

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2024 / 2025

**CONDICIONES LABORALES DE LOS INMIGRANTES
IRREGULARES**

WORKING CONDITIONS OF IRREGULAR IMMIGRANTS

AUTORA: Aida Obiang Alufo

DIRECTORA: María Lourdes López Cumbre

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	4
2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN.....	6
2.1. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES	6
2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS: DERECHO AL TRABAJO.....	8
3. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA TRABAJAR COMO REQUISITO DEL CONTRATO DE TRABAJO	18
3.1. ASPECTOS GENERALES.....	18
3.2. ¿LA SITUACIÓN IRREGULAR DEL TRABAJADOR SUPONE LA INEFICACIA DEL CONTRATO SUSCRITO?	19
3.3. RELACIÓN ENTRE EL PERMISO DE TRABAJO Y DE RESIDENCIA	21
3.4. EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA A LA PRESTACIÓN LABORAL: TIPOS DE PERMISOS Y PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN	24
3.5. AUTORIDAD COMPETENTE	25
4. OBSTÁCULOS NORMATIVOS AL ACCESO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES	27
5. LA POSICIÓN DE LA MUJER EN LOS PROCESOS MIGRATORIOS APLICADA AL ÁMBITO LABORAL.....	30
6. UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LO HASTA AHORA VISTO	34
6.1. SOBRE LA RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN.....	35
6.2. SOBRE LA EXPERIENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL	37
6.3. SOBRE LA REALIDAD DEL ÁMBITO SOCIOECONÓMICO	40
7. MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000	41
8. MIGRACIÓN ESTABLE Y MIGRACIÓN CIRCULAR.....	44
9. CONCLUSIÓN.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	50

RESUMEN

El innegable incremento de la población extranjera ha traído consigo situaciones tales como la perpetuación del denominado “*empleo informal*”, entendiendo a tal efecto “*una situación no regulada del mercado laboral que generalmente incluye acuerdos informales entre empleado y empleador*”. Fruto de esta condición es la precariedad laboral propia de quienes desempeñan un trabajo por cuenta ajena careciendo para ello de la correspondiente autorización administrativa. Ello, en tanto en cuanto el temor por verse obligados a regresar a sus países de origen les impide hacer valer los derechos de que son titulares, situación esta (junto con el desconocimiento de tales derechos) de que se vale el empleador en la mayoría de supuestos para gozar de mano de obra barata.

En este sentido, nos adentraremos en el reconocimiento de estos derechos así como en la problemática que entraña su ejercicio tanto a nivel legislativo como en el ámbito práctico.

ABSTRACT

The undeniable increase in the foreign population has brought with it situations such as the perpetuation of the so-called "informal employment", understood to this effect "an unregulated labour market situation which generally includes informal agreements between employee and employer". The result of this condition is the precarious nature of the work of persons engaged in paid employment without the corresponding administrative authorization. This, insofar as the fear of being forced to return to their countries of origin prevents them from asserting the rights of which they are holders, this situation (together with the ignorance of such rights) that the employer is using in most cases to enjoy cheap labour.

In this sense, we will enter into the recognition of these rights as well as the problems involved in their exercise both at the legislative level and in the practical field.

Palabras clave: inmigrantes, trabajo, autorización, Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, hemos sido partícipes del progresivo aumento de los movimientos migratorios en nuestro país, lo que podemos considerar algo inevitable debido a la globalización que, entre otras cosas, trae consigo el desplazamiento de personas que, mediante el desempeño de una actividad laboral buscan, en su mayoría un futuro mejor que la vida que dejan atrás. Sin embargo, estos flujos migratorios no siempre se llevan a cabo con el rigor necesario lo que, en ocasiones, desemboca en la entrada al país de personas que, si bien ejercen una actividad laboral, carecen de la autorización administrativa necesaria al efecto deviniendo así en los denominados *inmigrantes irregulares*.

La frecuencia con que se producen estos flujos migratorios es cada vez mayor y a través del presente trabajo analizaremos, en primer lugar, la forma en que se viene gestionando pues, en un inicio, las leyes aplicadas a este sector de la población eran muy restrictivas. A su vez, trataremos de explicar la situación actual valiéndonos para ello de los preceptos constitucionales así como de la doctrina del Tribunal Constitucional a fin de determinar los supuestos de discriminación laboral entre nacionales y extranjeros.

No obstante lo anterior, el motivo principal del presente trabajo estriba en la imperativa necesidad de determinar la aplicación del principio de igualdad y no discriminación así como averiguar qué supone el ejercicio de una actividad laboral sin autorización administrativa a tal efecto con las consiguiente visión desde el ámbito europeo.

Para ello, nos basaremos además de en la normativa ya mencionada y en distintas sentencias, en dos de las normas más importantes a este respecto como son el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Concluiremos haciendo una serie de observaciones sobre los principales obstáculos con que se han encontrado tanto a nivel normativo como a nivel institucional, no sin antes señalar la concreta posición de la mujer inmigrante irregular a lo largo de la historia.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Para hablar del recorrido legislativo en materia de Extranjería es preciso situarnos en un primer momento en la Ley 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España siendo esta la primera Ley de extranjería. Esta Ley encuentra su razón de ser en la necesidad de compilar en un único texto la dispersión de normas que hasta el momento había sobre esta materia.

Se trata de una Ley muy restrictiva llegando incluso a declararse la inconstitucionalidad de tres de sus preceptos mediante STC 11 de mayo de 1987, si bien se mantuvieron disposiciones como la posibilidad de internamiento durante cuarenta días para quienes se encontraban a la espera de una expulsión.

Una de las particularidades por las que se caracteriza obedece al denominado principio de preferencia nacional, en cuya virtud se priorizaban las necesidades laborales de los trabajadores españoles frente a las de los extranjeros.

Para el desarrollo de esta Ley se contó con la creación de los Reglamentos 1119/1986 y 155/1996.

Esta Ley encontró como principal obstáculo la posibilidad de un encuadre acorde con la Constitución. Además, su entrada en vigor provocó la irregularidad sobrevenida de los extranjeros que para aquel momento se encontraban en el país dando pues, lugar, su Disposición Transitoria Segunda, al otorgamiento de un período de tres meses para que estos pudieran regularizar su situación.

Con la posterior derogación de esta Ley, entra en juego la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Nos encontramos ante una Ley menos sancionadora cuyo objetivo es la búsqueda de soluciones ante la situación de inestabilidad en que se encontraba el país en este ámbito tras la aplicación de la ley anterior. A fin de alcanzar una política de migración por medio

de la integración social de los extranjeros, se reconoce por vez primera a los inmigrantes como sujetos de derecho.

Esta Ley ciertamente suponía una mejora respecto de la anterior. Tanto es así que en un intento de ampliar los derechos de los inmigrantes irregulares se añade el requisito del empadronamiento, así como la denominada regularización por arraigo para quienes permanecieran durante dos años en el país pudiendo regularizar su situación acreditando la posibilidad de valerse por sí mismos. Pese al esfuerzo de esta Ley por ser más garantista, aún tenía sendas carencias como es la falta de una sólida técnica legislativa, así como de un reglamento para su desarrollo, lo cual era imposible dada la necesidad de impulso desde el Gobierno habiéndose negado el partido que gobernaba en el momento.

En cualquier caso, dada la corta vida de esta Ley, es imposible hacer un gran análisis sobre su practicidad.

No obstante lo anterior, la Ley Orgánica 4/2000 continúa en vigor si bien ha sido objeto de tres modificaciones tales como:

La LO 8/2000 y su reglamento de desarrollo de 20 de julio, el Real Decreto 864/2001. Surge como contrarreforma de la LO 4/2000 equiparándose a la situación vivida con la Ley de 1985. Reflejo de ello es la fijación del arraigo por el Reglamento de 2001 en cinco años frente a los dos previstos por la LO 4/2000; en tres años para quienes tengan familiares directos en situación regular y; en dos años para quienes hubiesen gozado con anterioridad de algún tipo de permiso.

Este carácter sancionador se ve modificado posteriormente por la **LO 14/2003, de 20 de noviembre cuyo desarrollo viene dado por el Real Decreto 2393/2004.** Esta Ley, creada como consecuencia de la STS de 22 de mayo de 2003, se caracterizó por la liberación del empleo de los extranjeros. De esta modificación cabe señalar la supresión de la figura del representante del extranjero en el país de origen, lo que convertía automáticamente en ciudadanos irregulares a quienes no pudieran acudir a sus países de origen.

Finalmente, surge la **Ley 2/2009 de 11 de diciembre y su reglamento de desarrollo, 557/2011,** cuya finalidad no es sino la de adaptar las directivas comunitarias así como el texto constitucional a la realidad migratoria del país.

La Ley de Extranjería es una norma que por su propia identidad necesita estar en constante cambio para poder cumplir su propósito y dotar de una auténtica y eficaz cobertura a los trabajadores extranjeros que vienen a nuestro país en busca de un futuro mejor que la vida que dejan atrás en sus países de origen esperando unas garantías mínimas en materia de derechos e igualdad mientras que, de las normas expuestas no se desprende sino una incesante necesidad por mantener el aspecto sancionador, ello sin perjuicio de intentar ser un poco más garantista con cada modificación pero sin olvidarse de las posiblemente excesivas sanciones y sin salir del círculo vicioso que supone la necesidad de un empleo para la obtención de los papeles que regularicen su situación así como la necesidad de regularizar su situación para la obtención de estos papeles.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

2.1. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

El artículo 14 CE promueve la igualdad de todos los españoles ante la ley. Sin embargo, este precepto, en consonancia con los artículos, 1 CE, 9.2 CE y 10 CE¹, dan lugar a la distinción entre el principio de igualdad y el de no discriminación.

Si bien la igualdad se constituye sobre la premisa de proporcionar el mismo trato a mismos supuestos de hecho, no cabiendo diferenciación alguna salvo por causa objetiva y razonable y, atendiendo a la proporcionalidad de los hechos, el principio de no discriminación, por su parte, tiene lugar en la razón de las personas, en la dignidad humana a fin de incluir a los grupos tradicionalmente marginados. De hecho, garantizar

¹ Artículo 1

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.
2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.
3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

Artículo 9

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

la correcta aplicación de este principio requiere ofrecer un trato desigual entre aquellos que no son iguales.

Tanto el principio de igualdad de trato como el derecho a la no discriminación poseen la condición de derechos fundamentales, radicando la problemática a este respecto en determinar si son exclusivos de los españoles o pueden ampliarse a los extranjeros. En este sentido, no sería difícil afirmar la titularidad única de los españoles en tanto el propio texto constitucional alude a estos de manera expresa. Esta exclusión a los extranjeros podría verse incluso ratificada por la no inclusión por parte de los artículos 4.2 c) LET y 17 LET, de la nacionalidad como causa de prohibición de la discriminación.

Sobre el artículo 14 CE el Tribunal Constitucional ha defendido la exclusividad de los españoles sin perjuicio de su expansión a los extranjeros en tanto en cuanto este precepto ha de ser tenido en cuenta en el conjunto del texto constitucional en primer lugar, y, se ha de valorar la igualdad respecto del derecho concreto que se pretenda proteger.

Dicho lo cual, el tema de la extranjería colisiona con el principio de igualdad en sentido estricto cuando lo que se pretende es una igualdad de trato frente a los españoles, interfiriendo así con los derechos de que estos son titulares en exclusiva. De esta forma, no cabe la igualdad completa del extranjero sino en los supuestos en que se produzca un enfrentamiento en que medie la dignidad humana.

Por su parte, el artículo 13 CE establece que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*. En este sentido, podemos advertir tres problemas interpretativos tales como, determinar el significado de la expresión “libertades públicas”; averiguar si la remisión a los tratados y la ley puede considerarse una desconstitucionalización de los “derechos constitucionales” de los extranjeros y; finalmente, si los extranjeros a los que hace referencia son cuantos se encuentren en territorio nacional o, únicamente aquellos que vean regularizada su situación en el país.

En lo que hace a las libertades públicas, el TC lo solventa con gran determinación en la STC 107/1984, al señalar en su FJ 3 que, *“Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término «libertades públicas» no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución...”*. De esta forma, cabe esgrimir del artículo 13.1 CE que, se extiende a todo el Título I de la Constitución, englobando así

todos los derechos y libertades constitucionales así como los denominados principios rectores de la política social y económica como sucede con el derecho a la Seguridad Social reconocido a los inmigrantes.

La controversia sobre la desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros emana de la remisión del precepto constitucional a los tratados y la ley al determinar que estos se garantizarán “...en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Ante esto, el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente:

“No supone, sin embargo, tal previsión que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades «que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal.” En adición, estos derechos no podrán ser restringidos sino que se deberán garantizar en pro de la más estricta igualdad en los términos del artículo 10.1 CE tal y como se señaló con anterioridad al referirnos al principio de igualdad y de no discriminación.

