

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERMISO DE TRABAJO: FUNCIONES Y DISFUNCIONES

JESÚS R. MERCADER UGUINA

SUMARIO: — I. MIGRACIONES DE LA POBREZA; EL INMIGRANTE COMO «REFUGIADO ECONÓMICO». — II. FUNDAMENTOS LEGALES DEL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN. — III. SISTEMAS Y MODOS DE ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO: 1. La regla, sus excepciones y el endurecimiento de estas últimas. 2. El curioso filtro de la «Situación Nacional de Empleo». 3. Un paseo por la tipología y dinámica de los permisos de trabajo. — IV. PROCESOS DE REGULARIZACIÓN: HISTORIA DE UN DESATINO. 1. Los primeros pasos. La utilización del sistema de cupos como instrumento «perverso» de regularización. 2. El periodo de los procesos «puntuales» de regularización. 3. Punto y seguido en la desorientada política en materia de inmigración. La atribulada vida del contingente para el año 2002 y la razonablemente sabia rectificación del aprobado para el 2003. — V. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL EXTRANJERO SIN PERMISO, BAJO EL SIGNO DE LA INCERTIDUMBRE: 1. Los inseguros efectos laborales del contrato de trabajo celebrado sin autorización. 2. Efectos en materia de Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados sin autorización.

I. MIGRACIONES DE LA POBREZA; EL INMIGRANTE COMO «REFUGIADO ECONÓMICO»

Los cambios en las formas de concebir el sistema económico y los procesos agregados de globalización han producido un desarrollo inusual de los flujos migratorios, situación que a medio plazo producirá importantes transformaciones en la propia composición étnica de nuestras sociedades construyendo verdaderas «sociedades de inmigrantes» (1). Si cierto es que los desplazamientos humanos en busca de mejores condiciones de vida y de horizontes personales más amplios han sido una constante, no lo es menos que, en la actualidad, ese tipo de movimiento migratorio tradicional y el que caracterizó los años ochenta y noventa observa importantes singularidades. En la situación anterior, el emigrante solía abandonar un país de empleo

(1) M. WALZER, *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 45.¹

escaso para desplazarse a un país de empleo abundante; en el momento actual, el emigrante deja un país de empleo escaso para situarse en otro país donde también son escasas las oportunidades de empleo (2).

Las que se han calificado como «migraciones de la pobreza» (3) se están convirtiendo en un hecho básico en la economía, pero también en la política. En prácticamente todos los casos las razones de las migraciones pueden resumirse en una «falta de satisfacción» con la vida presente (elemento de expulsión), y en un «vago presentimiento» de una mejor vida en otra parte (elemento de atracción). Los factores de empuje o *push factors* se sitúan en causas de tipo demográfico y económico (sobre todo, razones vinculadas a la misma subsistencia debida a una inadecuación entre la población existente en un lugar y la disponibilidad de puestos de trabajo) e incentivan los desplazamientos de población joven, y sobre todo de la soltera y masculina, que suele desplazarse individualmente (4). Por lo que hace a los factores de atracción o *pull factors*, éstos hacen referencia a las expectativas de la gente respecto del nuevo modo de vida que se pretende emprender en otro lugar. Normalmente, estas expectativas coinciden, más o menos, con la realidad objetiva del lugar de destino, pero otras veces se trata más bien de un profundo anhelo del espíritu que de la realidad objetiva de las cosas.

En la base de todo ello se encuentra el modelo de desarrollo económico imperante en la era de la globalización de la economía mundial. Como ha señalado Beck, la globalización opera sobre el trabajo desde una doble perspectiva (5). De un lado, «emigran no las personas sino los puestos de trabajo», que son exportados allí donde viven pobres y parados, es decir, a regiones del mundo superpobladas; de otro, las «migraciones globales» que van desde las regiones superpobladas a regiones pobres en población, con un elevado y cautivador nivel de vida, todo lo cual supone, en último extremo, el sometimiento de los flujos migratorios a criterios de racionalidad económica. Ello explica la consideración preferente de los «emigrantes como "recursos humanos" a través de la fórmula mágica de su tratamiento jurídico-político bajo el programa de medidas jurídicas de carácter "externo" para la ordenación de la demanda de mano de obra» (6).

En este contexto, y confirmado que los mercados de trabajo nacionales se revelan incapaces de atender el aumento de demanda de trabajadores, la

(2) J. REQUEJO GONZÁLEZ, *Estructura económica mundial*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 237-238.

(3) J.M. GUEHENNO, *El fin de la democracia*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 24.

(4) A. D'ENTREMONT, *Geografía Económica*, Madrid, Cátedra, 1997, p. 64.

(5) U. BECK, *Un nuevo mundo feliz La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 39.

(6) J.L. MONEREO PÉREZ, *Comentario al art. 1, cit.*, p. 68.

inmigración de convierte en eficaz complemento para restablecer el equilibrio entre oferta y demanda de trabajo. La «nuevas fuerzas medias» son ahora utilizadas para la prestación de servicios que, por su penosidad, por su escasa valoración social, han devenido una especie de «nuevos trabajos serviles» (7), señaladamente los de atención a personas (enfermos, ancianos, niños), a los que se une el desarrollo de otras actividades caracterizadas, también, por la exigencia de una escasa cualificación y que aparecen vinculados con sectores de actividad con escasas exigencias tecnológicas (agricultura, construcción, etc), a los que se aparejan, paralelamente, retribuciones más bajas (8). La ocupación por inmigrantes ilegales o clandestinos de aquellos trabajos denominados 3D (*demanding, dangerous, dirty*: difíciles, peligrosos y sucios) o rechazados por la población europea, ha sido considerada, con todo, por el Parlamento Europeo un factor que ha «contribuido de manera fundamental al desarrollo económico europeo» (9). Pero tan feliz balance no debe olvidar en este contexto de agradecimiento a los servicios prestados la relación directa existente entre inmigración y economía sumergida. Parece evidente que el endurecimiento de las políticas migratorias favorece que los inmigrantes clandestinos o irregulares vengán a engrosar el campo de reclutamiento de mano de obra para la economía sumergida por lo que, como certeramente se ha señalado, «el mundo sumergido del trabajo irregular puede ser considerado el ámbito por excelencia en el que los inmigrantes respondan en manera paradójicamente eficaz a las exigencias generadas de las transformaciones de los sistemas productivos» (10).

El impacto de los inmigrantes en la economía y en el mercado de trabajo ha sido leído en términos de sustitución de la mano de obra nacional por la extranjera. No obstante, como se ha señalado, tal visión parte de una concepción estática de la economía del que deriva la idea de un número fijo de empleos. Frente a ellos, se ha venido defendiendo el papel de los inmigrantes como mano de obra complementaria, más que sustitutoria, que no concurriría con la oferta de trabajo nacional. Estas conclusiones coinciden con los análisis económicos realizados en esta materia. Según datos de la OCDE, apenas exis-

(7) J.L. MONEREO PÉREZ, *Comentario al art. 1, cit.*, p. 68.

(8) La mayor cifra corresponde al sector servicios, seguido del agropecuario, la construcción y la industria. En el predominio del sector servicios, no es ajena la política de reclutamiento de mano de obra exterior que opera a través de los «contingentes» y que contribuye a la feminización de la inmigración. Al respecto, M.J. CRIADO, *La línea quebrada. Historia de vida de migrantes*, Madrid, CES, 2001, p. 57.

(9) Resolución de 30 de marzo de 2000 sobre los solicitantes de asilo y los inmigrantes: planes de acción para los países de origen y de tránsito. Grupo de alto nivel, DOCE C378, p. 77.

(10) B. CARUSO, *Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado?*, en J. LÓPEZ LÓPEZ (Coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 241.

te relación entre la tasa de desempleo de un país y la intensidad del flujo migratorio que al mismo se dirige. Se observa así países con una fuerte corriente migratoria y una tasa de desempleo relativamente baja, mientras se da el caso de países menos abiertos a la inmigración, con altas tasas de paro. Entre los primeros (fuerte inmigración y bajo desempleo) se encuentran Australia, Canadá, Estados Unidos y Austria. Entre las economías con alto nivel de paro, figuran algunas como España, Finlandia e Italia que, sin embargo, están mucho menos (o sólo recientemente) abiertas a flujos migratorios.

