

TRABAJAR EN ESPAÑA COMO INMIGRANTE LEGAL ASALARIADO: CARRERA DE FONDO CON SALIDA DESIGUAL

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Almería

ABSTRACT

■ *No es fácil estar al día en relación a las normas sobre extranjería, que están sufriendo continuos cambios. El artículo da una visión general sobre el estado actual de la cuestión y sirve para conocer la tipología más representativa de las diferentes situaciones legales de las personas extranjeras que trabajan o solicitan trabajo por cuenta ajena.*

■ *Ez da erraza atzerritarrekin zerikusia duten arauetarako egunean egotea. Izan ere, arau horiek etengabeko aldaketak jasaten ari dira. Artikuluak gai horren egungo egoerari buruzko ikuspegi orokor bat ematen digu, eta besteentzako lan egiten duten edo lana eskatzen duten atzerritarren egoera legal desberdinen tipologia adierazgarriena ezagutzeko balio du.*

■ *It is not easy to keep track of the regulations on foreign status, which are undergoing continuous changes. The article offers a general vision of the present state of the matter and helps to get to know the most representative typology of the different legal situations of the foreign people who work or apply to work for others.*

1. Diversificación de estatutos jurídicos en extranjería

La inmigración laboral que tiene a España como lugar de destino está sometida a diferentes regímenes jurídicos¹ sobre la base, principalmente, de la acción exterior del Estado y de elementos personales o socio-políticos que pueden concurrir en los interesados². Así, aunque la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³, —con entrada en vigor del nuevo texto para el próximo 31 de diciembre de 2003— (en adelante LOEXIS), considera *extranjeros* «a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española» (art. 1-1)⁴, no existe un tratamiento homogéneo para todos los que no son españoles. Su apartado segundo, —que ha tenido una curiosa singladura⁵— señala que «Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte». Para concluir en su apartado

¹ Vid. M. Moya Escudero, «¿Extranjería o extranjerías?», III Congreso sobre la inmigración en España. Eds. F.J. García Castaño y C. Muriel López, Granada, 2002, pp. 551-561; M. Moya Escudero y R. Rueda Valdivia, *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*. Biblioteca de práctica laboral, La Ley, Madrid, 2003, pp. 19 y ss.

² Ejemplos de estos elementos son, entre otros, la nacionalidad del sujeto, su estado civil —estar casado o ser familiar de un nacional español o comunitario—, tratarse de un apátrida, desplazado o refugiado.

³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, con las reformas introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003. BOE, núm. 279 de 21 de noviembre de 2003. Téngase en cuenta que dicha Ley Orgánica también afecta a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de perfeccionar la información contenida en el Padrón Municipal relativa a los extranjeros empadronados. Asimismo, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, con la finalidad de incorporar en el texto de esta ley, con carácter expreso, una remisión a la Ley Orgánica 4/2000, para que a los procedimientos regulados en ésta se les apliquen las peculiaridades procedimentales que en la misma se introducen con carácter novedoso. Y, por último, modifica la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, considerando desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida conforme a lo dispuesto en la legislación sobre extranjería.

⁴ Puede verse, A. Marín López, «El ámbito de aplicación personal de la Ley» en *Comentario a la Ley de Extranjería*. Coord. M. Moya Escudero. Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 8-12.

⁵ Vid. P. Agüelo Navarro y A. Álvarez Rodríguez, *Historia cronológica de la desaparición del apartado 2 de la Ley 4/2000*. <http://www.reicaz.es/extranjeria/portada/portada.htm>.

tercero que «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

Por tanto, de conformidad con nuestros compromisos internacionales⁶, hay trabajadores extranjeros —*comunitarios*— amparados por el derecho a circular libremente para buscar y ejercer un empleo, prestar un servicio o establecerse por cuenta propia; otros, que encuentran facilidades por ser nacionales de países con los que España mantiene vínculos especiales de diversa índole (históricos, culturales, geográficos)⁷, —por ejemplo, tener preferencia para optar al contingente anual de trabajadores que regula el art. 39 LOEXIS⁸—; otros, en fin, que pueden ser eximidos de la exigencia de visado o no depender de la situación nacional de empleo. Sin que sea posible en un trabajo de esta índole, descender al detalle de las diversas situaciones que se pueden presentar combinando el marco jurídico institucional, el convencional y el estatal (Ley y reglamento de extranjería), intentaremos, a continuación, exponer la tipología más representativa de las diferentes situaciones de extranjería que existen para los trabajadores asalariados.