En última instancia, en cuánto al carácter subjetivo del precepto, de la Sentencia del Tribunal Constitucional podemos afirmar, en primer lugar, su aplicación a todos los extranjeros, quienes podrán gozar de todas las disposiciones del Título I si bien el ejercicio de estos derechos estará supeditado a los mandatos legales pero ello siempre dentro del marco constitucional.

2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS: DERECHO AL TRABAJO.

En materia de derecho al trabajo, el artículo 35 CE sienta las bases que posteriormente regula la Ley y a cuyo tenor se desprende lo siguiente:

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente

para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

De este artículo se puede apreciar una distinción entre españoles y extranjeros que se hace patente en la exigencia de autorización administrativa para trabajar surgiendo así una limitación a estos frente a los primeros.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, a fin de determinar si la exigencia de la autorización de residencia a los trabajadores extranjeros para determinar la validez de los contratos de trabajo constituye o no una vulneración del principio de igualdad, mediante ST 107/1984, resuelve la no exigibilidad de igualdad de trato entre extranjeros y españoles en materia de acceso al trabajo.² Ello, dada la inexistencia de un tratado que así lo disponga ni de precepto constitucional que lo haga pues, en tal sentido, la Constitución sólo equipara en derechos a los propios nacionales y a los extranjeros que tienen acreditada su situación administrativa poseyendo a tal efecto el permiso de residencia.³

Al hablar de discriminación, entendida esta no ya como un apéndice de la igualdad sino provista de una total autonomía, podemos distinguir de forma gradual tres tipos de discriminación. En primer lugar, la denominada *discriminación institucional*, que emana de las normas vigentes y da lugar al segundo nivel de discriminación como es el *marco institucional discriminatorio*, surgiendo este de la propia configuración del plano laboral provocando la ubicación de determinados colectivos en puestos concretos de trabajo (lo que veremos más adelante). Finalmente, señalar la discriminación causada *en el ámbito empresarial* que trae consigo diferencias en lo que hace a la contratación, el salario o el horario, entre otros.

Centrándonos más concretamente en el racismo como forma de discriminación y al hilo de lo anterior el racismo institucional, podemos definir esta práctica como “*el conjunto*

² STC, 107/1984, FJ. 4 “*La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato.*”

³ STC 107/1984, FJ. 2 “*Partiendo de una interpretación de la legalidad, que manifiestamente no es arbitraria, las resoluciones judiciales impugnadas han entendido que, si bien los súbditos de países hispanoamericanos, junto a otros con los que España ha mantenido unas muy especiales relaciones, están exentos de la necesidad de proveerse del permiso de trabajo exigido a los restantes extranjeros, no lo están, en cambio, de la autorización de residencia, pues aquella exención recae sobre los hispanoamericanos «que residen y se encuentran legalmente en territorio español», circunstancia que requiere la obtención de dicha autorización. Es, pues, a tales sujetos y en tal circunstancia a quienes, según la interposición judicial, se reconoce la equiparación con los ciudadanos españoles para el trabajo.*”

de políticas, prácticas y procedimientos que perjudican a grupos racializados impidiendo que puedan alcanzar una posición de igualdad". En este sentido, podemos concebir este aspecto institucional bien a través de la creación de leyes, reglamentos, políticas públicas, etc., y de una forma más activa, directamente por medio de un brazo ejecutor como son los discursos políticos o las prácticas llevadas a cabo por los empleados públicos cuya labor es la de aplicar las leyes.

Una primera reflexión me lleva a considerar que, sin esta discriminación institucional probablemente tampoco se darían los dos niveles de los que se hizo mención con anterioridad, concretamente, la propia del ámbito empresarial con el que estamos más familiarizados bien de forma directa y personal o, de manera más sucinta, a través de lo que, en mayor o menor medida los medios de comunicación nos transmiten. Un segundo análisis me conduce a la remisión de aquel momento en que señalábamos que un trato desigual en ocasiones promueve la igualdad. Dicho lo cual, si realmente nos moviéramos en tierra de igualdad y no discriminación, no serían necesarias las prácticas destinadas a fomentar la integración de los inmigrantes en la sociedad española o las ayudas para favorecer su acceso al trabajo.⁴

Por todo lo anterior, podemos afirmar que españoles y extranjeros no son iguales y que, si bien teóricamente se hace por divulgar una aparente igualdad, en la práctica no son sino objeto de trabas y cortapisas. Reflejo de ello son los requisitos para la obtención del permiso de trabajo y residencia, documentos que no hacen *per se* desaparecer ningún tipo de discriminación de que estos son protagonistas, desde el ámbito institucional hasta el ámbito de empresa en lo laboral.

Vistos los preceptos constitucionales de interés y lo relativo al ámbito laboral, en el siguiente apartado nos centraremos en su análisis desde un enfoque más práctico.

⁴ RESOLUCIÓN DE 24 DE JUNIO DE 2022 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN HUMANITARIA E INCLUSIÓN SOCIAL DE LA INMIGRACIÓN, POR LA QUE SE CONVOCAN SUBVENCIONES PARA EL DESARROLLO DE ACTUACIONES DE INTERÉS GENERAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA, DESTINADAS A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES, ASÍ COMO A FAVORECER LA CONVIVENCIA Y LA COHESIÓN SOCIAL, COFINANCIADAS POR FONDOS DE LA UNIÓN EUROPEA.

2.3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ACTUALIDAD

En el presente apartado se abordará la cuestión relativa al principio de igualdad y no discriminación recogido en el Título I de nuestra Constitución y ratificado en el Estatuto de los Trabajadores así como en la Ley de Extranjería. Ello, partiendo de una óptica general cuyo tema principal sea el ámbito de la nacionalidad, concluyendo con un aspecto más específico entendiendo por tal la dualidad existente entre los propios inmigrantes reflejada en la política migratoria de que gozamos y pasando por el polémico ámbito de la perspectiva de género. Dicho análisis se llevará a cabo desde el plano nacional en relación con el europeo.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD

Antes de adentrarnos en el fondo del asunto, es imperativo situar en el plano de la materia de interés dos instrumentos internacionales de gran importancia destinados a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los inmigrantes como son la Agenda 2030 de Naciones Unidas y el Pacto para una Migración Segura, Ordenada y Regular.

La Agenda 2030 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015 tiene como objetivo principal la erradicación de la pobreza en todas sus vertientes mediante la promoción del denominado “trabajo digno”. La inclusión de la migración en la Agenda 2030 sirve para poner de manifiesto la necesidad de implicación internacional en esta materia al constatar la universalidad y relevancia de los objetivos migratorios.

Por su parte, el Pacto tiene por objetivo la obtención del compromiso político de los países suscritos de adoptar medidas comunes en favor de una migración segura y ordenada que vele, en todo caso, por la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Situados estos instrumentos, es momento de realizar unas apreciaciones iniciales sobre el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito laboral. Como ya sabemos, el inmigrante en su condición de trabajador ostenta una serie de derechos sociales. Sin embargo, a pesar de la ya histórica presencia de los movimientos migratorios en nuestra sociedad, en los principios constitucionales se ha podido constatar “una doble trayectoria opuesta paralela” de avance para los nacionales y de retroceso para los

inmigrantes. Tanto es así que, las medidas adoptadas hasta el momento a nivel europeo no se han centrado sino en el control de fronteras, en la sanción y en el retorno al país de origen de quienes no se encontraban dentro de la legalidad.

A raíz de lo anterior es imperativo traer a colación la situación de los trabajadores provenientes de terceros estados en el ámbito europeo pues, si bien de estos se predica como punto de partida la igualdad de trato en los Tratados, considerando pues la residencia legal de estos trabajadores en los distintos Estados miembros, la división de competencias entre estos y la Unión Europea desemboca en que la nacionalidad se configure como causa de discriminación en el ámbito de la Unión Europea. Es decir, sólo los nacionales de los Estados miembros son beneficiarios de la igualdad de trato por razón de nacionalidad por medio de la libre circulación de trabajadores. Esta forma de discriminación trae consigo la desigualdad de derechos como consecuencia de la discrecionalidad normativa que implica que los Estados aprueben disposiciones que contravienen la igualdad de trato existente, únicamente, en un aspecto formal. Debido a esta desigualdad de derechos se produce una jerarquización humana, se limita a su vez el reconocimiento de derechos a los nacionales de terceros estados a la obtención de la correspondiente autorización administrativa (así como a su renovación) y, del margen de discrecionalidad mencionado, se desarrollan nuevos criterios de distinción que obedecen a las necesidades del mercado y a acuerdos o tratados suscritos con terceros países que, en la práctica no suponen sino el fomento de la distribución de estos derechos atendiendo a esos criterios lo que, en última instancia contraviene la dignidad humana.

Analizada la situación en el plano internacional, huelga pues, realizar las anotaciones pertinentes en el plano nacional para lo cual es necesario, señalar en primer lugar, unas breves notas sobre el trabajador extranjero en situación irregular.

De manera común estos han recibido la inexacta denominación de “irregulares” siendo que lo irregular es la situación administrativa en que se encuentran pues, a pesar de dicha irregularidad suponen en muchos aspectos un activo para la economía del país contribuyendo a través de su trabajo, el consumo y el abono de impuestos indirectos.

En España en tanto que Estado social y democrático de derecho, partimos de la base del “principio de integración por igualdad de derechos” pese a lo cual, nos encontramos, en primer lugar con la dificultad de constituir un concepto de inmigrante pues al hablar de

“inmigrante” de forma genérica, tendemos a pensar en el ciudadano sudamericano o africano que cruza fronteras de manera poco ortodoxa para instalarse en nuestro país al margen de la legalidad en busca de trabajo y una mejor calidad de vida, dejando fuera al ciudadano norteamericano que tiene el mismo objetivo y para el que empleamos el término “trabajador extranjero”. En segundo lugar, nuestro ordenamiento condiciona el acceso a los extranjeros a un puesto de trabajo a que dispongan de la necesaria autorización administrativa de residencia y trabajo para lo que se ha de estar a la situación nacional de empleo de forma que, aquellos puestos de trabajo que no sean cubiertos por españoles, ciudadanos de la Unión Europea o inmigrantes en situación regular para trabajar, podrán ser ejercidos por extranjeros no residentes, de lo que cabe constatar la existencia de una desigualdad no sólo respecto de los españoles o nacionales de Estados miembros sino respecto de los propios inmigrantes en situación regular.

En resumen, en el ámbito nacional nos encontramos con la problemática derivada de la concepción de inmigrante así como de la confusión propia de las distintas reformas en materia de Derecho de Extranjería y, del mismo modo que sucede en el plano internacional, se ha de partir del principio de igualdad. Sin embargo, en ambos aspectos (nacional e internacional) se supedita el acceso al trabajo del extranjero a la tenencia de una determinada autorización administrativa que se concede en función de la situación nacional de empleo pero como ya se ha visto, la tendencia es optar por el trabajador nacional luego, ¿en qué medida podemos entender que se respeta el principio de igualdad?

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

En este apartado, nos centraremos como ya hemos adelantado en señalar las distinciones que los propios inmigrantes sufren por razón de género atendiendo a su vez al cumplimiento de la diligencia debida por parte de las empresas beneficiarias de sus servicios partiendo pues del objetivo del trabajo digno perseguido por la Agenda 2030.

Con motivo de dar cumplimiento al objetivo de la Agenda 2030, se crean los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenible de entre los cuales, atendiendo a la cuestión de interés, el Objetivo número 8 es de gran relevancia en tanto está destinado a la promoción del crecimiento económico inclusivo y sostenible así como al empleo y trabajo decente para todos. A tal fin, es indispensable señalar dos de las metas del citado punto como son la

meta 8.5 y 8.8. La primera persigue “el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”. Por su parte, la segunda vela por “proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios”. En esta segunda meta, se pretende poner de manifiesto la promoción de un trabajo en condiciones de seguridad expresamente para las mujeres migrantes considerando la relevancia añadida que la condición de mujer confiere a la de migrantes siendo que estas desempeñan un elevado porcentaje de trabajos domésticos y de suministros a nivel internacional.

Centrándonos ya en la promoción del trabajo digno a través de la diligencia debida de las empresas, la Unión Europea materializa esta medida en la creación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. Esta Propuesta, se caracteriza en primer lugar por una aparente amplitud respecto de las empresas a que es de aplicación ya que la realidad muestra el carácter restrictivo de su ámbito de aplicación. Asimismo, confiere a los Estados miembros la obligación de que las empresas efectivamente actúen conforme a la diligencia debida ante posibles “efectos adversos” los cuales pueden provenir de la propia actividad de la empresa, de sus filiales y de las entidades con las que tenga relación debiendo todas ellas emplear, en su caso, las acciones de integración de diligencia debida estando a su vez, los Estados miembros, facultados para la exigencia del cumplimiento de las mismas. La Propuesta pone también de manifiesto la necesidad de los Estados de señalar las autoridades necesarias que velen por el cumplimiento de estas obligaciones y dispone un mecanismo de responsabilidad civil ante los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento.