De igual modo y frente a idea de que los inmigrantes reducen los salarios de los trabajadores de los países receptores, los análisis económicos vienen demostrando una realidad contraria. En Estados Unidos, la conclusión ha sido que la elasticidad de los salarios respecto de la inmigración ha sido, como mucho, de 0.1, de forma que un incremento del 10% en el volumen de inmigración reduciría los salarios en no más de un 1%. Los resultados varían en función del segmento de mercado de trabajo. Para zonas concretas del sudeste americano y segmentos de baja especialización, el impacto a la baja de la inmigración sobre los salarios ha sido mayor que en otras áreas geográficas. En Europa, los resultados son menos claros. En Francia, apenas se encontró relación entre el flujo de inmigración y el nivel de salarios. En Alemania, se identificó una ligera reducción de los salarios reales correspondientes a los «blue collar», junto a un incremento de los «white collar». De igual modo, se considera que los inmigrantes no son competitivos en términos de carrera profesional, dado que muestran una menor ambición de progreso laboral, puesto que su salario en el país de destino representa ya, en muchos casos, un considerable aumento respecto al que obtenían en el país de origen. No obstante, también se ha comprobado que, en poco más de una generación, tiene a producirse una creciente asimilación de los colectivos inmigrantes respecto de las comunidades locales en las que residen.

II. FUNDAMENTOS LEGALES DEL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN

La actuación de los poderes públicos en materia migratoria en nuestro país no ha sido, hasta el momento, un ejemplo de coherencia y la intervención administrativa llevada a cabo en este terreno ha tenido bastantes más sombras que luces. Un cierto «desconcierto migratorio» (11), o una cierta «desorientación» ha sido, con seguridad, la idea que con más precisión ha servido para describir muchas de las actuaciones ejecutadas en este terreno. Buen ejemplo de ello han sido las reformas legales operadas en este ámbito

(11) V. FISAS, *El desconcierto migratorio*, El País, 1 de febrero de 2001.

en las que se demuestra cómo, en el escaso espacio de un año, en un nuevo ejemplo de inestabilidad normativa, puede invertirse radicalmente el sentido de marcha de la política migratoria de nuestro país.

La «reforma» global de la legislación de extranjería que se inició de la mano de la Ley 4/2000, de 11 de enero, había nacido herida de muerte al ser aprobada por todos los grupos parlamentarios, a excepción del mayoritario, días antes de la convocatoria de elecciones generales. La oposición radical a la filosofía de la Ley fue una de las líneas de actuación del grupo político que habría de obtener la mayoría absoluta en dichas elecciones. La referida disposición era una ley de y para integración de los inmigrantes, que aparecía configurada como un verdadero estatuto jurídico del inmigrante (12), pero no de cualquier extranjero «sino, especialmente, el extranjero inmigrante extracomunitario, con escasos o nulos recursos económicos» (13).

La Ley pretendió impulsar un proceso de transición desde la consideración de la cuestión de la «extranjería» como problema de orden público administrativo, hasta su comprensión como problema de orden público socio-económico. El nuevo contexto de la inmigración obligaba a asumir la necesidad de dotar a los extranjeros de un conjunto de libertades y derechos perfectamente definidos que sea capaz, al mismo tiempo, de cumplir con los criterios jurídicos derivados del respeto de los derechos fundamentales del individuo consagrados en los Tratados internacionales suscritos por España y con el principio de solidaridad que debe primar en el tratamiento de un fenómeno que, siendo tradicional, ha adoptado los contornos de un verdadero conflicto social. Consecuentemente, la estrategia normativa y política respecto de los inmigrantes, incluidos los «irregulares», pasaba por acciones de integración y no de policía administrativa.

En menos de un año, la LO 8/2000, 22 de diciembre, restauraba el régimen sancionador propio del modelo normativo de la Ley Orgánica de 1985. Esta verdadera «contrarreforma» trata de justificarse desde su Exposición de Motivos en el hecho de que «la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma» (14). Se rectificaban, a través de este cómodo expediente, los excesos de generosidad de que había hecho gala su antecesora, convirtiéndola en una ley de represión de la inmigración ilegal, lo que se refleja no sólo en el endurecimiento de medidas sancionadoras, sino tam-

(12) P. CHARRO BAENA, *Las autorizaciones para el trabajo de extranjeros*, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 33.

(13) J. ASENSI SABATER, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, 2000, p. 23.

(14) Un balance de esta reforma puede hallarse en M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, *Reforma y contrarreforma de la Ley de extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

bién en el notable empeoramiento del status del inmigrante en situación irregular, también en relación con sus libertades civiles y políticas. Es evidente que este viaje de ida y vuelta ha llevado consigo, junto al trascendente cambio de lógica apuntado, ciertas deficiencias técnicas, nuevas lagunas de regulación y una notable incertidumbre sobre el devenir de una norma que, si bien se encuentra adecuada al contexto internacional, resulta una norma que contradice los postulados básicos de un efectivo programa de integración intercultural.

A las «leyes de extranjería del año 2000» (15), se han unido otra serie de medidas de diferente orden que vienen a complementar y desarrollar sus contenidos. Las reformas en la organización burocrática de la extranjería y el extenso Acuerdo del Consejo de Ministros, que aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (GRECO), son las más significativas novedades que en materia de extranjería han visto la luz en los últimos tiempos. En todo caso, las insuficiencias técnicas del grupo normativo que integra lo que pudiéramos llamar el «Derecho social de la inmigración», parecen no haber acabado en la Ley, sino que su Reglamento de desarrollo, el RD. 864/2001, de 20 de julio, también se ha movido en esta línea como, de forma rotunda, acredita la STS (3ª) de 20 de marzo de 2003, que ha procedido a anular parcialmente el citado Reglamento.

III. SISTEMAS Y MODOS DE ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

1. La regla, sus excepciones y el endurecimiento de estas últimas

La normativa española en materia de extranjería se mueve en relación con los ciudadanos no comunitarios en la «lógica básica» de la extranjería: entrada con visado, como elemento preventivo de control, permanencia mediante autorización, y trabajo mediante permiso (16). El cumplimiento de estos requisitos es trascendental para los inmigrantes, al depender su regularización y los derechos que de ella se derivan de contar con autorización para residir y estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo (17). Los sistemas de acceso han venido marcados por la idea de evitar el fomen-

to de la inmigración «descontrolada», la idea de la «Europa fortaleza» (18) se encuentra muy presente en el diseño del modelo de incorporación de los inmigrantes al mercado de trabajo. No obstante, la LOEx (19) ha tratado de otorgar una mayor estabilidad y seguridad para el inmigrante en el sistema de renovación de los permisos de trabajo. De este modo, el sistema normativo no trata igual la situación del extranjero que solicita un permiso inicial de trabajo que al que solicita la renovación del permiso preexistente. En el caso del primer acceso al mercado de trabajo los requisitos y condicionamientos son notoriamente más severos que una vez obtenido el inicial permiso de trabajo.

El régimen jurídico de integración en el mercado de trabajo a través del permiso de trabajo no muestra una faz uniforme sino que, antes bien, viene caracterizado por una variada tipología de formas de autorización y se articula a través de un complejo sistema de reglas y excepciones, dado que no a todos los trabajadores extranjeros que pretenden realizar una actividad lucrativa en España se les exige autorización administrativa para trabajar. En este sentido, conviene recordar que existen determinados documentos que homologan para trabajar sin tener que obtener autorización laboral. Entre ellos se cuentan: el permiso de residencia permanente; la tarjeta de refugiado y de apátrida; la resolución administrativa de estar exceptuado, que se otorga a quienes realizan determinadas actividades o poseen determinados vínculos personales o territoriales con España, y, en fin, los trabajadores nacionales de terceros Estados que vienen a España a realizar una prestación transnacional como trabajadores de empresas establecidas en la Unión Europea, en el Espacio Económico Europeo o en Suiza.