1.1. Libre circulación de trabajadores, asimilados y asociados

Como es sabido, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea consagra la libre circulación de trabajadores (arts. 39 a 42), la libertad de establecimiento (arts. 43 a 48) y la libre prestación de servicios (arts. 49 a 55). Junto con esta proclamación directa, la Comunidad quiso extender este régimen de libertades a los

⁶ Sin la menor duda, la incidencia más importante al respecto deriva de nuestra incorporación a la Comunidad Europea desde 1986, quedando obligados por el propio Tratado constitutivo a observar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. El régimen jurídico de los trabajadores comunitarios y asimilados acaba de ser objeto de reforma mediante el Real Decreto 178/2003, de 21 de febrero de 2003. BOE, núm. 46 de 22 de febrero.

⁷ Según las declaraciones del que fuera Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, Sr. Martínez Miranda, España iba a concertar Acuerdos migratorios bilaterales con los países cuyos trabajadores representan el 80% de la población migrante que tenemos en los últimos dos o tres años y con los que tenemos algún vínculo especial. El País, 6 de diciembre de 2001. De hecho, seis son los Acuerdos migratorios bilaterales que finalmente se han suscrito.

⁸ Es el caso de los nacionales de los seis países con los que se han suscrito Acuerdos migratorios bilaterales: con Ecuador, hecho en Madrid el 29 de mayo de 2001 (BOE, núm. 164 de 10 de julio de 2001); República Dominicana, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2001 (BOE, núm. 31, de 5 de febrero de 2002 y correcc. err., BOE, núm. 70 de 22 de marzo de 2002); Colombia, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001 (BOE, núm. 159 de 4 de julio de 2001 y BOE, núm. 111, de 9 de mayo de 2002); Marruecos, firmado el 25 de julio de 2001 (BOE, núm. 226, de 20 de septiembre de 2001); Rumania, firmado el 23 de enero de 2002 (BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 2002) y Polonia, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002 (BOE, núm. 226 de 20 de septiembre de 2002).

nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein a través del Acuerdo de Oporto sobre el Espacio Económico Europeo concluido el 2 de mayo de 1992⁹.

Asimismo, los nacionales suizos van a disfrutar de un régimen jurídico de extranjería privilegiado tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y Suiza hecho en Luxemburgo el 21 de junio de 1999¹⁰. Conforme a su art. 1:

«El objetivo (...) es:

- conceder un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las Partes Contratantes;
- facilitar la prestación de servicios en el territorio de las Partes Contratantes, y en particular liberalizar la prestación de servicios de corta duración;
- conceder un derecho de entrada y de residencia, en el territorio de las Partes Contratantes, a las personas sin actividad económica en el país de acogida;
- conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales».

De otra parte, en algunos de los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea como es el caso de los celebrados con Turquía¹¹ o los llamados «Acuerdos Europeos» con los países de la Europa Central y Oriental (República Checa, Eslovaquia, Rumania, Bulgaria, Hungría y Polonia), se incluyen menciones específicas para el ejercicio de actividades lucrativas que según sean por cuenta ajena o por cuenta propia reconocen el derecho a un trato no menos favorable que el que se conceda a los propios nacionales —en este caso para las actividades por cuenta propia¹²—, que tienen un efecto directo sobre el Derecho interno del Estado de que se trate.

⁹ BOE, núm. 21 de 25 de enero de 1994.

¹⁰ BOE, núm. 148 de 21 de junio de 2002.

¹¹ Sobre el estatuto de los ciudadanos turcos de la Comunidad, véase H. GACON-ESTRADA, «L'Association entre la Communauté Européenne et la Turquie», en AAVV, *Dictionnaire permanent Droit des Étrangers*; I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, pp. 169-248.

¹² La UE está llevando a cabo una destacada labor de creación de estatutos diferenciados —más favorables— respecto de nacionales de países de terceros Estados con los que concluye Acuerdos de asociación y establecimiento. Estos acuerdos son: con Hungría el 16 de diciembre de 1991 (DOCE L 397, de 31 de diciembre de 1993, p. 1); con Polonia el 16 de diciembre de 1991 (BOE, núm. 106, de 4 de mayo de 1994); con Bulgaria el 8 de marzo de 1993 (DOCE L 358, de 31 de diciembre de 1994, p. 1, BOE, núm. 13, de 15 de enero de 1997); con República Checa, el 4 de octubre de 1993 (BOE, núm. 185, de 4 de agosto de 1995); con Eslovaquia, el 4 de octubre de 1993 (BOE, núm. 183, de 2 de agosto de 1995); con Lituania, el 12 de junio de 1995 (BOE, núm. 60, de 11 de marzo de 1998); con Estonia el 12 de junio de 1995 (BOE, núm. 60, de 11 de marzo de 1998); con Letonia el 12 de junio de 1995 (BOE, núm. 56, de 6 de marzo de 1998); con Eslovenia, el 10 de junio de 1996 (DOCE L 51, 26 de febrero de 1999, pp. 3-201); con Rusia en 1997 (DOCE C 327, de 28 de noviembre de 1997, pp. 3-69); con Ucrania en 1998