Como ya se ha ido adelantando, esta promoción del trabajo digno ha de tener una perspectiva de género. En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo destinada a “promover un trabajo digno para todos” ya ponía sobre la palestra la necesidad de una perspectiva de género a este respecto de forma tal que se garantice la igualdad de géneros tanto en lo que hace al acceso y promoción del trabajo como en lo concerniente al salario. Partiendo de esta Resolución como antecedentes, actualmente, la Comunicación de 23 de marzo de 2022 sobre el trabajo digno sostiene el mismo objetivo de la Resolución a través,

fundamentalmente, de la efectiva implantación de los convenios OIT sobre esta materia así como del favorecimiento de la igualdad de género.

De lo anterior podemos extraer que, si bien hay ámbitos laborales en que las mujeres se encuentran representadas a nivel internacional, éstos, son los que ya conocemos tales como el sector servicios y las cadenas de suministros en los que prima una sobrerrepresentación de las mujeres migrantes en condiciones de trabajo informal, ocasional y parcial y, puesto que las políticas de comercio e inversión tienden a adoptar un carácter neutral sobre el género de sus trabajadores, aquellas, sufren una discriminación secundaria. Tanto es así que, podemos afirmar un incremento en la problemática al coexistir las condiciones de mujer y de migrante dado que son más susceptibles de sufrir distintos tipos de acoso y ver por tanto, vulnerados sus derechos. En la misma línea, las obligaciones de diligencia debida tampoco confieren especial relevancia a la cuestión de género más que una genérica referencia a la no discriminación por razón de sexo luego, todo lo anterior ha de solventarse mediante la expresa integración de una perspectiva de género en estas obligaciones.

En lo que respecta a los inmigrantes en general, es preciso desengranar el tratamiento dispensado a estos trabajadores en el marco del trabajo digno de la Unión Europea. Si bien las políticas migratorias parten, a tal efecto, de un trabajo seguro y libre de riesgos, la realidad es muy distinta del aspecto formal pues los trabajadores migrantes tienden a desempeñar puestos de riesgo. A su vez, son objeto de una brecha salarial respecto de los nacionales del país al que se han desplazado para trabajar. Para más inri, un estudio realizado por la OIT arrojó como resultado no sólo una brecha salarial entre los trabajadores migrantes y los autóctonos sino entre hombres nacionales y mujeres migrantes pues, si bien en el primer supuesto los primeros perciben un 12,6% menos que los nacionales sólo a raíz de su condición de migrante, en el segundo caso, las mujeres ingresan alrededor de un 20,9% menos que los hombres nacionales. En última instancia, las cadenas de suministro generan trabajo en “modalidades de empleo atípicas” tales como la creación de productos electrónicos y el sector pesquero. En ambos ámbitos la Conferencia Internacional del Trabajo destaca el menoscabo de los derechos de los trabajadores así como las deficientes condiciones laborales en que se encuentran. A pesar de estas afirmaciones, no hay documento internacional en que se haga referencia expresa a los migrantes, ni en la Propuesta sobre diligencia debida.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ¿ENTRE LOS PROPIOS INMIGRANTES?

Como ya se ha constatado, la presencia del fenómeno migratorio y la nueva realidad que suscitaba se materializó a través de la LO 4/2000 que, con el paso del tiempo devendría insuficiente dada la inevitable y espinosa evolución de este movimiento.

Actualmente, podemos incluso advertir el surgimiento de dos vertientes de nuestra política migratoria distinguiendo por una parte aquella que se caracteriza por promover una política de empleo desde un aspecto restrictivo para los inmigrantes provenientes de terceros países y la que se centra de manera más abierta al acogimiento de los inmigrantes que, por causas económicas se considera que forman parte de una cierta “élite profesional”.

Con motivo de la gran crisis económica que asoló nuestro país se creó la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de un notorio carácter restrictivo en lo que respecta a las condiciones de entrada y estancia en el país de personas migrantes. Esta ley, centrada en el aspecto laboral confiere gran importancia al carácter temporal en cuanto hace a la estancia de las personas migrantes tanto a nivel nacional como a nivel comunitario siendo reflejo de ello los acuerdos de Schengen. Al término del resurgimiento económico del país no sólo se mantuvo el aspecto restrictivo del que hablamos sino que se introdujeron, asimismo, políticas de retorno bien a sus países de origen o a países distintos.

Sin embargo, esta consideración de las personas migrantes no era generalizada, tanto es así que, con la llegada de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización se optó por atraer a un determinado sector de inmigrantes siendo estos los considerados “profesionales cualificados” según el Preámbulo de la Ley adquiriendo así una perspectiva de la política de inmigración como elemento de competitividad. Esta Ley deja atrás las políticas migratorias centradas en el ámbito laboral y de aspecto restrictivo, para dar paso al aspecto económico, fomentando la competitividad de la economía del país y suprimiendo las trabas con que hasta el momento se encontraban las personas provenientes de terceros países para entrar y permanecer en la nación. De esta forma, dejando a un lado la concepción que hasta el momento se tenía del trabajador inmigrante de baja cualificación del que había incluso que estar prevenido, abre sus puertas al extranjero inversor, cualificado y talentoso bajo

la apetecible idea de los beneficios que pueden suponer al país bien sus propios conocimientos o bien los negocios de que sea poseedor. Por este motivo, se hace cuanto es posible por aligerar los trámites burocráticos que permitan la contratación de este modelo de trabajador extranjero o la instalación de sus negocios en el país.

Con razón de lo anterior, los artículos 61 a 76 de la Ley 14/2013, destinados a la “Movilidad internacional”, fomentan el acceso a las autorizaciones de trabajo y residencia de determinados trabajadores extranjeros y sus familias, a quienes no les es de aplicación el Derecho Comunitario y tampoco son ciudadanos de la Unión Europea, por medio de una vía rápida y privilegiada para obtener esta documentación con el fin último de atraer inversión al país. De esta forma, cabe afirmar la existencia de una dualidad de regímenes que se distinguen por el carácter laboral o asalariado de las políticas de inmigración de una parte y, por la inmigración selectiva, de otra parte. Así pues, frente a la legislación común en materia de extranjería, se configura una regulación especial y más favorable para quienes acceden al país con el propósito de emprender o expandir sus negocios lo que, en suma, genera una diferencia de trato en el ámbito migratorio depositando, además, un amplio margen discrecional a los órganos administrativos destinados a la concesión de autorizaciones y visados.

Finalmente, es preciso señalar la reciente creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación como expresión de la Orden TES/867/2023, de 22 de julio destinada a promover las acciones desempeñadas por el Organismo Estatal de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante OEITSS) en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo.

Dicho lo cual, a fin de cumplir con el propósito de su creación, esta Oficina estará facultada para, entre otras funciones, llevar a cabo labores de análisis de comportamientos contrarios a la materia para la que ha sido creada lo cual podrá hacer en colaboración con las Comunidades Autónomas así como proponer medidas destinadas a combatir dichos comportamientos. Además de lo anterior, se le encomiendan labores de coordinación de la actuación inspectora en asuntos de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo y en el acceso al mismo. La Oficina Estatal desempeñará, entre otras tareas, labores de apoyo en la creación de normativa y en los procesos de transposición de normativa europea a nuestra legislación en lo relativo a esta cuestión.

De manera más concreta, dentro de su amplio abanico de funciones, se ocupará de conectar a la Administración y los ciudadanos recepcionando las denuncias en materia de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo o en el acceso al empleo recogidas en el ámbito de competencias del OEITSS presentadas en cualquier Administración dando traslado a las unidades territoriales pertinentes, teniendo además, el deber de dar seguimiento a los resultados. Existe también la exigencia de contar con, al menos, un inspector de Trabajo y Seguridad Social especializado en esta materia.

En suma, huelga decir que las atribuciones encomendadas a esta Oficina se realizarán sin perjuicio de las labores de vigilancia y control gestionadas en esta materia por las Direcciones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social así como aquellas cuya coordinación esté encomendada a la Dirección Especial de Inspección.

3. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA TRABAJAR COMO REQUISITO DEL CONTRATO DE TRABAJO

3.1. ASPECTOS GENERALES

La LO 4/2000, regula en sus artículos 10 y 14 el Derecho a la Seguridad Social de los extranjeros con las limitaciones previstas por la ley siendo estas la autorización para trabajar así como para residir en España. Sin embargo, estos derechos no pueden extenderse a los extranjeros en situación irregular, quienes, sólo pueden gozar de los servicios y prestaciones básicas. De esta forma, podemos afirmar que, aquellos inmigrantes que se encuentran en situación regular pueden ejercer sus derechos en materia de Seguridad Social en los mismos términos que los nacionales quedando fuera los inmigrantes irregulares quienes, en tanto que carecen de permiso de residencia no pueden tampoco, obtener la preceptiva autorización administrativa para trabajar y por ende, disfrutar de los derechos mencionados.

En atención a lo anterior, huelga decir que el contrato entre el extranjero en situación irregular y el empresario, está viciado por no gozar aquel de los requisitos necesarios para el desempeño del trabajo lo que deriva en la fácil creencia de que el extranjero irregular

que lleva a cabo una actividad laboral no tiene derecho a la percepción de los frutos de la misma.

Con la llegada de la LO 4/2000 se pone de manifiesto que el contrato de trabajo suscrito por el trabajador carente de autorización administrativa para trabajar no deviene en un contrato nulo como así lo hace constar el art. 36.5 de citada Ley.

De igual forma, la LO 8/2000 viene a reforzar esta idea al hacer referencia a “*Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar...*”, a fin de señalar los requisitos que debe cumplir el empleador para su contratación, insistiendo, a la postre, en que la falta de autorización administrativa por parte del empleador no invalidará el contrato de trabajo.

3.2. ¿LA SITUACIÓN IRREGULAR DEL TRABAJADOR SUPONE LA INEFICACIA DEL CONTRATO SUSCRITO?

El artículo 7 LET, sobre la capacidad para contratar, afirma la capacidad de los extranjeros en este sentido atendiendo a su legislación específica. Por su parte, la LO 4/2000 reformada por LO 8/2000 nada establece en esta materia luego, no configura limitación alguna a la capacidad de contratar de los extranjeros pues únicamente se limita a la exigencia de autorización administrativa para el desempeño de la actividad lucrativa lo que nos lleva a pensar en las consecuencias que para el contrato de trabajo pueden acarrear la falta de los requisitos señalados por la ley para lo cual hemos de partir de una necesaria delimitación jurídica de los conceptos de validez y eficacia.

Entendida la validez del contrato, cabe advertir la continuidad de la relación laboral sin perjuicio de que las consecuencias sean distintas a la extinción del mismo, pudiendo pues desembocar en una infracción administrativa. Esta tesis tiene por tanto, a bien, considerar la validez del contrato si bien se produce una limitación en sus efectos naturales. No obstante lo anterior, se deja constancia de que, si bien el ordenamiento admite la validez del contrato de trabajo en tanto que es un contrato existente, por el contrario, no reconoce efectos jurídicos en tanto el trabajador extranjero carezca del permiso necesario lo que permite constatar una distinción entre nulidad e ineficacia. Dicho lo cual, para determinar el tipo concreto de sanción que se pretende imponer al contrato suscrito entre el empleador y el trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 36.3 LOEx, en cuya virtud se entiende la voluntad de dotar de

invalidez al contrato quedando a salvo los efectos del mismo. Del mismo modo, doctrina y jurisprudencia concluyen en afirmar la nulidad de pleno derecho del contrato al contravenir normas prohibitivas e imperativas de conformidad con el artículo 6.3 CC.

Una vez constatada la invalidez del contrato de trabajo sin el correspondiente permiso hemos de averiguar qué tipo de invalidez pretende tipificar la LOEx. Para ello, las teorías consideradas encuentran fundamento en dos aspectos tales como la referencia a la capacidad del trabajador extranjero dada por la LET y la determinación legal de la necesidad de autorización administrativa. De esta forma, de la interpretación conjunta de los artículos 7 c), LET, 6.3 CC y 1.275 CC, entran en juego los conceptos de nulidad y anulabilidad.

Una primera tesis distingue entre los supuestos de carencia inicial del permiso de trabajo frente a los de caducidad o no renovación del mismo considerando a tal efecto, en el primer supuesto, la imposibilidad legal de suscribir el contrato de trabajo a diferencia de los últimos, en que se entiende que la negativa de la Administración a la renovación del permiso de trabajo o la caducidad del mismo no comportan la nulidad del contrato sino su extinción. El problema con que se ha encontrado esta tesis es la dificultad de su incardinación en el artículo 49 LET.

La misma distinción hace otra tesis caracterizada por perpetuar la validez del contrato durante la situación de pendencia del mismo a la espera de respuesta Administrativa sobre el permiso de residencia, estribando la particularidad de esta tesis en el momento a considerar la nulidad del contrato de tal forma que, solicitada la correspondiente autorización e iniciada la relación laboral, si se produce la concesión del permiso de residencia con posterioridad al comienzo de la actividad laboral el contrato se entiende plenamente válido. Si por el contrario, la respuesta de la Administración fuera negativa, el resultado sería la nulidad sobrevenida del contrato.