Con todo, la lucha contra la inmigración irregular ha incentivado el establecimiento de rigurosos controles de acceso y la eliminación de ciertos sistemas que promocionaban la inmigración en países con los que España mantenía intensos lazos. Por ello, y dado que la vía que han venido utilizando los extranjeros nacionales de terceros Estados para acceder a territorio español, «ante las dificultades de obtener un visado para residir, ha sido la solicitud de un visado de estancia para viaje turístico o visita familiar y, una vez en España, han intentado obtener la exención de visado para residir o, en la

(15) M. ALONSO OLEA, *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Madrid, Civitas, 2001.

(16) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, *El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*, Ponencia General, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santander, 2001 (www.aedtss.com/actividades/xiicongreso2001.htm).

(17) Extensamente, M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.

(18) Un balance de las políticas comunitarias en esta materia, J. R. MERCADER UGUINA, A. MUÑOZ RUIZ, *El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea*, «Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales», 2001, n.º 32, pp. 35 a 62.

(19) Nos referimos con esta abreviatura al texto que resultaría de la Ley 4/2000, no modificado por la Ley 8/2000 y que, por tanto, se encuentran vigentes; de los preceptos de la primera Ley modificados por la segunda y por los que se incorporan ex novo por la Ley 8/2000. Sobre las dificultades de manejo de ambas Leyes, M. ALONSO OLEA, *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, cit., p. 25.

mayoría de los casos, han permanecido trabajando de forma ilegal» (20), los controles se han cifrado, precisamente, en este terreno. Esta realidad ha llevado al endurecimiento, como hemos señalado, en el régimen de control de situaciones como aquella en la que se encuentran los nacionales chilenos y peruanos, en virtud los convenios de doble nacionalidad entre España y Chile, y entre España y Perú. Pero ello en ningún caso les exige de tener que obtener el permiso de residencia y, por tanto, el visado para residir en nuestro territorio. El Tribunal Supremo en varias ocasiones ha indicado que los ciudadanos peruanos y chilenos, si bien han de proveerse del permiso de trabajo, su concesión es imperativa para la Administración por aplicación de los convenios de doble nacionalidad entre España y aquellos países como en su día confirmara la STS (3ª) 21 de diciembre de 1998 (RJ 10223).

En cualquier caso, «es preciso poner de relieve las dificultades con que se encuentran los súbditos chilenos y los peruanos a la hora de obtener en el consulado español del país de origen el visado de residencia para trabajo» (21). Ciertamente es que los nacionales de los Estados con los que España tiene concluidos acuerdos de supresión de visados hasta tres meses han venido entrando tradicionalmente en España alegando motivos turísticos o familiares y, finalizado este plazo, han quedado en nuestro territorio a la espera de regularizar de un modo u otro su situación (22). Esta situación ha dado lugar al establecimiento de sustanciales recortes en aquellas disposiciones de marcado signo aperturista que existían en tales Convenios. Ello explica que algunos de estos acuerdos hayan sido suspendidos temporalmente, entre ellos el Canje de Notas de 14 de abril de 1959 sobre supresión de visados entre España y Perú, lo que supone la exigencia del visado de estancia a los peruanos para entrar en territorio español o, en la misma línea, el del Protocolo modificativo del Convenio de doble nacionalidad con Ecuador de 5 de julio de 2000, en el que se establece que la concesión del permiso de trabajo y residencia se rige para estos trabajadores por las normas generales del Derecho de extranjería.

2. El curioso filtro de la «Situación Nacional de Empleo»

Lo cierto, no obstante, es que los sistemas de control se han venido incentivando, como hemos tenido oportunidad de señalar, con el objetivo de

(20) M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, cit., p. 42.

(21) M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, cit., p. 89.

(22) M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, cit., p. 89.

consolidar una política migratoria fundada en la regularidad en la incorporación al mercado de trabajo. La piedra angular de dicho sistema se sitúa en un concepto jurídico indeterminado de nebulosa significación, a saber, la situación nacional de empleo.

La consideración de la Situación Nacional de Empleo en las concesiones iniciales de permisos de trabajo (23), esto es, que la concesión de dicha autorización se haga depender del análisis del mercado de trabajo resulta una premisa que, muy probablemente, podría encontrar anclaje constitucional en el art. 35 CE, entre otros (24), en tanto que «instrumento que permite articular el objetivo de la preferencia en la contratación de la población nacional desempleada» (25). Tal exigencia aparece acogida por el art. 38.1 LOEx, respecto de la concesión inicial del permiso de trabajo. El REEx asume la interpretación tradicional que del referido principio se había llevado a cabo, estableciendo, en su art. 70, que para la concesión del permiso de trabajo se tendrá en cuenta, la «insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional tanto españoles, como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa» y en segundo término, «que la oferta de trabajo no haya podido ser cubierta a través de los Servicios Públicos de empleo competentes para la gestión de la misma», se recoge así «el ya clásico principio de publicidad de la oferta de trabajo, cuya finalidad no es otra que cualquier español que reúna las condiciones exigidas pueda concurrir con preferencia absoluta frente al extranjero» (26).

De tal exigencia se desprende que no basta la constancia genérica de que existen españoles que demandan empleo para cubrir un puesto de tra-

(23) En este punto, el debate parlamentario para la aprobación de la ley contempló posturas contrapuestas. Por un lado, la diputada del Grupo Mixto propuso la supresión de la consideración de la situación nacional del empleo como criterio de concesión del permiso inicial (art. 38.2), entendiéndose que ese debía ser el criterio utilizado exclusivamente para establecer el sistema de contingentes. Por otro lado, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida defendió, como ya hiciera en su propia proposición de ley, la eliminación de toda limitación en los permisos de trabajo. Finalmente, se prefirió conservar las limitaciones referidas al permiso inicial, alegando el papel beneficioso que pueden tener las limitaciones para evitar la venta de contratos ficticios, y para asegurar que las necesidades de mano de obra de una determinada región se vean cubiertas efectivamente, evitando el caso frecuente de quienes solicitaban el permiso de trabajo en una zona donde era más fácil obtenerlo y una vez conseguido se establecían en otra zona distinta.

(24) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La legislación de extranjería y la política de inmigración*, RL, 2000, n.º 20, p. 2.

(25) M. RAMOS QUENTANA, *El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*, en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander, 2001 (en www.adetss.com/documentos, última entrada 28 de julio de 2003).

(26) P. CHARRO BAENA, *Autorización para trabajar y permisos de trabajo (Lectura de una reforma inacabada)*, «Mes a Mes», 2001, n.º 61, p. 15.

bajo de las características que definen aquél sino que, necesariamente, debe pretenderse por alguno su concreta adjudicación, acreditando la competencia requerida para su desempeño. A título de ejemplo, se ha reconocido el derecho a obtener el permiso de trabajo, por no afectar a la situación nacional de empleo, en puestos de trabajo como «especialista en sistemas de tasificación de Reaseguro Internacional» (27), entrenador de paddel y tenis (28), técnico fotográfico», y el extranjero acompaña «una certificación de haber cursado un seminario de operadores de la máquina automática de revelado de fotografías que la empresa posee en el «Noritsu Oss Traimugadores de Wakayama» (29), o, en fin, entiende que el «conocimiento del idioma árabe es primordial» para prestar servicios en la Oficina Popular de Libia radicada en España (30). No obstante, como doctrinalmente se ha señalado, la Administración, «quizá por desidia, sigue actuando de la misma y errónea manera que la jurisprudencia pretendió corregir, y que posteriormente se incorporó a la Ley». Ello provoca, se señala, al menos, dos consecuencias: de un lado, «la denegación de permisos de trabajo sin cobertura real del puesto de trabajo por ningún español (que, a su vez, genera situaciones de irregularidad porque, de hecho y a pesar de la denegación, hay extranjeros dispuestos a ocupar ese puesto de trabajo y empresarios a contratarlos)» y, de otro, «la vuelta al diseño de ofertas de empleo "ficticias", para que en instancias judiciales no quede más remedio que conceder el permiso solicitado, sea o no el que realmente demanda el empresario» (31).