Lo anterior debe ser considerado a la luz del conjunto de disposiciones comunitarias que regulan parcelas concretas en la materia¹³, y el recientemente reformado RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁴. Según se indica en el Preámbulo, había que acomodar sus disposiciones a la Declaración firmada en Marsella el 28 de julio de 2000 por los Ministros de Interior de Francia, Alemania, Italia y España en orden a suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos. De hecho, tal formalidad administrativa se contempla ahora como una exigencia limitada a los casos expresamente establecidos (art. 3-3 en relación con el art. 8), aunque todo interesado que la solicite puede obtenerla (art. 6-2).

Con carácter general, y sin perjuicio de los límites (capítulo IV) y de las personas exceptuadas (las señaladas en el párrafo c) del art. 2), las incluidas en su ámbito de aplicación «tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo cumplimiento de las formalidades previs-

(DOCE C 49, de 19 de febrero de 1998, pp. 3-46); con Moldavia en 1998 (DOCE C 181, de 24 de junio de 1998; pp. 3-48). Asimismo, cabe citar los Acuerdos Mediterráneos de Asociación con todos los países ribereños del Mediterráneo, a excepción de Libia, y que son: con Israel el 20 de noviembre de 1995 (Conseil, 10373/95); Túnez, el 17 de julio de 1995, (Conseil, 7761/95) con entrada en vigor el 1 de marzo de 1998 (DOCE, L 97, de 30 de marzo de 1998); Marruecos, de 15 de noviembre de 1995 (Conseil, 41 32/96), BOE de 1 de marzo de 2000; con Jordania, de 24 de noviembre de 1997 (Bull. UE 11, 1997); y provisional con OLP (DOCE L 187, de 16 de julio de 1997). Además, ha firmado Acuerdos con Egipto, Siria, Líbano y Argelia, además de mantener los existentes con Turquía, Chipre y Malta, en los que, entre otros diversos aspectos de tipo político, social, cultural, económico..., se prevén disposiciones en ámbitos tales como la libre circulación de servicios, capitales, derechos de establecimiento, libre competencia, emigración ilegal, etc. Puede verse, en general, la excelente monografía de J. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Ed. Colex, Madrid, 2002. Para conocer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la libertad de establecimiento derivada de estos Acuerdos puede verse el comentario de I. Blázquez Rodríguez, «La libertad de establecimiento en los Acuerdos europeos: ¿nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJC, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany e.a.*)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 2002, pp. 943-960.

¹³ Ese conjunto normativo lo constituyen, principalmente, las siguientes disposiciones: Reglamento CEE núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y las Directivas 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de la Comunidad de los nacionales de los Estados miembros en materia de libre prestación de servicios; y 64/221/CEE, 72/194/CEE y 75/35/CEE del Consejo que contienen determinadas limitaciones a esa libertad.

¹⁴ Sobre el alcance del nuevo RD 178/2003 en relación con los familiares: P. Jiménez Blanco, *Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea*. www.laley.net . Diario La Ley, miércoles, 30 de abril de 2003.

tas...» (art. 3-1). Y, asimismo, «tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles...» (art. 3-2). Los supuestos contemplados como exentos de obtener la tarjeta de residente se relacionan con «trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con *carácter permanente*» que sean nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre EEE, (art. 6-1, a), así como sus familiares y los de los ciudadanos españoles cuyo vínculo sea uno de los establecidos en el artículo 2, o se trate de *trabajadores transfronterizos*.

Respecto de los familiares señalados, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Los extranjeros que sean cónyuges del español, ciudadano comunitario o del EEE, **siempre que no esté separado de derecho**.
- Los descendientes y los de su cónyuge, menores de 21 años o mayores de edad, **que vivan a sus expensas**.
- Los ascendientes y los de su cónyuge, **siempre que no estén separados de derecho, y que vivan a sus expensas**, excepto los ascendientes de los estudiantes y de los cónyuges de dichos estudiantes¹⁵.