Luego, además de lo anterior, partiendo de la condición de “indispensable” que para el contrato suscrito entre un trabajador extranjero y el empleador resulta el permiso de trabajo, la carencia del mismo trae consigo la nulidad del contrato atendiendo a las disposiciones de los artículos 6.3 y 1.275 CC. Sin embargo, por su parte, el Derecho del Trabajo realiza una importante matización a este respecto de forma que, si bien confirma

la nulidad del contrato, deja a salvo los derechos y prestaciones que para el trabajador se hubieran generado (art. 9.2 LET).

3.3. RELACIÓN ENTRE EL PERMISO DE TRABAJO Y DE RESIDENCIA

Los artículos 29 a 43 LOEx tienen por finalidad regular las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los trabajadores extranjeros en nuestro país así como las autorizaciones administrativas para trabajar.

De este entramado se esgrime la persistente vinculación entre residir legalmente en territorio nacional y desempeñar una actividad laboral para lo cual es necesario solicitar previamente autorización administrativa. Por tanto, las distintas situaciones en que pueden encontrarse vienen dadas por la tenencia o no de esta autorización. El propio artículo 36.1 LOEx pone de manifiesto esta vinculación al condicionar el acceso al mercado laboral a la obtención de estos permisos. Sin embargo, en la práctica dicha relación no siempre se produce pues, se puede gozar de permiso de trabajo en vigor y sobrevenir la extinción del contrato de trabajo luego, la no obtención del permiso de trabajo no debiera ser óbice para la obtención del permiso de residencia.

A fin de solucionar las controversias que esta vinculación trae consigo el legislador en el artículo 36.3 LO 8/2000 incluye una referencia a los empresarios que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar tratando así de superar la necesidad de obtener un permiso de trabajo, vinculada esta al inicio de la relación laboral pudiendo de esta forma considerar la posibilidad de contar con uno válido que permita desempeñar una nueva actividad laboral. No obstante lo anterior, un nuevo obstáculo lo configuran las prestaciones de la Seguridad Social ya que, si bien el apartado 3 c) del mismo precepto afirma la posibilidad de renovación del permiso de trabajo cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma, el TS mediante Sentencia 76/2017 de 31 de enero de 2017, declara la imposibilidad de reconocimiento de la prestación de desempleo al trabajador extranjero que se encuentre en situación irregular.

Todo lo anterior no es sino la constatación de la estrecha vinculación entre la legalidad de la estancia en nuestro país y tenencia de autorización administrativa para trabajar supeditada aquella a esta. La rigidez por tanto de los requisitos de entrada, residencia y

trabajo traen consigo el incremento de población inmigrante en situación irregular que, continua en el país en condiciones precarias a la espera de poder regularizar su situación.

Podemos así afirmar que, someter la residencia legal en nuestro país a la tenencia de la correspondiente autorización administrativa para trabajar provoca, en última instancia, irregularidad.

¿Cuál es el orden de solicitud entre el permiso de trabajo y el permiso de residencia?

A fin de desempeñar una actividad laboral, bien por cuenta ajena o bien por cuenta propia se determina la necesidad de gozar tanto del permiso de residencia como del permiso de trabajo (art. 36.1 LOEx). Este último se ha de solicitar en primer lugar ante el Ministerio de Trabajo y, tras respuesta favorable se da traslado al Ministerio de Interior para la posterior tramitación del permiso de residencia.

Un supuesto especial lo conforman los trabajadores de temporada cuyo permiso de trabajo y residencia lo regula el Gobierno de forma reglamentaria quedando su concesión supeditada a la garantía de ser alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas (art. 42 LOEx) y cuya duración está sujeta al período de duración del trabajo concreto para el que fueron contratados. La cuestión a este respecto radica en determinar qué sucede ante los supuestos de irregularidad sobrevenida, es decir, aquellos casos en que un trabajador viene prestando sus servicios como trabajador de temporada y su contrato llega a su fin pero este permanece en el país.

En este sentido y de conformidad con el apartado anterior, cabe traer a colación la STS 4344/2020. En este recurso de casación contencioso-administrativo se resuelve en favor de la trabajadora que venía prestando sus servicios el mantenimiento de los derechos derivados de la prestación laboral durante el período en que se encontraba legalmente afiliada al régimen de Seguridad Social y la consideración de la extinción de las autorizaciones de residencia y trabajo con efectos ex nunc siendo pues, objeto del supuesto previsto en el art. 162. 2.c) relativo a la extinción de la autorización de residencia temporal ante un supuesto de inexactitud grave en la documentación aportada para la obtención de dicha autorización.

SOBRE EL RÉGIMEN PROCEDIMENTAL DE OBTENCIÓN

Habida cuenta de la estrecha vinculación existente entre el permiso de trabajo y el de residencia, es conveniente señalar el procedimiento para la obtención de este último.

El Reglamento 557/2011 por el que se regula Ley de Extranjería, establece el Capítulo III de su Título IV y en el Capítulo I del Título VI el procedimiento para la obtención de los permisos de residencia temporal y de larga duración, respectivamente, en cumplimiento de los preceptos 31 y 32 LOEx.

El Reglamento, prevé la necesidad de una documentación común para cualquier solicitud inicial y para la renovación de los permisos de residencia, así como una documentación concreta para la solicitud inicial del permiso de residencia temporal, la renovación del mismo y la solicitud del permiso de residencia permanente, en que se indiquen las circunstancias concretas del sujeto objeto de las mismas.

Con carácter general, se presentarán ante la Oficina de Extranjería de la provincia en que residan o, en su caso, de aquella en que deseen fijar su residencia. En aquellos casos en que la autorización de residencia vaya acompañada de la solicitud del permiso de trabajo se presentará ante las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno de las Comunidades Autónomas u Oficinas de Extranjería siendo competentes para la resolución de la concesión del permiso de residencia así como para la renovación o denegación del mismo los Delegados o Subdelegados de las Comunidades Autónomas.

En lo que hace al permiso de residencia temporal huelga señalar que, si bien el Reglamento de la LOEx constituía como motivo de retirada del permiso de residencia temporal la ausencia del territorio español durante más de seis meses en un periodo de un año (art. 162. 2. e)), la reciente doctrina del Tribunal Supremo mediante la estimación de un recurso de una ciudadana extranjera declara la nulidad del precepto al considerar que este vulnera el derecho fundamental de libre circulación de los ciudadanos extranjeros con residencia temporal en España, lo que sólo puede hacerse por una norma con rango de ley⁵.

⁵ STS 731/2023 de 5 de junio.

3.4. EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA A LA PRESTACIÓN LABORAL: TIPOS DE PERMISOS Y PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN

La Ley Orgánica 4/2000 así como la 8/2000, establecían una difusa distinción entre autorizaciones para trabajar y permisos de trabajo que, en la actualidad se encuentra claramente delimitada al entender que se entiende por permisos de trabajo, aquellas autorizaciones administrativas que permiten el ejercicio de ciertas actividades lucrativas por cuenta ajena o propia y de forma genérica o específica. Por su parte, las autorizaciones para trabajar quedan limitadas a las que posibilitan la realización de un tipo de actividades que, si bien tienen carácter laboral, atienden tanto a las condiciones personales de los destinatarios de las mismas así como a las concretas condiciones de las actividades para acreditar un tratamiento jurídico distinto en relación con los permisos de trabajo.

Si bien las autorizaciones de trabajo engloban aquellas actividades que de manera excepcional pueden ser desempeñadas por estudiantes, personas sujetas a tutela jurídica y autorizaciones colectivas destinadas a grupos; el permiso de trabajo comporta un acto jurídico de triple interés como es el del inmigrante, el del empresario y el de la propia Administración.

En cuanto a los tipos de permisos de trabajo por cuenta ajena, estos pueden diferenciarse en atención a la siguiente clasificación:

En primer lugar, los permisos de tipo A), expedidos para trabajos de duración limitada pudiendo esta coincidir con la duración del contrato con el límite máximo de nueve meses.

En segundo lugar, se encuentran los permisos de trabajo B) inicial, los cuales pueden circunscribirse a un determinado sector o actividad y ámbito geográfico concretos siendo su vigencia la establecida en el contrato de trabajo con el límite de un año.

Los permisos B) renovado, permiten ampliar el ejercicio de la actividad laboral por un período de dos años a los titulares del permiso B) inicial, sin limitaciones de actividad ni zona geográfica.

En último lugar, los permisos de tipo C), autorizan a los titulares del permiso anterior al desarrollo de cualquier actividad en todo el territorio nacional. Se constituyen como una

prolongación del tipo B) renovado en tanto amplían la duración del mismo a tres años. De esta forma, se facilita el posible acceso a la residencia permanente.

El punto de partida que actúa como eje central en este sentido lo encontramos en el permiso B) inicial, pues, no se otorga de forma genérica sino que obedece a la situación nacional de empleo. Una vez sorteado este, el trabajador extranjero puede acceder al mercado laboral español.

Al margen de lo anterior, la LOEx 4/2000, regula en sus artículos 40 y 41, una serie de supuestos específicos que quedan a salvo del contingente nacional así como excepciones a la autorización de trabajo, respectivamente.

Por su parte, en lo que hace al procedimiento, es necesario señalar nuevamente el artículo 36.3 de la Ley 8/2000 que insta a los empleadores a solicitar del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales previa autorización del trabajador para trabajar y residir. De este artículo se esgrime que la obligación de solicitud de autorización administrativa necesaria para trabajar recae sobre el empleador no pudiendo ejercer a este respecto el trabajador, una participación activa, aun a sabiendas de las fatales consecuencias que para él desencadenan la falta de cumplimiento por parte de un tercero como es el empleador, de una obligación cuyos efectos recaen directamente sobre el trabajador. Esto no es sino una visión más de la sensible posición en que se encuentra el trabajador.

3.5. AUTORIDAD COMPETENTE

En cuanto a la delimitación de la autoridad competente para conocer y resolver las solicitudes de permisos de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de las Oficinas de Extranjería para instruir el procedimiento, la competencia recae sobre los Subdelegados de Gobierno o Delegados de Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, habiéndose propuesto resolución por el Director del Área o Jefe de la Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales para los permisos por cuenta ajena y propia.

La cuestión de interés en esta materia encuentra lugar en el paulatino traspaso de competencias que se ha producido hasta el punto tal que, teniendo un carácter completamente laboral, se ha ido configurando como una competencia de carácter gubernativo. Pues bien, de la propia redacción del artículo 36.3 de la Ley se infiere el

carácter laboral de la competencia lo que lleva a pensar que se trata de una ordenación ultra vires.

La competencia estatal de esta materia radica de las disposiciones de los artículos 149.2^a CE y 149.7^a pues, el primer precepto refiere todo lo que respecta a los asuntos de extranjería y, por su parte, el segundo artículo confiere competencia estatal a las disposiciones de carácter laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. Llegados a este punto, surge la cuestión acerca la determinación de la forma en que el Derecho laboral es competente para conocer de los actos de expedición del permiso de trabajo en el marco de la materia que nos interesa.

Dicho lo cual, se ha de determinar en un primer momento la relación entre la expedición de permisos de trabajo (autorizaciones administrativas) facultativa para el ejercicio de la actividad laboral por los ciudadanos extranjeros y, el conjunto de aspectos que giran en torno al trabajador extranjero como es la propia condición de inmigrante, la nacionalidad o la emigración, de competencia Estatal.

Sobre la primera cuestión, cabe señalar que el propio acto de concesión o denegación del permiso de trabajo no forma parte de los actos de ordenación del movimiento migratorio en sí mismo pues lo que hace a la ordenación jurídica del trabajo desempeñados por extranjeros en nuestro país obedece a la legislación laboral bajo las denominadas “condiciones de acceso al empleo” ya que la exigencia de autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad laboral se configura como el acto de mayor relevancia a la hora de controlar los flujos de población migrante sobre el mercado de trabajo en su totalidad. Por tanto, podemos afirmar que el acto de expedición del permiso de trabajo sirve como medio para controlar el mercado de trabajo en tanto recae directamente sobre la oferta y la demanda de trabajo. Y, puesto que se trata de un acto de naturaleza laboral dado que se ha de estar a cuestiones laborales para su concesión o denegación (como es la situación nacional de empleo), es por ello que la competencia para su expedición recae sobre la autoridad laboral en lugar de la gubernativa. Así pues, el permiso de trabajo se configura como un mecanismo de ordenación del mercado de trabajo.

Por todo ello, podemos entender que el trabajador extranjero ostenta una dualidad de condiciones de forma que, en su condición de extranjero se encuentra sujeto a las

disposiciones previstas en la Constitución y, en calidad de trabajador, está sujeto al ordenamiento jurídico laboral. De esta forma, el permiso de trabajo se constituye como un acto de exclusiva naturaleza jurídico-laboral.