Finalmente, cabe recordar que la exigencia de tomar en consideración la situación nacional de empleo, encuentra una serie de excepciones en los casos de los trabajadores que se enumeran en los arts. 40 LOEx y 71 REx. Se trata de trabajadores que, independientemente de la nacionalidad que ostentan, tienen ciertos vínculos territoriales o de sangre con España, o se encuentran en situaciones especiales. Así se incluyen al cónyuge y a los hijos del extranjero residente en España con un permiso renovado [art. 40 b) LOEx y art. 71.1 a) REx]; los vínculos familiares, en este caso, con españoles [art. 40 g) i) LOEx y del art. 71 e) y g) REx]. Por su parte, el art. 40 c) LOEX y art. 71.1 b) REx disponen que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando se sea titular de una autorización previa de tra-

(27) STS (3ª) de 23 de marzo de 1998 (RJ 2864).

(28) STS (3ª) de 10 de mayo de 1995 (RJ 4063).

(29) STS (3ª) de 5 de octubre de 1990 (RJ 7430).

(30) STS (3ª) de 24 de septiembre de 1996 (RJ 6799).

(31) Los entrecomillados pertenecen a P. CHARRO BAENA, *Derecho laboral y extranjeros: sistemas de contratación de extranjeros. Análisis de la Jurisprudencia*, en *XII Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería*, cuyo texto puede verse en <http://www.extranjeria.info/inicio/index.htm> (última entrada, 28 de julio de 2003).

bajo cuya renovación se pretenda; sin embargo, «la política de la UE parece querer retornar a condicionar la renovación a que no existan demandantes comunitarios de empleo» (32). No se tendrá en cuenta tampoco la situación nacional de empleo cuando se posea un permiso de residencia por circunstancias excepcionales, como ocurre con los extranjeros desplazados por motivo de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, o que se hayan visto obligados a abandonar su país de origen y no puedan permanecer en el mismo; e incluso, en determinadas circunstancias, por motivos humanitarios, o como consecuencia de un compromiso internacional, cuando son acogidos en España y se les otorga un permiso de residencia por circunstancias excepcionales [art. 79.1.b) REx]. En la misma línea se sitúan los que hubieran gozado de la condición de refugiado durante el año siguiente a su cese, y los que hubieran perdido la condición de apátridas durante el mismo período [art. 40 e) y f) LOEx]. Por último, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo a efectos de proceder a la incorporación al mercado laboral español de trabajadores nacionales de los países con los que se han concluido acuerdos sobre ordenación y regulación de flujos migratorios, ya que, al venir a través del contingente, se han valorado con anterioridad las necesidades reales de mano de obra, sea ésta estable o de temporada.

3. Un paseo por la tipología y dinámica de los permisos de trabajo

La LOEx distingue dos tipos de situaciones: la de aquellas personas cuya actividad laboral está autorizada de manera temporal y la de quienes tienen una autorización permanente, a la cual se puede acceder transcurridos cinco años desde la concesión del primer permiso de trabajo o residencia. Este primer permiso, o permiso inicial, tendrá por consiguiente una duración máxima de cinco años, pudiendo establecerse reglamentariamente un régimen que determine una duración menor y prevea la posibilidad de prórrogas (o permiso renovado). El art. 38.2 LOEx establece las pautas que concreta el REx en orden a establecer la tipología de permisos de trabajo por cuenta ajena, a saber, que el mismo tendrá una duración inferior a cinco años y que su concesión inicial podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad (33). Se confirma, de este modo, el diseño del sistema de permisos de trabajo como «una regulación del permiso de trabajo por cuen-

(32) M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, cit., pp. 92-93.

(33) Un amplio análisis de esta materia puede hallarse en J.R. MERCADER UGUINA, C. TOLOSA TRIBIÑO, *Problemas y lagunas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, RL, 2001, n° 22, pp. 83 a 117.

ta ajena caracterizada por una sucesión escalonada de permisos de vigencia limitada, en la que se va ampliando el plazo de vigencia y los tipos de actividad a desarrollar, las profesiones a ejercer y el ámbito geográfico» (34).

El permiso inicial para trabajo por cuenta ajena se concede en la mayoría de las ocasiones para una concreta zona geográfica, para un determinado sector de actividad y por un tiempo concreto (su validez será de un año). Incluso la Administración podrá limitarlo a una empresa determinada. Cuando se solicita ha de presentarse un contrato de trabajo o un compromiso formal del empresario y de exigirse especial titulación, la concesión del permiso se condiciona a la tenencia y, en su caso, homologación, del título. El Tipo B (renovado) permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de dos años. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso tipo B (inicial) al término de su vigencia. De igual modo, el permiso de tipo C permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Tiene una validez de dos años y pueden obtener este permiso los titulares de un permiso tipo B (renovado) al término de su vigencia.

En línea con lo establecido en el art. 31.2 LOEx, donde se contemplan los supuestos que llevan a la concesión de la residencia temporal, incluyendo el caso en el que la persona solicitante «se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia habiendo solicitado para ello las licencias o permisos correspondientes», la persona extranjera que pretenda trabajar por cuenta propia deberá obtener el permiso de trabajo por cuenta propia («autorización administrativa para trabajar»). Una vez obtenida la autorización para trabajar, para iniciar la actividad bastará con haber solicitado las licencias que exija la legislación vigente para cada caso.

La secuencia de permisos de trabajo por cuenta propia se inicia con el Tipo D (inicial). Este tipo de permiso podrá limitarse para el ejercicio de una actividad concreta y para un ámbito geográfico determinado, sin perjuicio del derecho previsto para los residentes extranjeros en el art. 5 LOEx. Su validez será de un año. Para la concesión inicial de los permisos de trabajo por cuenta propia se tomarán en consideración los siguientes elementos (art. 70.2 REx): Incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo, aportación de capital, nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción; suficiencia de la inversión para llevar a cabo la explotación del proyecto; que el solicitante reúne la cualificación profesional exigible, así como que acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa específica, aplicable a los nacionales para la apertura y normal funcionamiento de la actividad de que se trate.

(34) P. CHARRO BAENA, *Autorización para trabajar y permisos de trabajo (Lectura de una reforma inacabada)*, cit., p. 17.

De acuerdo con el art. 72.2 REx, para la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia «se tendrá en consideración el cumplimiento por parte del trabajador, como sujeto responsable, de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social inherentes al ejercicio de la actividad económica de que se trate, así como de la continuidad en el ejercicio de la actividad». Es importante poner de manifiesto que el art. 72.4 REx establece que «los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que pueda acreditarse la realización habitual de la actividad». Ello implicará la denegación automática cuando el permiso de trabajo lo sea por cuenta propia, al venir el trabajador autónomo obligado a cotizar desde el primer día del mes natural en que se opera la solicitud o concurren las circunstancias determinantes de la inclusión (art. 43.1 y 45.2 RD 2064/1995). Las modalidades renovadas de los permisos por cuenta propia son, de un lado, el Tipo D (renovado) que autoriza el ejercicio de cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de dos años, pudiendo obtener este permiso los titulares de un permiso tipo D (inicial) al término de su vigencia y, de otro, el permiso de tipo E que autoriza a desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Tiene una validez de dos años. Pueden obtener este tipo de permiso los titulares de un permiso tipo D (renovado), al término de su vigencia.