1.2. Situaciones particulares derivadas de la acción exterior del ejecutivo español

Dentro de las políticas para ordenar y gestionar los flujos migratorios que ha puesto en marcha el actual ejecutivo español, destaca por reciente y novedosa la vinculada a su acción exterior, consistente en concluir una serie de acuerdos internacionales con los países de los que procede una parte importante de los flujos migratorios que llegan a España. Seis es el número de los acuerdos firmados: cuatro de ellos en el 2001 que comienzan con Colombia el 21 de mayo,¹⁶ al que le sigue unos días después (el 29) el de Ecuador, y, algo más distanciados en el tiempo, se firman los alcanzados con Marruecos (el 25 de julio) y (el 17 de diciembre) con la República Dominicana. El año 2002 se estrena firmando con Rumania el día 23 de enero¹⁷ y, finalmente, el 21 de mayo de 2002 se termina por firmar el de Polonia¹⁸.

¹⁵ Puede verse, J. Martín Martín, «Novedades del tratamiento legal a los ciudadanos comunitarios», *Economist&Jurist*, Noviembre, 2003, pp. 46-55.

¹⁶ Todos los acuerdos se pueden consultar en la dirección www.reicaz.es. En la nota 8 se indican las fechas de su publicación en BOE.

¹⁷ BOE, núm. 289 de 3 de diciembre de 2002.

¹⁸ Más ampliamente, M.L. Trinidad García, «Los acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos». III Congreso sobre la inmigración en España: contextos y alternativas. Ed. J. García Castañó y C. Muriel López, Granada, 2002, pp. 493-504.

Desde el articulado de estos acuerdos, se garantiza el *acceso preferente* de trabajadores estables y de temporada al contingente anual resultante¹⁹. Los objetivos son variados: satisfacer la demanda que genera el mercado de trabajo de mano de obra extranjera y, recíprocamente, constituir una salida para los numerosos proyectos migratorios que albergan los nacionales de esos estados. Este marco convencional asegura que las migraciones se produzcan en condiciones de legalidad, esto es, con la cobertura asegurada de un contrato de trabajo y de un alojamiento digno. Pero lamentablemente, por ahora, tanto en relación con el contingente 2002, como lo que conocemos de lo que va del contingente del presente año, continúan sin obtenerse los resultados esperados aunque se han incluido mejoras²⁰. De otra parte, para luchar contra las situaciones de irregularidad, se contempla el compromiso del retorno al término del período de contratación y la obligación de readmitir a los nacionales de terceros países en tránsito si han accedido desde alguno de esos países. En otro orden, cabe destacar finalmente las alusiones a la cooperación y la ayuda para fomentar el retorno voluntario.

Otro marco convencional que tiene repercusión en materia migratoria se encuentra en el tenor de algunos de los Convenios de doble nacionalidad que España mantiene en vigor. En concreto, en los convenios con Chile y Perú²¹. El artículo 7 de ambos, se expresa en los siguientes términos:

«Los españoles en Chile (Perú) y los chilenos (peruanos) en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena (peruana) y española, respectivamente.

En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que los juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria;

¹⁹ Sobre el contingente 2002 es interesante consultar el análisis crítico de P. Agüelo Navarro: *Reflexiones en torno al contingente de 2002. Situación nacional de empleo y procedimiento*, en www.reicaz.es. Obsérvese también que como se daba a conocer en los medios de comunicación, el gobierno sólo logró cubrir el 42'5% del contingente para 2002. Información de El País de 4 de enero de 2002. Igualmente, puede verse, F.J. Durán Ruiz: «El contingente de trabajadores extranjeros para 2003. Régimen general vs. contingente. El debate en torno a la posible coexistencia de ambos procedimientos (I)», *Actualidad Administrativa*, núm. 32 - semana del 1 al 7 de septiembre.

²⁰ Puede verse, Resolución del Ministerio de la Presidencia de 30 de enero de 2003, de la Subsecretaría por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de diciembre de 2002, por el que se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella. Repárese en la novedad frente al contingente 2002 que se reserven ofertas para los extranjeros residentes. BOE, núm. 27 de 31 de enero de 2003.

²¹ El art. 8 del Convenio con Ecuador se pronunciaba en los mismos términos pero su Protocolo ha sido objeto de reforma eliminando la consecuencia que se puede extraer de los otros dos. Sin duda, el alto número de nacionales ecuatorianos que eligen España para migrar es la causa de esa modificación.

comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tiene acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan».