Al hilo de lo anterior, cabe ahora determinar si el acto de concesión del permiso de trabajo responde a un acto de ejecución o de legislación laboral a fin de encuadrar hasta qué punto es posible una distribución de competencias de las disposiciones constitucionales anteriormente señaladas.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, son actos de legislación los destinados a “mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia”, entendiéndose, de otra parte, por acto de ejecución aquel que está dirigido a “integrar el ordenamiento jurídico-laboral” configurándose las facultades administrativas que permiten dictarlo como “de estricta ejecución de la legislación estatal”.

Por tanto, la concesión o denegación del permiso de trabajo supone un acto administrativo en virtud del cual, atendiendo a la concurrencia de una serie de condiciones normativamente establecidas se procede, en su caso a la autorización (a través del permiso) al ejercicio de una actividad laboral.

En suma, reconocer la constitución del permiso de trabajo como un acto de naturaleza jurídico-laboral y de carácter ejecutivo implica la aceptación de la cesión de competencias (para expedirlo) a las Comunidades Autónomas.

4. OBSTÁCULOS NORMATIVOS AL ACCESO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

El presente apartado tiene por objeto exponer las vicisitudes normativas con que se encuentran los extranjeros a la hora de ejercer sus derechos de conformidad con la LOEx. Para ello, analizaremos los principales artículos de interés en este sentido tales como los artículos 10, 12, 14 y 36 LOEx con base en la LO 4/2000 reformada por LO 8/2000.

El **artículo 10 LOEx**, relativo al derecho al trabajo y a la Seguridad Social, trae consigo una limitación del ámbito de aplicación de estos derechos que, si bien no supone la exclusión del acceso a los mismos por parte del sector que nos interesa, sí se ven, por otra

parte, supeditados al cumplimiento de las disposiciones previstas en los artículos 36, 37 y 38 de la Ley, en lo que hace a los permisos de residencia y trabajo así como en materia de autorizaciones administrativas. El evidente trato desigual que se percibe entre españoles y extranjeros guarda su razón de ser en la jurisprudencia del TC en virtud de la cual se defiende dicha desigualdad en tanto en cuanto no se vean afectados derechos íntimamente ligados a la dignidad humana.

En segundo lugar, el **artículo 12 LOEx**, sobre asistencia sanitaria, tiene como epicentro las disposiciones del artículo 43 CE, que propugna el derecho a la protección de la salud si bien recae sobre la ley la tarea de determinar estos derechos y deberes de la ciudadanía. Del amplio abanico de textos nacionales e internacionales -la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, conviene admitir la necesidad última de regulación por medio de la ley del contenido de la asistencia sanitaria. Dicho esto, en relación con los extranjeros hemos de remitirnos al artículo 12 de la LO 4/2000. Sin embargo, a fin de aportar la mayor comprensión posible a este respecto, es preciso remontarnos a la Ley 4/1986, de 25 de abril, General de Sanidad cuyo artículo primero, señala en su apartado segundo el ámbito subjetivo de este derecho, recayendo la titularidad del mismo en todos los españoles y ciudadanos extranjeros que *tengan su residencia establecida en territorio nacional*. Por su parte, el apartado siguiente, lega la protección en esta materia de los extranjeros no residentes y de los españoles que se ubiquen fuera del territorio nacional, a las leyes y convenios internacionales.

De ello, se entiende pues, que los extranjeros titulares del derecho a la asistencia sanitaria son aquellos que gocen de una residencia legal. A fin de esclarecer la situación de los extranjeros irregulares en este sentido es preciso acudir al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Seguridad Social, cuyo artículo 7 revela la reserva de dicha protección a los extranjeros que residan o permanezcan legalmente en España.

Por todo lo anterior, el artículo 12 LOEx supone un cambio radical en tanto en cuanto rompe con la dinámica seguida hasta el momento al reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares siempre y cuando cumplan con el requisito del empadronamiento.

En cuanto al **artículo 14 LOEx**, que versa sobre el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, tiene como punto de partida el artículo 41 CE que exige a los poderes públicos la presencia de un sistema de Seguridad Social público. Dicha exigencia se encuentra en correlación con las disposiciones de los artículos 40.2, 49 y 50 del texto constitucional ya que perfeccionan lo relativo a la exigencia de la Seguridad Social.

El presente artículo hace una distinción a la hora de determinar quiénes son los beneficiarios de este derecho, pues, por un lado se refiere a los extranjeros regulares, quienes se equiparán en derechos y prestaciones a los españoles y gozarán tanto de las denominadas “prestaciones generales”, como de las “básicas”. Por otra parte, señala a los demás extranjeros sin importar su situación administrativa. Centrándonos en este segundo grupo vamos, primeramente, a encuadrar las materias comprendidas en el precepto de las cuales pueden beneficiarse.

A diferencia de los extranjeros cuya situación administrativa se encuentre regularizada, aquellos, solamente podrán disfrutar de los servicios y prestaciones sociales básicas. De lo cual, cabe concluir la diferencia en la amplitud de derechos de que puede beneficiarse un sector respecto del otro.

Con el fin de acotar en la mayor medida posible qué se entiende por “prestaciones básicas” huelga decir que, el mero hecho de encontrarse en territorio español es razón suficiente de los servicios y prestaciones sociales básicas en atención al apartado tercero de citado artículo. Sin embargo, puesto que al carecer de un significado concreto, podemos entender que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, estas prestaciones, se entenderán “básicas” en los mismos términos en que se consideran básicos los servicios sanitarios, educativos y la atención destinada a personas en situación de especial necesidad.

Concluimos con el **artículo 36 LOEx** referente a la autorización para el ejercicio de actividades lucrativas. El aspecto fundamental gira en torno a la necesidad de autorización para trabajar del extranjero con la edad suficiente que pretenda desempeñar cualquier actividad lucrativa. Frente a la redacción inicial de la Ley de Extranjería en que únicamente se instaba la necesidad de esta autorización, con esta reforma, se define el permiso de trabajo como un subtipo de autorización administrativa.

Por otra parte, además de lo anterior, se exigía al empresario que quisiera contratar trabajadores extranjeros la obtención de autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de lo que se esgrimía la necesidad de ambas autorizaciones de manera simultánea. Esto queda aclarado con la presente redacción al determinarse la necesidad bien de la correspondiente autorización administrativa para trabajar o del previo permiso de trabajo.

En último lugar, es de interés examinar si la carencia de la mencionada autorización es óbice para desplegar efectos sobre los contratos suscritos por estos trabajadores. En este sentido, no me queda sino remitirme al apartado en que esto se analiza de forma más extensa pues, como ya sabemos, desde este momento se fija con claridad la validez del contrato de trabajo bajo estas circunstancias en tanto en cuanto se constaten los elementos esenciales del mismo.

5. LA POSICIÓN DE LA MUJER EN LOS PROCESOS MIGRATORIOS APLICADA AL ÁMBITO LABORAL

Durante años, la sociedad ha relegado a las mujeres al desempeño de las labores domésticas, siendo su único propósito cuidar del hogar y de la familia. Tal era la situación de subordinación que éstas requerían de la autorización de una figura masculina para poder trabajar y obtener una remuneración por ello.

En estos tiempos, en favor del mantenimiento y promoción del principio de igualdad y no discriminación, la participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha ido en aumento sin perjuicio de la persistencia de algunos obstáculos.

Esta situación, extrapolable a las mujeres migrantes, se acentúa en estas dada la situación de inferioridad en que se encuentran debido a los prejuicios, estereotipos y demás factores que las ubican en una posición excepcional de pobreza siendo de especial relevancia el factor étnico y de género en tanto que dificultan su integración en el mundo laboral convirtiéndolas, a su vez, en ciudadanas de segunda. En España, a raíz de la globalización y la competitividad internacional, se enfatizó la necesidad de mano de obra barata, trayendo como consecuencia la figura de la mujer migrante asociada al trabajo informal caracterizado por una mano de obra flexible y de baja cualificación.

Estos procesos migratorios (propios de la década de los 80), compartieron escena con la progresiva inclusión de la mujer en el ámbito laboral, lo que obligó a entender una nueva forma de conciliación de la vida dentro y fuera del hogar pues, conforme aumentaba la participación laboral de la mujer española se producía a su vez un decaimiento de las tareas reproductivas. De esta forma, la solución más empleada para reconfigurar el trabajo doméstico fue la externalización de la actividad productiva a fin de aliviar la carga de trabajo de la mujer española, siendo esta la opción más extendida incluso a nivel internacional trayendo consigo a mujeres de todas partes del mundo.

En lo que respecta a la *situación sociolaboral de las mujeres inmigrantes en España*, es preciso señalar las propias políticas institucionales elaboradas por la administración pues desplazan a estas mujeres a una posición de vulnerabilidad al encasillarlas en determinadas actividades precarizadas de nuestra economía. Estas, se ven supeditadas, entre otras cosas, a los arduos procesos que deben superar para lograr homologar los posibles títulos que tuvieran en sus países de origen lo que termina por abocarlas a la agrupación en sectores que no exigen gran cualificación y que los propios nacionales rechazan. Un estudio realizado por el INE en 2016 revela “*cómo nueve de cada diez mujeres con más de tres años de residencia en España y que comenzaron a trabajar en el sector doméstico continúan todavía en él, mientras que ocho de cada diez que inician su trayectoria en trabajos no cualificados permanecen en la misma situación*”.

De lo anterior no cabe sino concluir la falta de integración efectiva de las mujeres migrantes por parte del Estado español pues pese a las teóricas políticas igualitarias entre hombres y mujeres así como entre nacionales y extranjeros, la práctica refleja una realidad diferente a la que se pretende. Esto no se traduce sino en una situación de precariedad e ilegalidad en que trabajan muchas mujeres migrantes teniendo en su mayoría, en común, la falta de alta en la Seguridad Social, trabajando por un sueldo muy inferior al salario mínimo y debiendo conciliar esta situación una vez más, con las tareas domésticas y reproductivas. Todo ello es, en buena parte consecuencia del denominado “factor de género” a que hacíamos referencia en un inicio y que se traduce en el papel que durante años la sociedad ha dado a las mujeres subordinándolas a puestos inferiores frente a los ocupados por los hombres y atándolas a ellos para tomar cualquier tipo de decisión.

Todo lo anterior ha supuesto la creación de una especie de “*estatuto naturalizado de la mujer*”, formado, en primer lugar, por el *desempeño de trabajos familiares y las*

prestaciones para el cuidado de personas dependientes, lo que nos lleva a señalar la protección jurídico-social dispensada a este sector en España si bien, aplicado al grupo de la población que nos interesa como son los extranjeros.

El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, excluye de su aplicación aquellos trabajos que carezcan de los requisitos de voluntariedad, onerosidad, ajenidad, dependencia y subordinación lo que implica la no consideración de trabajadoras por cuenta ajena de todas las mujeres, esposas, hermanas... inmigrantes, que no tengan el reconocimiento y protección social que a tal efecto se requiere.

En este sentido, cabe traer a colación a las mujeres que trabajan el campo, desempeñando pues labores agrícolas o ganaderas. Estas mujeres comparten con su marido la titularidad del trabajo desempeñado pudiendo así beneficiarse de asistencia sanitaria y de una pensión de viudedad. Para proteger las garantías de estas mujeres se creó la Ley 35/2011 de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias otorgando visibilidad a las mujeres rurales por medio del reconocimiento de derechos tales como la cotitularidad del trabajo familiar, permitiéndoles cotizar por el trabajo realizado así como obtener subvenciones y prestaciones familiares en igualdad de condiciones que su cónyuge.

Pese a este avance, persiste la situación informal en que se encuentran muchas mujeres como las que ejercen la *actividad de cuidadoras no profesionales*.

Es muy común que en los hogares españoles se acuda a la contratación de “empleadas del hogar” (pues son en su mayoría mujeres, las que realizan este trabajo), las cuales trabajan por un sueldo precario y desempeñan tareas no sólo relacionadas con la limpieza del hogar, sino también con el cuidado de personas dependientes. Esta figura de las cuidadoras informales trae como consecuencia la dificultad de estas de integrarse en la vida política o de gozar de una buena salud tanto física como mental, así como de ejercer en plenitud sus derechos.

Sobre este sector, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, trajo consigo un severo cambio interfiriendo en el convenio especial suscrito entre la Tesorería General de

Seguridad Social y el cuidador⁶ desembocando, en última instancia, en la asunción del cuidador de las cuotas de Seguridad Social casi en su totalidad.

En consonancia con lo anterior, conviene hacer mención del *trabajo doméstico*, el cual durante años se ha considerado un empleo denigrante y de baja o nula cualificación y que por sus concretas características de prestación de servicios se ha visto principalmente ocupado por mujeres. Sin embargo, es precisamente por los motivos señalados por lo que las mujeres nacionales rechazan este empleo abriendo la veda a su desempeño por las mujeres extranjeras, quienes en muchas ocasiones trabajan en situación irregular.