Mención especial merece el permiso de trabajo de temporada. La LOEx lo contempla de manera expresa en el art. 42 y, si bien remite al posterior desarrollo reglamentario, establece como condición para su concesión que: «deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas», sin determinar quién es el sujeto responsable de tal exigencia. El art. 78 REx distingue dos tipos de permiso de trabajo de temporada: el Tipo A autoriza la realización de actividades de duración limitada, entre ellas, el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones. Podrá limitarse a una actividad y ámbito geográfico concretos. Su duración coincidirá con la del contrato de trabajo, con el límite de un año. Podrá prorrogarse en función de la duración de la actividad que motivó dicho contrato. Por su parte, el Tipo T autoriza la realización de actividades o servicios de temporada o campaña y podrá limitarse a una actividad y ámbito geográfico concretos. Su duración coincidirá con la del contrato de trabajo, no pudiendo exceder de nueve meses, dentro de un período de doce meses consecutivos. En todo caso, ninguno de los anteriores permisos permite el paso a un permiso B inicial, únicamente en relación con el tipo T, tal y como establece el art. 78.2 e) REx, se contempla la posibilidad de que la Administración valore el hecho de que el trabajador extranjero ha estado realizando este

tipo de actividad a efectos de la concesión de aquella autorización; en este sentido, establece el referido precepto que: «el hecho de haber sido contratado para trabajar en actividades de temporada durante cuatro años, consecutivos o no, será un elemento que se tendrá en consideración para la concesión de un permiso de trabajo B inicial».

IV. PROCESOS DE REGULARIZACIÓN: HISTORIA DE UN DESASTINO

1. Los primeros pasos. La utilización del sistema de cupos como instrumento «perverso» de regularización

La patología más importante de nuestro sistema de extranjería se ha producido en relación con los inmigrantes irregulares y los procesos de regularización se han convertido en la pretendida panacea para su curación. Las regularizaciones han sido el aspecto más visible pero, a su vez, el menos meditado de la normalización de la inmigración en nuestro país. Como acertadamente se ha señalado, tales procesos «reflejan el fracaso de la política basada en los permisos de trabajo, concedidos tras recibir el contrato de trabajo en el país de origen, y más en general, el fracaso de la política de inmigración fundada en la LOE. Los propios Gobiernos han aceptado este fracaso de la legalidad con una serie de regularizaciones, desde la que comportó la aprobación de la LOR (1986), la más amplia de 1991, la posterior de la reagrupación de familiares, las encubiertas de contingentes anuales desde 1993 a 1999 y la que siguió a la aprobación del Reglamento de 1996» (35). Las políticas de normalización han estado guiadas, como en su conjunto la política migratoria de nuestro país, por notables dosis de incertidumbre y por la falta de un modelo claro que permitiera enfrentarse a esta nueva realidad de una forma eficaz. Ello explica las mutaciones que a lo largo de su vida han tenido instituciones como la que nos va a ocupar a lo largo de las próximas páginas. Como tendremos oportunidad de analizar, la política de contingentes ha venido adoptando una función, en gran medida perversa, destinada a dotar, en unos casos, de cobertura normativa a los procesos de regularización cuando los intereses políticos así lo exigían y, en otros, a cumplir una función inversa, a saber, actuar como mecanismo de incorporación selectiva de inmigrantes a nuestro mercado de trabajo que impida, precisamente, la utilización de esta vía como instrumento emboscado de regularización.

(35) E. AJA (Coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 32.

El origen del modelo que actualmente conocemos como de contingente se sitúa en la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, adoptada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991 (36) en la que se fijaron las líneas básicas de política migratoria española de ese momento (37). No obstante, el inicio de esta política encuentra su origen en 1993, año en el que, por primera vez y sin previa publicación en el BOE, la Resolución de 4 de abril de 1993 dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecía un cupo de autorizaciones de 20.600 trabajadores inmigrantes de nacionalidad no comunitaria, así como el procedimiento a seguir para la tramitación de las ofertas de empleo y solicitudes de trabajo. La referida medida no se destinaba, como el propio Acuerdo ponía de relieve, a incentivar la inmigración, sino que se trataba exclusivamente de una medida que perseguía la canalización de los flujos migratorios «facilitando un número máximo de autorizaciones que solamente se irán utilizando si el mercado de trabajo nacional no es capaz de satisfacer las necesidades empresariales de forma adecuada», motivo por el cual se garantizaba la preferencia de la mano de obra extranjera residente en España. Se inauguraba, de este modo, un singular proceso de regularización anual encubierta que hacía de la vía del «cupo» un sistema complementario de las regularizaciones extraordinarias que pudieran eventualmente utilizarse.

Esta función irregular se consolidó en los años siguientes, en concreto, con los contingentes de 1994 y 1995 que vieron la luz, el primero, a través de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 23 de septiembre de 1994, por la que se dictan Instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios en 1994 y el procedimiento para su cobertura (BOE de 24 de septiembre de 1994), por el que se determinó un cupo de autorizaciones para ese año de 17.000 trabajadores extranjeros no comunitarios; y, el segundo, por medio de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 9 de junio de 1995, por la que se aprueba el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en 1995 (BOE de 14 de junio 1995), por el que se fijó un contingente de autorizaciones de 25.000 extranjeros no comunitarios.

(36) BOCC, Congreso de los Diputados. IV Legislatura, núm. 165.

(37) Para un análisis en profundidad de este proceso, vid., C. APRELL LASAGABASTER, *La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de los ciudadanos extranjeros no comunitarios*, REDA, 1997, n° 93, pp. 18-22. A través de este proceso, y de acuerdo con la Dirección General de Migraciones (1992), fueron presentadas 132.934 solicitudes, de las que 102.204 fueron resueltas favorablemente.

La declarada finalidad de regularización encubierta de la práctica del contingente se puso de manifiesto durante 1996, año en el que no se recurrió al referido instrumento, pues durante ese año se aprobó el nuevo Reglamento —RD 155/1996, de 2 de febrero, de ejecución de la LO 7/1985— que preveía un mecanismo de regularización extraordinario. Sin embargo, este Reglamento estableció por vez primera un marco normativo para su aprobación en el art. 70 bajo el título de «Establecimiento de contingente». En realidad, se vino a recoger o positivizar la práctica de funcionamiento de los años anteriores. De esta forma, se señalaba que la competencia para su aprobación correspondía al Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Asuntos Sociales. Se establecía la necesidad de efectuar una previa consulta con las organizaciones sociales y empresariales más representativas, e informe de la Comisión Interministerial de Extranjería y también se fijaba la finalidad del contingente: garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 24 de septiembre de 1996, reiteró las líneas básicas establecidas en 1991, instando al Gobierno a fijar anualmente los contingentes en número suficiente según las necesidades de los diferentes sectores implicados y la propia capacidad de las Administraciones para desarrollar medidas de integración de los inmigrantes. Como resultado, el proceso de contingentación, que había quedado paralizado tras la regularización del año 1996, se reabrió tras la Resolución de 31 de enero de 1997 por la que se estableció el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en 1997 (BOE de 5 de febrero de 1997) (38). El mismo establecía 30.000 autorizaciones que se destinaron, básicamente, a Madrid, Barcelona y Almería, siendo la agricultura, la construcción y el servicio doméstico los sectores con mayor oferta de trabajo. El total de solicitudes presentadas fue de 94.819, esto es, más del 300% de las ofertadas.

2. El período de los procesos «puntuales» de regularización

Con la LO 4/2000 se produce una elevación en el rango normativo del contingente (art. 37), a la vez que una «clarificación y mejora técnica de la

(38) La referida política se mantuvo con la Resolución de 13 marzo 1998 por la que se fijaba el contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario en 1998 (BOE de 14 de marzo de 1998), fijándose un cupo de 28.000 autorizaciones. En 1999, la Resolución de 15 de enero de 1999 por la que se publicaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1998, vino a fijar el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros del régimen no comunitario para el año 1999 (BOE de 16 de enero de 1999).

redacción dada en la versión original», si bien la nueva efectúa un desarrollo en términos muy parecidos a la que ésta había obtenido en el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, siendo quizá la diferencia más significativa el carácter imperativo que adopta el texto legal al establecer un mandato al Gobierno («establecerá anualmente») en vez de los términos más flexibles que parecía establecer su precedente reglamentario. Imperatividad que, aunque buscó ser limitada, en la reforma posterior, no consiguió materializarse. En efecto, si bien el art. 38 del Proyecto de reforma de la LO 4/2000 pretendía configurar el sistema de cupos con carácter facultativo: «podrá establecer un contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España (39), el referido texto no llegó a concretarse en el texto definitivo.

