo una especie de invitación. Evitar que estas personas, la mayoría jóvenes, resistan la tentación de abandonarlo todo y migrar a lo desconocido, no parece que puede conseguirse con meras políticas de control policial de fronteras. A estas dificultades, debe añadirse la situación concreta de España que —ya de forma considerable, pero repentina— se ha convertido en un país de destino, en un momento en el que el mercado nacional empieza a sufrir el fenómeno de la deslocalización productiva, la falta de profesionales capacitados en atención a las demandas del mercado laboral —los Contingentes cada año precisan más profesionales—, sin olvidar aquellos sectores abandonados por los autóctonos —desde hace tiempo— por sus precarias condiciones de trabajo.