Estas condiciones de precariedad se denuncian en el *Convenio OIT número 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, de 2011*, destacando la necesidad de un sistema que vele por sus garantías laborales así como de Seguridad Social. Este Convenio tiene como principales objetivos la contratación formal de estas trabajadoras así como erradicar el fraude y en última instancia la explotación de los trabajadores de este sector. Ello, sin olvidarse de las agencias de empleo que hacen de intermediarias entre la trabajadora y el contratante del servicio, a fin de que desde estas mismas agencias se respeten sus garantías laborales incluyéndose así un sistema de sanciones para aquellos supuestos en que se incurra en fraude o prácticas abusivas.

Pese a lo anterior, este convenio carece de una perspectiva de género de suma importancia en un trabajo de este tipo en que la diferencia de género es notable, ya que se remite con asiduidad a la normativa nacional que poco o nada regula al respecto siendo necesaria la ratificación del convenio por parte de los Estados.

Sobre las mujeres extranjeras y sus cargos ocupacionales en nuestro país hay todavía un aspecto aún más escabroso ya que, si bien los supuestos relatados no son especialmente envidiables hay quienes se encuentran en peores condiciones como son aquellas que derivan en nuestro país con la intención de un futuro mejor siendo la realidad con que se

⁶ **Disposición adicional octava.** Régimen de los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia.

1. A partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, tendrá, para los cuidadores no profesionales, carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial indicado en el apartado anterior serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo.

3. Estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial.

encuentran muy distinta, tanto es así que terminan ejerciendo la prostitución. La mayoría son objeto de trata de personas y permanecen en el país de forma irregular y si bien nuestro Código Penal no castiga la prostitución sí el proxenetismo, siempre y cuando no medie el consentimiento de la mujer.⁷

A este respecto, las opiniones jurisprudenciales son dicotómicas pues por un lado hay quienes afirman la legalidad de la prostitución considerándola una actividad “*por cuenta propia o no asalariada*”. Hasta tal punto es así que, incluso el Tribunal Supremo ampara la creación de asociaciones de prostitutas en el Registro General de Asociaciones. Frente a estos, un sector minoritario de la jurisprudencia rechaza por completo la posibilidad de que pueda existir una relación laboral considerando una contrariedad de los derechos fundamentales.

Si algo es evidente en esta materia es que, mientras esta práctica continúe llevándose a cabo sin vistas a su legalización como sucede en países como Alemania, Holanda o Suiza entre otros, deberán establecerse unas garantías mínimas para estas mujeres en los mismos términos que para el resto de los trabajadores señalando además la especial peligrosidad que conlleva.

6. UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LO HASTA AHORA VISTO

El presente apartado tiene por objeto arrojar una visión práctica de todo lo visto hasta el momento. Para ello, tomaremos como base la experiencia de una persona que durante mucho tiempo permaneció en el país de forma irregular y que ha accedido a contar sus vivencias más relevantes en este sentido.

En lo que respecta al desarrollo de este ámbito práctico, nos referiremos en un primer momento a su relación con la Administración, en segundo lugar a su período laboral como inmigrante irregular y, finalizaremos con una serie de anotaciones de carácter socioeconómico.

⁷ **Artículo 187.**

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

6.1. SOBRE LA RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN

En nuestro país, las personas irregulares tienen una relación más estrecha con la Administración, sencillamente por su condición irregular. Es por ello, por lo que el principal motivo de interacción con la Administración obedece a su afán de regularizar su situación administrativa lo que no es tarea fácil ya que, en este proceso tienen además, que luchar por su supervivencia como veremos más adelante.

Como ya sabemos, esta tarea trae consigo la obligación de presentar una solicitud y a su vez, de recabar la documentación requerida al efecto lo que se dificulta en función de la facilidad que cada persona tenga de acceder a dicha documentación. Dicho lo cual, superados estos obstáculos sólo queda su presentación ante la Oficina de Extranjería y permanecer a la espera de su resolución.

Sin embargo, por extraño que pueda resultar, la Administración no siempre cumple con su función como corresponde pues, a este respecto, nos cuenta nuestro entrevistado (en adelante S. D.) que, tanto él como otros compañeros que se encontraban en su misma situación fueron víctimas de abusos por parte de la Administración señalando así, la falta de seriedad y cooperación administrativa al sufrir reiteradas pérdidas de tiempo en las citas previstas para la regularización de su situación dada la cancelación aleatoria de las mismas así como notorias dilaciones en el tiempo para solicitar y acudir a la toma de huellas. Al hilo de lo anterior, S. D. hace hincapié en las escasas citas para la presentación de documentos y a un número reducido de asistencias a los ciudadanos poniendo como ejemplo la posibilidad de que, en un mes, únicamente se habilite un día para solicitar cita y en el mismo, tan solo se realicen diez asistencias.

Además de lo anterior, reitera como aspecto negativo las extremas dilaciones en el tiempo para dar respuesta a los documentos presentados y a la denegación de los mismos por “simplezas”, llegando incluso a realizar una contraposición entre las trabas administrativas de que tanto él como sus compañeros han sido objeto frente a las facilidades de que gozan los nacionales a la hora de solicitar un documento como puede ser el empadronamiento.

Nuestro entrevistado concluye que, estos obstáculos administrativos tienen por fin el cese del inmigrante en su intención de regularizar su permanencia en el país.

Desde una óptica personal no me cabe duda de las fallas existentes en nuestro sistema en materia de Extranjería dado que, constantemente se aduce a la necesidad del país de incrementar el porcentaje de inmigración regular frente a la irregular. No obstante, visto lo anterior, no parece tan “sencillo” cuando quienes deben hacer cumplir la Ley de la forma más favorable posible para el solicitante ejecutan una actitud aparentemente opuesta.

El artículo 9 CE, señala, entre otras cuestiones la labor de los poderes públicos de *remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social* así como *la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*. Del señalado precepto constitucional no cabe sino advertir su incumplimiento en atención a la falta de cooperación mencionada por S. D. y a los obstáculos anteriormente citados quien, además, hace constar la inexistencia de seguridad jurídica a lo largo de su experiencia.

Por otra parte, centrándonos en las dilaciones en el procedimiento a la hora de resolver, en tanto que, nuestro entrevistado refiere haber esperado incluso más de seis meses para ser conocedor de las disposiciones de la Administración sobre el procedimiento iniciado, huelga mencionar la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 21, sobre la obligación de resolver, señala en su tercer apartado que en aquellos supuestos en que las normas propias del procedimiento de que se trate no dispongan nada, el plazo máximo será de tres meses. Ello, me lleva en un primer momento, a pensar en un claro incumplimiento por parte de la Administración. No obstante, llegados a este punto, aún cabe agotar la vía del silencio administrativo, entendiéndolo en sentido positivo de conformidad con el artículo 24. 1 de la Ley señalada.⁸ Pero ¿hasta qué punto es lícito dejar una cuestión tan importante en manos del silencio administrativo? Pues no podemos olvidar que nos encontramos ante personas que, lejos de ser legos en derecho, en la mayoría de ocasiones tan siquiera comprenden el idioma.

A fin de concluir este primer bloque sobre la relación de nuestro interesado con la Administración, me ha resultado de especial interés una apreciación que hizo durante la

⁸ 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo

entrevista y es que, él tenía la intención de continuar estudiando y debido a las trabas mencionadas no le fue posible, hasta el punto tal, de sentirse totalmente desamparado.

Las críticas circunstancias acaecidas en nuestro país, sobre todo tras la Covid-19, han supuesto desajustes en distintos aspectos pero, concretamente en el económico y laboral pues, estamos siendo víctimas de alquileres disparados, de sueldos que apenas logran suplir este encarecimiento de la vida y a su vez, de una gran escasez de empleos cuyos sueldos puedan afrontar estas circunstancias los cuales, generalmente están aparejados a labores que requieren cierta cualificación y aquellos que la tienen, buscan un mejor futuro lejos de nuestro país (del mismo modo que los sujetos protagonistas del presente Trabajo), la comúnmente denominada “fuga de cerebros”. Luego, es complicado justificar cómo a aquellos que vienen de un país con peores condiciones, que eligen el nuestro para labrarse un mejor futuro y tienen la voluntad de formarse, se les ponga un impedimento tras otro, llegando incluso a contravenir el precepto constitucional número 27 sobre el derecho a la educación de todos los ciudadanos.

Va de suyo que la obtención del permiso de residencia y de trabajo es necesaria para quienes carecen de ambos y a su vez favorable para el país pero en materia de educación, se dificulta la obtención de motivos por los que la carencia de autorización administrativa sea óbice para la adquisición de formación a quienes tienen intención de superarse en lo académico y, por ende, en lo laboral.

6.2. SOBRE LA EXPERIENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

Centrándonos en el aspecto laboral, es de Perogrullo que el trabajo de los extranjeros es tan válido como el de los nacionales y, poniendo en la palestra a un conocido sector como es el formado por los trabajadores del campo (en adelante, temporeros), es preciso señalar que, éstos, no dejan de ser trabajadores por cuenta ajena en tanto que cambian su mano de obra por un salario con la salvedad de que las condiciones bajo las que desempeñan su labor no son las más deseables por cuanto en la mayoría de ocasiones están sometidos a trabajar jornadas inhumanas, en condiciones de habitabilidad muchas veces deplorables (como fue el caso de nuestro protagonista quien, durante mucho tiempo vivió en asentamientos chabolistas) y, a lo que cabe añadir la falta de alta en la Seguridad Social. Llegados a este punto, me surge la inquietud sobre hasta qué punto es lícita la discriminación hacia este sector, inclusive por los propios nacionales que, no dudan en

rehuir este trabajo en tanto les sea posible y, a su vez, rechazan la idea de que otros los lleven a cabo contribuyendo a que *“fruta de calidad llegue a nuestros hogares”*, en palabras de S. D.

Las dificultades a que se enfrentan los inmigrantes al llegar a nuestro país no sólo confluyen en la falta de autorización administrativa para trabajar, suponen además, que, automáticamente sean relegados a puestos concretos de trabajo, normalmente de menor relevancia como veíamos anteriormente con las mujeres extranjeras dedicadas a las labores de cuidados. Según explica S. D., muchos de sus compañeros tenían profesiones en sus países de origen que, una vez aquí, no han podido continuar. En esta situación se encontraba en 2020 Amadou, temporero en Huelva nacido en Gambia, quien era profesor de instituto en su país. Al igual que otros tantos, sufrió las consecuencias de la pandemia al ser víctima del desamparo en su sector.⁹

Según refiere nuestro entrevistado, si bien el campo es un trabajo tan digno como cualquier otro, mientras sea posible él no volverá a trabajarlo ya que dada su experiencia, no lo considera un trabajo que dignifique a las personas. Cuenta que no se respetan los horarios de entrada y de salida¹⁰ así como tampoco se respetan los descansos, tanto es así que trabajan casi ininterrumpidamente por lo que él llama *un salario miserable*. Esta misma visión la manifiesta Amadou quien entiende que el sueldo “depende del jefe” pues, si bien el convenio establece un salario de aproximadamente 48 euros por día, a quienes carecen de papeles no se les hace un contrato de trabajo llegando a oscilar su salario entre los 33 y 38 euros.

Sin embargo, no todos los que desempeñan esta labor son inmigrantes irregulares, pero, atendiendo al relato de S. D., *los pocos nacionales que trabajan el campo lo hacen con el fin de poder solicitar algún tipo de ayuda económica (como el subsidio por desempleo) o para lograr una cotización completa*. Realmente no tienen la necesidad de los inmigrantes de desempeñar este trabajo pues, mientras que estos últimos no tienen otra

⁹ LA INFORMACIÓN – NOTICIA, 19.04.2020 – 10:24H

¹⁰ EL TRABAJO DE LOS TEMPOREROS. Santiago González Ortega – May 10, 2021

Según un estudio realizado por Cáritas y corroborado por el Defensor del Pueblo en julio de 2020, existe una “normalización de la vulneración de los derechos” realizando jornadas que superan “las 40 horas semanales, el 50% de más de 48 horas semanales y, el 10% de más de 60 horas semanales (...) un 22% realiza horas extraordinarias sin cobrarlas, un 46% recibe menos salario del que le correspondería legalmente y un 47% lo cobra en todo o en parte en negro.”

opción de subsistencia, aquellos, tienen familiares en los que apoyarse para sobrevivir proporcionándoles cobijo y alimentos.