No obstante, el recurso al contingente vio desvirtuada su función como consecuencia del inicio de una nueva política caracterizada por el establecimiento de procedimientos puntuales de regularización masiva (40). La primera piedra de este nuevo modelo la colocó la Disposición Transitoria primera de la LO 4/2000, de acuerdo con la cual se establecía un proceso de regularización que se dirigía a normalizar la situación de todos aquellos extranjeros que se encontraran en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acreditaran haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo, o ambos al mismo tiempo, o que lo hubieran tenido en los últimos tres años. Dicho modelo se desarrolló por el RD 239/2000, de 18 de febrero. El inicio del citado proceso se fijó para el 21 de marzo de 2000, finalizando cuatro meses después, en concreto el 31 de julio de ese mismo año. Durante ese período, se presentaron 240.000 solicitudes, instrumento que, en todo caso, resultó insuficiente para terminar con la bolsa de indocumentados.

Como ya había instaurado la LO 4/2000, la LO 8/2000 mantuvo el sistema de contingentes (art. 39), reservado para los extranjeros «que no se hallen ni sean residentes en España», con lo que se reforzaba la idea de evitar que el sistema de contingentes fuera utilizado como vía de *regularización extraordinaria* de extranjeros que se encuentren irregularmente en España, cuya fijación será anual —siempre que exista necesidad de mano de obra— con indicación de sectores y actividades profesionales, pudiendo elevar propuestas en este sentido las Comunidades Autónomas. Pero esta idea quedó

(39) BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, núm. 12-1, de 11 de septiembre.

(40) Para un análisis crítico de los mismos, vid., M.L. TRINIDAD GARCÍA, *Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa*, «Revista de Derecho Migratorio y Extranjería», 2002, n° 1, pp. 99-112.

inmediatamente contradicha por un nuevo supuesto de regularización en masa, la que derivaba de la Disposición Transitoria cuarta de la LO 8/2000 en la que, una vez más, las autoridades públicas mostraron cierta inconsecuencia y una notable dosis de provisionalidad a la hora de dar soluciones a un problema que, como la inmigración, posee neto carácter estructural.

El referido proceso se materializó por el RD 142/2001, de 16 de febrero, por el que se regula un procedimiento de *reexamen* de las solicitudes de regularización denegadas al amparo del RD 239/2000, de 18 de febrero. La referida disposición exigía haber presentado solicitud de regularización en aplicación del procedimiento anterior antes reseñado; haber sido denegada tal solicitud por el motivo exclusivo de no haber acreditado el requisito de no encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999; encontrarse en España a la entrada en vigor del RD 142/2001 (es decir, antes del 16 de febrero de 2001); acreditar el cumplimiento de los demás requisitos exigidos en el RD 239/2000; y, en fin, que no existiera contra el interesado una resolución de expulsión vigente ni el mismo se encontrara incurso en causa de expulsión o prohibición de entrada en España.

La insuficiencia de los anteriores procesos, su coyunturalidad y la ausencia de una política general en esta materia llevaron consigo distintos encierros y huelgas de hambre de inmigrantes (Barcelona, Valencia, Murcia, Almería) que, recelosos de que su caso obtuviera una solución favorable, y vistos los antecedentes, recurren a esa medida de presión. La actitud del Gobierno es la de abrir un proceso de regularización «fantasma» en el que, después de rechazar todas las Proposiciones no de Ley presentadas por distintos grupos parlamentarios reclamando una regularización urgente, se recurre a la vía del «arraigo» del art. 31.4 LOEx. En aplicación de dicho precepto, y hasta tanto no entrara en vigor el Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica, se estableció que se procedería a la resolución favorable de aquellas peticiones de permiso de residencia de los extranjeros que se hallasen en España y que cumplieran los siguientes requisitos: 1º Acreditar encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001. 2º Acreditar una situación de arraigo en España, considerando como tal: la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España, o la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles. 3º No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 53.c), d) y f), y 54 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. Se establecía, de este modo, la posibilidad de autorizar a trabajar sin contemplar la situación nacional de empleo a los extranjeros que hayan obtenido un permiso de residencia temporal por la acreditación de una situación de arraigo. Por Resolución 23 de abril de 2002, la Dirección General de Ordenación de las Migraciones acordó conceder validez de Permiso de Trabajo para todo el territorio nacional y para todos los sectores de actividad

a todas las autorizaciones para trabajar que se hayan concedido o se concedan en el marco del mencionado procedimiento de acreditación de arraigo, en tanto se mantengan en vigor las citadas autorizaciones.

A las anteriores se unen otras frustradas y frustrantes experiencias, como la singular regularización «*con viaje de ida y vuelta*», ejemplo del despropósito y símbolo de la confusión gubernamental en esta materia, en la que el Delegado para la Inmigración, tras tomar la decisión de pagar el viaje a 25.000 ecuatorianos en situación irregular para que obtuvieran el visado en su país de origen, se vio obligado a interrumpir tan singular proceso cuando habían viajado 5000 por los enormes costes de los billetes de avión. En resumen, procesos caracterizados por la improvisación y la falta de seguridad jurídica.

3. Punto y seguido en la desorientada política en materia de inmigración. La atribulada vida del contingente para el año 2002 y la razonablemente sabia rectificación del aprobado para el 2003

La gran novedad de la regulación del contingente para 2002 fue la unificación del régimen de acceso al permiso de trabajo, régimen que sólo será el del contingente, a salvo de los supuestos en los que no habrá de tenerse en cuenta la situación nacional del empleo (arts. 71, 76, 77 y 79 REEx). Tal decisión suponía el cierre del Régimen General de contratación de extranjeros y la supresión de los procesos de regularización extraordinarios, de manera que «los inmigrantes que están aquí» en situación irregular, salvo escasas excepciones, se veían imposibilitados para acceder, por cualquier vía, al estatus de regularidad. Los argumentos que justificarían, desde la perspectiva del Gobierno, la legalidad de esta medida serían que la LO 8/2000 ha suprimido el antiguo art. 38 de la LO 4/2000 que, al establecer las excepciones al contingente, señalaba que «las ofertas de empleo que puedan realizar los empresarios a trabajadores extranjeros son independientes del contingente global que se establezca». Por tanto, una interpretación plausible sería la de entender que la aprobación del contingente comporta que los sectores contingentados únicamente pueden tramitarse a través de esta vía excluyendo la posibilidad de contratación directa por los empresarios a través de ofertas nominativas» (41). El resultado de tan aguda política no es otro que el hecho incontestado de que la «bolsa» de trabajadores y trabajadoras inmigrantes en situación irregular sigue engordando, ahora ya sin salida alguna dentro de la legalidad.

(41) V. AGUADO I CUDOLA, *El control administrativo de la inmigración laboral a través de la contratación en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios*, RJC, 2002, nº 4, p. 75-76.

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 el Reglamento de Extranjería. Es cierto que la Ley no hace referencia a las ofertas nominativas, al igual que resulta cierto que, en todo caso, y a salvo de los supuestos concretos excepcionados, en los dos sistemas habrá de tenerse en cuenta la situación nacional del empleo; sin embargo, la LOEx regula el permiso de trabajo en el art. 38 y el contingente en el art. 39 y, lo que es más importante, el art. 70 establece una fórmula de acreditación de la situación nacional del empleo mediante la técnica de la certificación de los servicios de empleo, que carecería de todo sentido si la situación nacional del empleo hubiera resultado previamente evaluada con carácter general, como ocurre en el supuesto del contingente.

Varias han sido las resoluciones judiciales que han abordado la cuestión relativa a la denegación del permiso de trabajo cuando el mismo había sido solicitado de acuerdo con lo establecido para el denominado régimen general, debiendo realizar dos matizaciones: de un lado, lo llamativo que resulta que un mismo asunto sea conocido por órganos judiciales colegiados o unipersonales dependiendo del territorio, lo que revela la necesidad de clarificar la atribución competencial en materia de extranjería; y, de otro, que, pese a que los razonamientos de estas resoluciones son diferentes, subyace en todas ellas una consideración única, en cuanto se desprende la ilegalidad de las previsiones que en materia de procedimientos se contienen en el acuerdo de aprobación del contingente (42).

No ha sido el contingente para el 2002, por lo anteriormente expuesto, un ejemplo ni de eficacia ni de vertebración de una política realista en materia de inmigración pues, como hemos visto, ni ha servido como instrumento de canalización de los flujos migratorios ni se ha visto acompañado de las medidas complementarias necesarias para su correcta gestión. Quizá por ello, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procesos de contratación y se fija el número y las características de las formas de empleo que se ofrecen, para el año 2003, a extranjeros no residentes legales en España parece haber entonado, si bien en tono menor, un cierto *mea culpa* influido, en no poca medida, por los descomunales errores en los que había incurrido el régimen del contingente para el 2002.

Ciertamente, el contingente para el 2002 había sido tachado de poscer numerosos defectos, una larga lista, que se iniciaba con su excesiva rigidez derivada de la parcelación de las necesidades por provincias que, en lugar de

(42) Un análisis de conjunto de los referidos pronunciamientos puede verse en J.R. MERCADER UGUINA, C. TOLOSA TRIBIÑO, *El contingente de trabajadores extranjeros: balance de una sinuosa experiencia (Consideraciones sobre el contingente para el 2003)*, RL, 2003, n° 11, pp. 87 a 111.

servir para racionalizarlas, ha servido para encerrarlas en compartimentos estancos (43). En segundo lugar, el contingente establece, se dice, un procedimiento de contratación lento e ineficaz, dado que el sistema previsto para la contratación de un extranjero, cuando ésta sea posible porque exista un cupo aprobado para la provincia y sector donde opera la empresa, es tan sumamente largo y complejo que, más que incentivar la contratación, la disuade. Detectada la necesidad de cubrir un puesto de trabajo para el que no hay demandantes de empleo inscritos en el INEM, desde que el empresario inicia el mecanismo para solicitar la contratación hasta que puede contratar a una persona a través del contingente, transcurren demasiados meses, lo que hace que la finalidad perseguida se incumpla, al ser cubiertas las necesidades de empleo por trabajadores en situación irregular. Finalmente, a los anteriores déficits se añadía, con razón, el carácter opaco en la gestión de las ofertas. La forma en que los empresarios definen sus preferencias, en que la Administración orienta las ofertas y en que realiza la selección y contratación del personal en los países de origen no garantiza un procedimiento transparente en todas sus fases y que vendría materializado en la ausencia de control suficiente en la etapa de preselección y selección definitiva en el país de origen. Además, desde el momento en que la norma obliga a que las ofertas de empleo sean siempre genéricas, sacrifica una parte de la libertad de contratación en aras a un mayor control de los flujos.

En línea autocrítica, y tratando de dar respuesta a la larga lista de reproches que a la experiencia anterior se habían realizado, el Acuerdo para el 2003 constata que «la experiencia ha demostrado que la gestión puede ser simplificada, dotando a este procedimiento de mecanismos de flexibilidad que lo perfeccionen, con la finalidad de satisfacer las necesidades reales de las empresas con mayores garantías de celeridad y eficacia sin merma de protección para los trabajadores contratados». La anterior filosofía se plasma, en la letra del nuevo programa, de un lado, en el establecimiento de un método más funcional que diferencia, tanto para empleos de carácter estable como temporal, entre ofertas genéricas y nominativas, estableciendo unos procedimientos diferentes para unos y otros supuestos; de otro, se atiende de forma especial al empleo doméstico, contemplando mecanismos separados para este tipo de relación laboral especial, admitiendo en algunos supuestos ofertas nominativas de alcance limitado. Finalmente, y dados los despropósitos que en relación con su vigencia planteó el contingente para el 2002, en el presente su duración se extiende hasta el 31 de diciembre de 2003.

(43) Proposición no de Ley 162/000558 sobre reforma urgente del contingente 2002 de trabajadores extranjeros presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (Congreso, 27 de septiembre de 2002. Serie D, núm. 411).

V. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL EXTRANJERO SIN PERMISO, BAJO EL SIGNO DE LA INCERTIDUMBRE

1. Los inseguros efectos laborales del contrato de trabajo celebrado sin autorización

Jurisprudencia y doctrina, en su mayoría, han venido coincidiendo en declarar nulo el contrato de trabajo celebrado en España por un extranjero sin permiso de trabajo. Ahora bien, en lo que no ha existido acuerdo hasta el momento ha sido en el fundamento de tal conclusión. De este modo, mientras una primera línea interpretativa ha resuelto, fundamentando dicha solución en el art. 7 ET, relativo a la capacidad de contratación de las partes, que la nulidad del contrato celebrado por un extranjero sin permiso de trabajo tiene su fundamento en la falta de capacidad por el extranjero por lo que la causa de la nulidad del contrato sería la incapacidad del trabajador no nacional; una segunda orientación, en todo caso más coherente, ha considerado que la nulidad del contrato del extranjero en situación irregular en la contravención de una norma imperativa, fundamentada la sanción en el art. 6.3 CC, que también recoge la posibilidad de efecto jurídico distinto si lo establece la norma en cuestión, de este modo, y a falta de una previsión expresa que prevea una consecuencia diferente a la nulidad, el contrato analizado resultaría nulo.

Esta segunda línea fue consolidada por la STS (4ª) 21 de marzo de 1997 (RJ 1997/3391), en la que el Tribunal Supremo concluyó que un contrato de trabajo sin obtención del permiso de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los arts 6.3 y 1275 CC, en relación con el art. 7.c) ET, y tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de los prescrito por el art. 9.2 ET. Conforme a esta interpretación, el contrato de trabajo debía reputarse nulo cuando el trabajador extranjero no disponía del permiso de trabajo, y en consecuencia entender que carecía por ello de acción para reclamar por despido frente al empresario, pudiendo tan sólo exigir la remuneración por el trabajo que ya hubiere prestado.

No obstante, la doctrina de suplicación, en dos recientes sentencias, una del TSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 (Rec. 616/2002) y otra del TSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2002 (Rec. 2146/2002), ha venido a reconocer la acción de despido de un extranjero con situación laboral irregular, esto es, sin permiso de trabajo y de residencia. En los referidos pronunciamientos se establece que la situación jurídica que había servido de base para el pronunciamiento del Tribunal Supremo debía «considerarse radicalmente modificada por lo establecido en el art. 33.3º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

integración social, actual art. 36.3º de esta Ley». A su juicio, «este artículo establece en su párrafo primero una regulación similar a la contenida en el art. 15.1º de la Ley Orgánica 7/1985, para señalar que «los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar», pero introduce una sustancial y vital diferencia en su párrafo tercero cuando dice que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero». Tan contundente aserto tan sólo puede ser interpretado en el sentido de considerar que el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas a que pudiere dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo. Se han querido dejar de esta forma a salvo y en toda su plenitud los derechos laborales del trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, para que pueda exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que nacen de cualquier relación laboral conforme a lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores, incluida una eventual reclamación por despido. Como es de ver, la regulación actual señala de forma expresa que la carencia de la preceptiva autorización administrativa «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero», introduciendo con ello una radical diferencia respecto a la regulación anterior con la que claramente se quiere indicar que el contrato de trabajo no quedará invalidado y esta situación no afectará a los derechos laborales del trabajador extranjero, que se mantienen por ello íntegros y sin limitación».