Nuestro entrevistado refiere el trabajo en el campo como *una explotación moderna del s. XXI*. Al hilo de lo cual, en diciembre de 2019 tuvo lugar el fallecimiento de un temporero de origen marroquí en el ejercicio de sus labores tras sufrir un infarto. El empleador recurrió a otro compañero para subirlo a su vehículo y llevarlo al hospital donde, una vez se aseguró de que el primero fue atendido, procedió a abandonarlos a los dos, quienes se encontraban en el país de manera irregular.¹¹

Bajo mi punto de vista, carece de toda lógica el trato que se dispensa a personas que, si bien llegan a nuestro país de manera irregular, desempeñan trabajos que suponen un beneficio para todos. Los temporeros que, como Amadou padecieron las duras consecuencias de la Covid-19 se encontraron en un continuo estado de desconocimiento acerca de su futuro, de cómo afrontar el día a día. Ante el estado de alarma, el trabajo de los temporeros ostentó la condición de esencial. Sin embargo, de conformidad con el relato de Amadou, quienes vivían en asentamientos chabolistas no podían permitirse cumplir con las normas sanitarias impuestas en el momento; se acercaban unos a otros frente a un fuego para no morir de frío, sufrieron restricciones alimenticias en tanto que se cortó el agua de las fuentes potables lo que se sumaba a la falta de comida que venían padeciendo.

Precisamente a fin de paliar en la medida de lo posible estas duras consecuencias de las que hablamos, se creó el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, cuyo artículo 1 señala que el objeto del mismo estriba en garantizar el mantenimiento de la actividad agraria durante la Covid-19, favoreciendo la contratación temporal de trabajadores en el sector agrario a través de medidas de flexibilización de empleo. Si bien este Real Decreto ha servido de ayuda a los jóvenes extranjeros de terceros países de entre 18 y 21 años al concederles excepcionalmente una autorización de residencia y trabajo, no suple la situación laboral que con carácter general viven los temporeros agrícolas extranjeros.

¹¹ DIARIO JAÉN – 17 DIC 2019 / 08:39H.

A tal efecto, y con la finalidad de revitalizar aquellos sectores en que apenas hay trabajadores, desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, se pretende reformar la LOEx a fin de formar a los inmigrantes en situación irregular en estos puestos de trabajo que actualmente se encuentran prácticamente vacíos creando así un nuevo tipo de arraigo condicionado a la formación laboral en determinados sectores. Asimismo, esta pretensión de reforma comprende la posibilidad de regularizar la situación de estos trabajadores ante la denuncia de una contratación irregular.¹²

6.3. SOBRE LA REALIDAD DEL ÁMBITO SOCIOECONÓMICO

Tras el análisis de los puntos de interés más relevantes de la entrevista, llegamos al desenlace de la misma con unas anotaciones sobre el aspecto socioeconómico desde una experiencia personal como ya señalábamos con anterioridad.

Desde esta óptica, S.D., cuenta, en primer lugar, que, la mayoría de los inmigrantes irregulares regulariza su situación a través del arraigo social. Si bien se trata de una opción ciertamente válida que trae consigo la obtención de la autorización de residencia temporal, es preciso realizar algunas anotaciones a este respecto pues, el objeto principal del arraigo social (art. 31 LOEx) obedece a la permanencia del sujeto en el país durante un mínimo de tres años no pudiendo superar las ausencias del país los 120 días. Sin embargo, para la obtención de dicha autorización a través de este mecanismo, es necesario que el solicitante cuente con un contrato laboral suscrito por empleador y trabajador en que se acredite el salario mínimo interprofesional. Dicho esto, en la mayoría de los supuestos los posibles beneficiarios de este tipo de arraigo llegan al país sin un contrato de trabajo y, a su vez, oficialmente, se les impide trabajar en tanto no tengan regularizada su situación lo que, evidentemente, los sitúa en un círculo vicioso en que se olvida la importancia de la necesidad de ejercer un trabajo, principalmente, a efectos de la mera supervivencia. Este clima de incertidumbre, contradicción y, sobre todo, la mencionada necesidad de supervivencia desemboca en el auge del trabajo irregular y con este, de la economía sumergida.

A lo anterior cabe añadir las dificultades con que se tropiezan en lo que hace al acceso a una vivienda digna ya que, la permanencia irregular en el país ha interferido también en

¹² J. SANZ, LA RAZÓN.
03.06.2022 17:00

el cumplimiento del mandato constitucional que defiende el derecho de todos los ciudadanos al acceso a una vivienda digna, motivo este por el cual tanto él como sus compañeros se han visto obligados a vivir en asentamientos chabolistas con las condiciones de insalubridad que ello conlleva.

Por otro lado, contrariamente a la común idea de que estas personas son beneficiarias de cuantas ayudas económicas deseen, S. D. no ha gozado de ninguna desde que vino a nuestro país en 2016, por el contrario, ha contribuido al enriquecimiento de las arcas del Estado por medio de aportaciones tan cotidianas como el IVA al tomar un café, realizar compras en tiendas o hacer uso del transporte público.

No puedo sino concluir el presente apartado con una breve síntesis de lo que a mi juicio es el resultado de lo visto hasta el momento. Quienes llegan a España de manera irregular y optan por el arraigo social, deben esperar un mínimo de tres años para obtener este tipo de autorización siendo a su vez necesaria la suscripción de un contrato laboral. Durante este tiempo deben, al mismo tiempo, subsistir por algún medio, así como buscar cobijo. A estos tres años, cabe añadir el tiempo que la Administración considere para resolver sus solicitudes de permiso de residencia como señalábamos con anterioridad, lo que los sitúa con facilidad en cinco años de permanencia en el país durante los cuales no les ha sido posible el acceso a un contrato de trabajo ni a una vivienda dignos. No es necesario explicar la importancia de gozar de una autorización administrativa para residir y trabajar pero, llegados a este punto, el goce y disfrute de los derechos señalados como son una vivienda digna y un trabajo que permita llevar a cabo su fin en sí mismo como es la mera subsistencia, deberían operar como límite a la falta de una autorización administrativa para trabajar, máxime, cuando el tiempo de espera para su obtención supera los cinco años como es el caso de algunos compañeros de nuestro entrevistado.

7. MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

A fin de dar cobertura a los principales obstáculos (principalmente laborales) con que se encuentran las personas extranjeras que se encuentran en nuestro país de forma irregular, el 16 de agosto de 2022 entró en vigor la reforma al reglamento de la Ley de Extranjería (Real Decreto 557/2011). Con esta reforma se pretende adaptar la situación legislativa de estos sujetos, a la realidad de nuestro país en materia de inmigración irregular.

De esta forma, se incluyen entre otras, novedades cuyo objetivo es facilitar la obtención del permiso de trabajo y residencia, así como fomentar la cobertura de determinados puestos de trabajo. Dentro de estas medidas cabe destacar las siguientes:

1. AGILIZAR LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Hasta el momento, la contratación en origen de trabajadores extranjeros se veía limitada por el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura de manera que estos, debían ceñirse a los empleos facilitados por este Catálogo.

La mejora de esta disposición viene dada de la mano del Servicio Público de Empleo, organismo que se encargará de ampliar el acceso a estos puestos de trabajo elaborando una lista con los empleos que, de conformidad con cada región del país, pueden ostentar la condición de “dificil cobertura”. Esta lista se modificará con una frecuencia de 3 meses lo que abre la puerta a un incremento de puestos de trabajo en este sentido.

Por otra parte, ante la posibilidad de contratar empleados que desempeñen puestos no considerados de difícil cobertura, se agilizarán los trámites para dicha contratación de forma que, si pasados ocho días tras la publicación de la oferta de empleo no se encontraran trabajadores para cubrir el puesto se podrá acudir a sujetos que no se encontrasen dentro de la lista.

2. MODIFICACIONES EN LOS TIPOS DE ARRAIGO

A este respecto, se han incluido una serie de facilidades en el arraigo laboral, social y familiar, así como introducido un nuevo tipo de arraigo:

- ARRAIGO LABORAL

En lo que hace al arraigo laboral, si bien se perpetúa la necesidad de permanencia en territorio nacional por un periodo de dos años, se incluye la necesidad de haber trabajado un mínimo de 15 horas semanales en un año o bien 30 horas semanales en seis meses. Por su parte, esta modalidad de arraigo está destinada a quienes, encontrándose en situación irregular hubieran ejercido un empleo en condiciones de regularidad incluidos los extranjeros que hubiesen trabajado por cuenta propia.

El antiguo arraigo laboral pasa a ser competencia de la Comunidad de Madrid en lugar mantenerse a cargo de las oficinas de extranjería de cada Comunidad Autónoma, bajo la denominación de “*autorización por residencia por colaboración con la autoridad laboral*”.

- ARRAIGO SOCIAL

Como veíamos en apartados anteriores, el arraigo social suponía una ardua práctica para quienes trataban de regularizar su situación por este medio. Debido a lo cual es también objeto de modificación por esta reforma.

La principal novedad a este respecto versa sobre la oferta laboral, de tal forma que, se suprime el límite de duración mínima exigida frente a la anterior necesidad de una oferta laboral cuya duración fuese de, al menos, un año. La única exigencia a este respecto es la obligación de que el sueldo mínimo se corresponda con el SMI.

En segundo lugar, se habilita la posibilidad de solicitar este tipo de arraigo desempeñando distintos trabajos a tiempo parcial siempre que la suma de sus jornadas sea de un mínimo de 30 horas.

En última instancia y como excepción al supuesto anterior, cuando se acredite la tenencia de un hijo menor de edad en el país, se podrá solicitar con contratos cuya duración total sea de 20 horas.

- ARRAIGO FAMILIAR

Esta reforma introduce cambios en el arraigo familiar como medio de obtención de la residencia para familiares frente a los supuestos anteriores en que se obtenía por medio de la tarjeta como familiar de comunitario.

Esta opción a través de la cual se concede una tarjeta por un periodo de cinco años que otorga las facultades de residir y trabajar supone además un beneficio para los ascendientes quienes, de ser mayores de 65 años no necesitarán acreditar su situación de dependencia frente a los menores de 65, quienes, por el contrario, deberán constatar su convivencia con el reagrupante.

- ARRAIGO PARA LA FORMACIÓN

Surge como novedad dentro de los distintos tipos de arraigo hasta ahora vistos el arraigo para la formación. Se trata de un permiso de residencia excepcional para los extranjeros en situación irregular que accedan a realizar una formación oficial a fin de obtener una titulación. Esta modalidad tiene una duración de un año prorrogable otro tanto bajo la condición de que se mantenga la formación académica.

Con esta variedad, se pretende dar cobertura a trabajos que actualmente gozan de un alto nivel de demanda, formándolos en estos sectores.

Para acceder a esta opción, será necesario haber residido en el país durante dos años de forma irregular y carecer de antecedentes penales.

3. AGILIZAR LA RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTES DE EXTRANJERÍA

Al objeto de dar respuesta a uno de los principales problemas con que hasta el momento se venían encontrando las personas residentes en nuestro país de manera irregular (tal como veíamos en la entrevista a S.D.), se crea la Unidad de Tramitación de Expedientes de Extranjería cuyo cometido es respaldar la función de las oficinas de extranjería actualmente saturadas para así agilizar los expedientes incoados y resolver en mayor brevedad.

8. MIGRACIÓN ESTABLE Y MIGRACIÓN CIRCULAR

La llegada del nuevo Gobierno ha traído consigo la regulación de aspectos sociales tales como los relativos a la ámbito laboral. En este sentido, a fin de promover las contrataciones en origen, la Orden ISM/1302/2022, de 27 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2023 tiene por objeto la delimitación de la contratación en origen, llevándose pues, a cabo a través de dos vías. Dicho lo cual, hablamos de migración estable cuando la contratación en origen se gestiona de forma colectiva mediante la tramitación simultánea de sus autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena a fin de desempeñar puestos de trabajo de carácter estable que no se circunscriben a los contratos fijos discontinuos.

La segunda modalidad la conforma la migración circular, en cuya virtud se prevé la concesión de autorizaciones de trabajo por cuatro años que permiten trabajar y residir por un periodo máximo de nueve meses dentro de un mismo sector laboral y, a diferencia del supuesto anterior, esta previsión sí está destinada a los contratos fijos discontinuos. En cualquier caso, estas autorizaciones se mantendrán en tanto en cuanto el trabajador cumpla con la obligación de retorno a su país de origen al término de la actividad laboral para la que fue contratado y, siempre y cuando, las condiciones por las que lo fue se mantengan. Ambas modalidades pueden ejercitarse bien de forma genérica, cuando se tenga por objeto la concesión de una autorización inicial o, de forma nominativa cuando recaen sobre trabajadores concretos.

Esta modalidad de contratación puede llevarse a cabo a través de tres vías distintas como son, en primer lugar, la ordinaria, en atención a la cual se presenta una única oferta por un empresario o un pequeño grupo de empresarios para un pequeño grupo de trabajadores. De forma unificada, se presenta de forma única por medio de una organización empresarial representante a fin de gestionar de manera conjunta las ofertas presentadas por los empleadores. Finalmente, la modalidad concatenada permite la presentación una solicitud enlazada de actividades aprovechando así la estancia del trabajador pues, una única autorización para trabajar y residir así como una única solicitud y visado son suficientes para que el trabajador pueda desplazarse cuanto sea necesario para dar cobertura a la actividad de que se trate.

En lo que hace a las ofertas de empleo, genéricas y nominativas se conformarán, como mínimo, por diez puestos de trabajo debiendo estos reunir aspectos coincidentes cuando se incluyan en una misma oferta. Los aspectos que han de ser homogéneos son: el país de destino de la contratación, el código de ocupación, el empleador, la provincia del centro de trabajo y la fecha de inicio y, en su caso, de fin de la actividad.

Si bien son los propios trabajadores quienes son sujetos de estas ofertas, corresponde a los empleadores que deseen contratar trabajadores extranjeros residentes fuera de España la obligación de gestionar la solicitud. Estos, tienen además que garantizar unas condiciones a los trabajadores tales como, “*la actividad continuada durante la vigencia de la autorización solicitada*” y “*el cumplimiento del contrato y de las condiciones de trabajo*”, entre otras. El contrato deberá obedecer a lo dispuesto en la oferta de empleo y contendrá los elementos esenciales del mismo. No obstante lo anterior, los empleadores

tienen también la obligación de crear un concreto plan de contingencia en que figuren las medidas a adoptar para dar cumplimiento a la normativa sobre prevención de riesgos y a las normas sanitarias así como de proveer al trabajador de un alojamiento que, en los supuestos de migración circular será correlativo a la vigencia del contrato de trabajo. Otra obligación del empleador tiene por objeto la asunción del viaje de llegada a España del trabajador y de regreso, en la migración circular.

En lo que hace a las cuestiones procedimentales, en la migración circular, la entrada del trabajador en territorio español está supeditada a las disposiciones de la autorización de residencia y trabajo y del contrato. Este, tendrá que solicitar su documentación en un mes desde la tramitación del alta en la Seguridad Social. Al término de la relación laboral, regresarán a su país de origen hasta que vuelvan a ser contratados para la siguiente temporada. Por su parte, las empresas tendrán que informar a la Subdelegación o Delegación del Gobierno a lo largo de cuarenta y ocho horas de los trabajadores que han llegado así como de los que han regresado.

La solicitud de oferta genérica puede realizarla una empresa cuya titularidad sea de la empresa contratante o bien pertenezca al mismo grupo que esta. En los supuestos de actividades que requieren una capacitación determinada, la contratación del trabajador estará sujeta a la obtención de la misma. En este sentido, se habilita la concesión de una autorización provisional de residencia de seis meses cuya función no es sino la de otorgar la formación necesaria al que, posteriormente será el trabajador que lleve a cabo la actividad de que se trate.

Las autorizaciones, a excepción del modelo anteriormente señalado podrán prorrogarse al fin de las mismas por iguales periodos siempre que hubiesen cumplido con los términos de la contratación siendo el empleador quien esté facultado para su solicitud. Concedida la prórroga de las autorizaciones en las migraciones circulares, se expedirá al trabajador el consiguiente visado. Por otra parte, los trabajadores podrán, a su vez solicitar pasados seis meses desde la expiración de la relación laboral y ya desde el país de origen del trabajador, una autorización de residencia y trabajo por dos años habilitante para trabajar por cuenta ajena y propia que, del mismo modo, podrá prorrogarse por otros dos años.

De lo anterior, interesa señalar la importancia de una minuciosa legislación a este respecto donde se establezca de forma clara y pormenorizada con carácter general, las

consecuencias de participar de un modelo u otro y, de forma concreta, las obligaciones que en este sentido tiene el empleador en lo que hace al cumplimiento de la normativa para con los trabajadores proporcionándoles alojamiento así como un plan de prevención de riesgos pues dicho cumplimiento con la más absoluta legalidad será de utilidad para evitar situaciones como las acaecidas en la STSJ de Andalucía 362/2024 de 7 de febrero.

9. CONCLUSIÓN

El Derecho es una ciencia que se basa en la resolución de los problemas que asolan a una sociedad que se encuentra en constante cambio, motivo por el cual las leyes también han de cambiar a su vez. Sin embargo, a pesar de tener a nuestro favor disposiciones constitucionales tan interesantes como las señaladas, de poco o nada sirven cuando en la práctica no son tenidas en suficiente consideración, pudiendo incluso afirmar la inexistencia de una evidente correlación entre nuestras normas y su aplicación práctica.

La Ley de Extranjería todavía tiene mucho que incluir y muchos aspectos a los que adaptarse. A pesar de prever el legislador una serie de preceptos destinados a la sanción del empleador, tales preceptos apenas se sostienen sin las oportunas revisiones de las condiciones en que estos trabajadores ejercen su labor. En lo que hace a la Administración, no es coherente establecer plazos de presentación de documentos y a su vez dificultar algo tan básico e importante como es la solicitud de una cita a tal efecto ya que en muchas ocasiones se ven limitados por un sistema de citas que parece no obedecer a ningún patrón.

Bajo mi punto de vista, el cambio real que estas personas necesitan no se encuentra únicamente en hacer valer las leyes de que actualmente disponen sino en facilitar una estrecha relación entre la Administración como guía y cobijo de cientos de inmigrantes que día a día acuden a sus respectivas oficinas de extranjería para informarse acerca de requisitos, solicitar ayuda o aportar documentación y, personas carentes de los conocimientos necesarios sobre los derechos de que son titulares y cómo ejercerlos. No podemos olvidarnos de que se trata de personas que no necesariamente dominan nuestro idioma lo que implica una dificultad añadida a su condición de inmigrantes.

Como inmigrante que soy que ha tenido la oportunidad de vivir las divergencias de ambos mundos, comprendo bien que en el momento en que una persona deja su país para tratar de buscar un futuro mejor en uno ajeno no puede albergar la pretensión de que a su llegada el camino vaya a ser sencillo logrando sin apenas esfuerzo equipararse en su totalidad a los nacionales del que será su nuevo país de residencia, pero ello no obsta para que se preserven los derechos propios de un Estado Social y Democrático de Derecho en que se respeten y valoren los derechos de la persona por el mero hecho de serlo.

A mi juicio, es imperativo para el crecimiento de un país la mano de obra así como la diversidad demográfica y en favor de ganarse una total equiparación en derechos a los nacionales considero más ventajoso para el conjunto de la población incentivar por cuantas vías sea posible la obtención del permiso de trabajo y residencia en lugar de fomentar las trabas y cortapisas tanto administrativas como laborales.

Por otra parte, aclaradas las inquietudes acerca de la necesidad de autorización administrativa para trabajar, si bien es tan lógico como necesario que existan normas que nos rijan y ordenen como sociedad, el problema en este punto está en que, a pesar del desconocimiento de los derechos de que en este sentido es titular el trabajador irregular que ha llevado a cabo una actividad laboral careciendo de la autorización administrativa necesaria, a mi juicio, a nivel de persona con una mínima capacidad de raciocinio es más importante el hecho de que ese trabajador no sea explotado al verse en una situación de inferioridad frente al empresario que se lucra con su mano de obra, que saber “si tenía o no papeles”. Es decir, nos encontramos en una sociedad que lenta pero ciertamente está involucionando en el aspecto humanitario pues preguntamos primero por unos documentos que no son sino una tarjeta de plástico con una numeración antes de interesarnos por las condiciones en que estas personas vienen trabajando y mucho menos señalamos al empleador que, a sabiendas de cuáles son sus obligaciones se encuentra en una posición de superioridad suficiente para maltratar la dignidad de estas personas.

En este trabajo también se ha hablado de las mujeres y su papel en la sociedad, una sociedad que propugna la igualdad de género y la igualdad salarial en lo que hace al acceso y ejercicio de ciertos puestos de trabajo. Sin embargo, estas políticas que apenas se encuentran en su fase más experimental entre los nacionales no tienen prácticamente cabida entre las mujeres inmigrantes ya que sin importar la cualificación que tengan, la propia Administración se encarga de ponerles los obstáculos suficientes para que desistan

en su interés de homologar títulos o incluso de formarse y opten por la que sin duda es “la vía rápida” ocupando los puestos que nuestras mujeres llevan años haciendo por dejar atrás como son los cuidados del hogar, de nuestros mayores o de familiares con dependencia.

Nuestros dirigentes se llenan la boca hablando de políticas inclusivas, igualitarias y de un país en el que hay sitio para todos pero esa no es nuestra realidad. Soy partidaria de que en la vida hay que ganarse las cosas pues nadie regala nada pero cuando vienes de un tercer país no sólo tienes que ganártelo, también tienes que crearlo y hacer que donde no había nada ahora estés tú. Este es un sentimiento que sólo las personas inmigrantes conocemos. Yo misma, puedo decir que tengo un puesto de trabajo del que mucha gente se sorprende ya que no es habitual que una chica negra te atienda en el Ayuntamiento de tu ciudad y a día de hoy he recibido tanto elogios como groserías; ambos comentarios me parecen igual de necesarios pues son el símbolo de que lo que siempre ha sido no tiene por qué continuar siendo y si a los nacionales no se les regala nada (salvo excepciones) mucho menos a los de fuera.

BIBLIOGRAFÍA

“La precariedad laboral en inmigrantes en situación irregular en España y su relación con la salud”, Gaceta Sanitaria, Vol. 23. Núm S1

“Los temporeros y el reverso del 'boom' agrícola: siguen sin papeles ni ingresos”, La información, noticia.

Campo Cabal J. M, “Comentario a la Ley de Extranjería”, arts. 10, 12, 14 y 36

Charro Baena, P. “Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros”

Convenio número 19 de la OIT

Derechos y Libertades de los Extranjeros en España TOMO I, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (pp. 611-620; pp 515-530; 538-554).

Escribá Pérez, A. N. “Universalidad e Igualdad en el Derecho a la Seguridad Social: Aplicación a los Extranjeros en España”, págs. 201-236.

Escudero Rodríguez R. “Inmigración y movilidad de los trabajadores”, Dialnet, págs. 481-486.

Fanjul G. y Gávez-Iniesta I. “Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: Una fotografía de la inmigración irregular en España”, Investigación por Causa.

Fernández Bernat J. A. “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”.

Fernández Fernández, R. “La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular: criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos”, Revista Aranzadi Unión Europea num 2/2017, Editorial Aranzadi, S.A.U.

González Ortega, S. “El trabajo de los temporeros”, Agrolaboral.es, noticia.

González Ortega, S. “La protección social de los extranjeros en España”, Tirant online, págs. 321-332

Guerrero Osorio J. A. “Situación laboral de los extranjeros en situación irregular en España”, Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado.

Hernández Cuevas, R. “El principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral”, Noticias jurídicas, artículo doctrinal.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-nulo-el-articulo-del-Reglamento-de-Extranjeria-que-extingue-el-permiso-de-residencia-temporal-en-Espana-por-ausencia-de-seis-meses>

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2233030dc9b59893a0a8778d75e36f0d/20240411>

<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/> (Objetivos de Desarrollo Sostenible, Naciones Unidas)

Ibáñez, M. “Arrestado tras abandonar sin vida a uno de sus temporeros”, Diario Jaén, 17 DIC 2019/08:39H.

INFORME sobre «Promover un trabajo digno para todos»: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0068_ES.html#_section1

INFORME sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0184_ES.html

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

López Cumbre, L “Oficina estatal contra la discriminación en la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, Gómez-Aebo & Pombo

López Cumbre, L. “Gestión colectiva de contrataciones en origen: normas de desarrollo para la migración estable y la migración circular”, Gómez-Acebo & Pombo.

López Insua, B. M. “Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer”, Revista Española de Derecho del Trabajo num. 205/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U.

Manuel Alonso Olea, “Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 200”, pp. 26-61.

Mazkieran M. “Recorrido por las leyes de extranjería en España”, Revista Mugak, nº 29.

Parra Rodríguez, C. “El nuevo marco de las autorizaciones de trabajo”, en Boza Martínez, Diego, Donaire Villa, Francisco Javier y Moya Malapeira, David (Coordinadores), "Comentarios a la reforma de la ley de extranjería. (LO 2/2009)", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 205 a 218

Reforma Ley de Extranjería en España, Immigration Lawyers Spain

Revista de Derecho Migratorio y Extranjería num. 48/2018, Editorial Aranzadi S.A.U.

Revista de Derecho Migratorio y Extranjería num.56/2021, Editorial Aranzadi S.A.U.

Sánchez Pérez, J. El accidente de trabajo del inmigrante “sin papeles”.

Sanz, J. “Denunciar abusos laborales a sin papeles les proporcionará la regularización inmediata”, La Razón, noticia de 03/06/2022.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO (4ª), 7 OCTUBRE 2003, REC. 2153/2002, Tirant online, Documento TOL319.153

STS de 7 de octubre de 2003, REC. 2153/2002, Tirant Online.

STS Sentencia 76/2017, de 31 de enero de 2017

Villafañez Gallego R. “Protocolos sobre extranjería”, Tirant Online, págs. 135-143.