Como la doctrina ha puesto de relieve, en el supuesto del extranjero que trabaja sin haber obtenido el preceptivo permiso administrativo concurren dogmáticamente todos los elementos integrantes del contrato de trabajo, por lo que debería sostenerse su validez (44); lo que sucede es que el ordenamiento jurídico le niega efectos al supuesto por configurar el permiso como condición de eficacia del contrato (45). El contrato de trabajo existente en estos casos es válido por reunir todos los requisitos o elementos esenciales preceptivos, pero la Ley sujeta la eficacia del contrato de trabajo a la condición de obtener el permiso, de tal modo que las consecuencias deri-

(44) P. CHARRO BAENA, *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, cit., pp. 131 a 141.

(45) A. SEMPERE NAVARRO, *Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo. Comentario a la STSJ de Cataluña de 14 mayo 2002*, AJA, 2002, núm. 545.

vadas del mismo sólo son jurídicamente exigibles si así se dispone de modo expreso, cual venía sucediendo en materia de retribuciones (art. 9.2 ET) (46). Ahora el art. 36.3 LOEx habla de «dos derechos del trabajador extranjero» lo que podría fundamentar, como acabamos de señalar, soluciones de signo contrario a las hasta ahora mantenidas. Tales interpretaciones, como acertadamente se ha dicho, pueden convertir al citado precepto «en un importante instrumento en la lucha contra la inmigración ilegal, a la vez que imposibilitará o hará muy difícil al extranjero en situación irregular su permanencia en España a efectos de optar por una futura regularización» (47).

2. Efectos en materia de Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados sin autorización

Intimamente conectado con las anteriores reflexiones se sitúa el clásico problema de la existencia o no de obligación empresarial de cotizar cuando se trate de prestación de servicios por un inmigrante en situación irregular. La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso Administrativo mantiene una posición netamente favorable a la subsistencia de tal obligación aunque el trabajador no posea el permiso de trabajo legalmente exigido. En este punto se sitúa la STS (3ª) 28 de mayo de 1991 (RJ 4215), para la cual la inexistencia de permiso de trabajo en quien teniendo la condición de extranjero lo precise para trabajar y que determina la nulidad del contrato «no excluye los efectos derivados del trabajo realizado en tales condiciones pues, según el art. 9.2 del referido Estatuto, en el caso de que el contrato de trabajo resultare nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que hubiera prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, norma (...) en la que se encuentra el engarce de la obligación de cotizar a la Seguridad Social por tales remuneraciones devengadas, por servicios prestados sin permiso de trabajo pues, a tenor del art. 70 del Texto Refundido de la Seguridad Social, aprobado por D. 2065/74 de 30 de mayo «la obligación de cotizar nacerá con el comienzo de la prestación del trabajo».

En línea con lo anterior, la STS (3ª) 2 de diciembre de 1998 (RJ 10268), entiende que el principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, «es aplicable a la cotización a la Seguridad Social, pues la referencia del artículo 7.4 LGSS/1974 a lo establecido en los Tratados y Convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la rela-

(46) A. SEMPERE NAVARRO, *Trabajo irregular de los extranjeros y validez del contrato de trabajo*, cit.

(47) M. MOYA ESCUDERO, R. RUEDA VALDIVIA, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, cit., p. 135.

ción laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y concedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.2 ET, lo que, como señala la doctrina más autorizada, tiene su reflejo en el art. 70.1 LGSS/1974, al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas 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)».

No ha sido éste, sin embargo, el criterio seguido por el orden social de la jurisdicción. La doctrina de suplicación parece dejar claro, como en el caso de la STSJ Murcia 4 de octubre de 1999 (AS 3206), que la ausencia de afiliación y alta conlleva «evidentemente» la no cotización, siguiendo el camino en su día iniciado por las STSJ Baleares 13 de marzo de 1992 (AS 309) y Andalucía/Granada 13 de mayo de 1992 (AS 2628). Esta solución nos parece, con todo, la más razonable. Ciertamente, en el Régimen General, la obligación de cotizar nace con el comienzo mismo de la prestación de trabajo, incluido el periodo de prueba en su caso, tal como establece el art. 106.1 LGSS. En el caso de los extranjeros no existe tal obligación pues el inmigrante es un trabajador «de hecho» pero no de derecho. El extranjero irregular, no genera derechos ni obligaciones para sí o para el empresario que lo emplee en materia de Seguridad Social. Las consecuencias que se aparejan a esta situación son, únicamente, sancionadoras. Y ello, porque a diferencia de la relación laboral, el nacimiento de la de Seguridad Social no se vincula a la prestación de servicios (48). «No se trata de una relación nacida de una realidad material, sino, como consecuencia de la conformación legal de la relación de Seguridad Social, de la concurrencia en el sujeto de que se trate de una serie de condiciones, entre ellas, la residencia y el trabajo legal en España». Y, partiendo de este punto de vista, «la prestación efectiva de servicios es significativa, pero no determinante» (49).

No obstante, la anterior línea interpretativa no resulta, tampoco, uniforme si nos atenemos a lo dicho por la STSJ País Vasco 10 de octubre de

(48) Ampliamente sobre los perfiles de esta materia A. MUÑOZ RUIZ y M. RUIZ CUESTA, *Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social*, en *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander, 2001.

(49) Los entrecomillados pertenecen a M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Contrato de trabajo de extranjeros*, en AA.VV., *Extranjeros*, Madrid, CGPJ, 1994, pp. 217-259.

2000 (AS 4466), a cuyo tenor, «es necesaria la existencia de una relación laboral por parte del extranjero, y esta no puede motivarse por la carencia de un permiso de trabajo», por lo que «la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad del alta, cuestión que no excluye ni la responsabilidad empresarial ni la cobertura ante el accidente de trabajo, y que, también es compatible con la posible satisfacción de cuotas por falta de cotización», remitiéndose de forma expresa lo señalado por la STS (3ª) 2 de diciembre de 1998 (RJ 10268) (50).

Es importante señalar, por último que en modo alguno podría concluirse que, en estos casos, no se originaría el derecho a prestaciones, pues resultaría del todo paradójico que, tras haber venido recibiendo la Entidad Gestora las cuotas, ésta no responda del evento o siniestro una vez producido. De no haberse producido el evento sí que cabría plantearse la nulidad del contrato con devolución íntegra o proporcional de las primas abonadas (51).

En todo caso, la existencia de descubiertos empresariales no produce, como regla general, efectos cuando la situación del inmigrante es regular. Así se deduce con nitidez del art. 72.4 REx, al establecer que «los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que pueda acreditarse la realización habitual de la actividad». En estos casos, la autoridad competente podrá estar en situación en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, será ésta la que inicie, de conformidad con el RD. 928/1998, el procedimiento liquidatorio y, en su caso, sancionatorio correspondiente.

(50) Comentando el pronunciamiento de suplicación, vid., M. T. DÍAZ AZNARTE, *Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena*, AL, 2001, n° 43, pp. 783-794.

(51) Estas consecuencias no pueden fundamentarse en la doctrina de los propios actos, ya que la aplicación de la nulidad de pleno derecho de un contrato no puede relegarse sobre la base de que suponga un «acto propio» de quien alega el vicio, ya que este obstáculo impide la actuación al actor solamente cuando dichos actos son válidos y eficaces (L. DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la doctrina del TS*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 201, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, pp. 479-480.) El fundamento podría hallarse en el principio del abuso del derecho (K. JOCHEN ALBIEZ, *La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», Madrid, CGPJ, 1984, XXXV, p. 87) o de una aplicación matizada de las reglas «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» o «*in pari causa damno magis, quam lucro consulendum*» como apunta E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilícitud contractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. No obstante, como doctrinalmente se ha defendido podría aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la falta de efectos para las prestaciones de las cotizaciones efectuadas en relación con personas indebidamente en alta, como señala P. CHARRO BAENA, *El trabajo de los extranjeros en España*, en S. ADROHER BIOSCA, P. CHARRO BAENA, *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 389.