Es importante subrayar que en ninguno de los otros Convenios de doble nacionalidad que tenemos en la actualidad —con Paraguay (25 de junio de 1959), Nicaragua (25 de julio de 1961), Guatemala (28 de julio de 1961), Bolivia (12 de octubre de 1961), Costa Rica (8 de junio de 1964), Honduras (15 de junio de 1966), República Dominicana (15 de marzo de 1968), Argentina (14 de abril de 1969) y Colombia (27 de junio de 1979)—, existe una disposición de esta índole. En éstos, sólo existe una referencia genérica a que «continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones..., respectivamente». A nuestro modo de ver, esta diferencia de expresiones puede ser considerado como un primer argumento para defender que el último párrafo de art. 7 transcrito comporta unas prerrogativas específicas²².

Por último, un tenor semejante al precepto arriba transcrito se encuentra en el Tratado bilateral sobre reconocimiento, paz y amistad suscrito entre España y la República Oriental de Uruguay el 19 de julio de 1870²³ en el que se lee que:

«Los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República en España, *podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones*, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles, extraer del país sus valores íntegramente, disponer de ellos en vida o por muerte y suceder en los mismos por testamento o ab intestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida».

Dicho tratado ha motivado recientemente que la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo español en su sentencia de 10 de octubre de 2002²⁴, reconozca el derecho del súbdito de Uruguay, don Roberto F.B., a obtener un permiso de trabajo que la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid le había denegado mediante resolución de 17 de agosto de

²² Puede verse un análisis de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el alcance de dicho precepto en M.L. Trinidad García, «Incidencia del Tratado concertado entre España y Uruguay en el siglo XIX sobre los flujos migratorios del siglo XXI», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 2, 2003, pp. 235-246.

²³ El texto lo hemos obtenido gracias a la gentileza de la Profesora Vivien Matteo Terra de la Universidad de Uruguay que lo localizó en: E. Armand Ugon, J.C. Cerdeiras Alonso; L. Arcos Ferrand; C. Goldaracena, *R.O.U. Compilación de leyes y decretos 1825-1930*, tomo VIII 1869-1872.

²⁴ R.A.J. núm. 8748.

1994 en aplicación del art. 18.1. a) de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, en relación con el art. 37.4. a) del Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986 de 26 de mayo. Hay que recordar que el contenido de tales preceptos aludía, respectivamente, a la necesidad de que para conceder el permiso de trabajo no existieran españoles en paro en la actividad que se propusiera desempeñar el solicitante, y a que la autoridad laboral podría denegar el permiso cuando así lo aconsejara la situación nacional de empleo²⁵.

2. Visado y situación nacional de empleo: dos grandes condicionantes para ejercer una actividad lucrativa por cuenta ajena con importantes excepciones

Las claves de la actual política migratoria²⁶, tanto a nivel estatal como europeo²⁷, giran en torno a dos ejes fundamentales: la protección en el empleo del trabajador nacional, comunitario o extranjero con residencia permanente —residente de larga duración en la terminología comunitaria—, que se manifiesta en el carácter preceptivo que tiene el informe negativo del INEM sobre desempleados que pueden cubrir determinados puestos de trabajo, esto es, el filtro de la situación nacional de empleo, y la obligación de obtener visado²⁸, como medio de controlar

²⁵ Vid. «Incidencia...», art. cit. pp. 231-247.

²⁶ Aunque, «el modelo del *guardia de tráfico*, en la lógica policial e instrumental/laboral»(...) no es, como razona J. de Lucas, política de inmigración. Vid. J. de Lucas Martín «Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis». III Congreso sobre la inmigración en España, *loc. cit.* p. 47.

²⁷ Un estudio detenido en J. Martín y Pérez de Nanclares, *op. cit.*; M.M. Ruiz Castillo, «Marco legal de la inmigración en la Unión Europea y en España» (I), *Revista de Derecho Social*, 2003, 21, pp. 29-48, (II) (en prensa). El texto lo conocemos por gentileza de la autora. Asimismo, puede verse, J.R. Mercader Uguina y A.B. Muñoz Ruiz, «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2002, pp. 35-62; M.L. Trinidad García, «Las particulares «cañadas reales» de la inmigración», *II Seminario de la inmigración extranjera en Andalucía*. Ed. Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía, 2002, pp. 11-20; en la misma publicación P.A. Fernández Sánchez, «Marco jurídico internacional y comunitario del control migratorio», pp. 21-29. El proyecto de Constitución europea recoge en sus arts. 153 y 163 que «la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia» y «que desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar la gestión eficaz de los flujos migratorios». Las decisiones sobre inmigración se adoptarán por mayoría cualificada. Información publicada en *El País*, martes 17 de junio de 2003.

²⁸ Reglamento (CE) 453/2003 del Consejo de 6 de marzo de 2003 por el que se modifica el Reglamento (CE) 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOUE L 69/10 de 13.3.2003.

el número de entradas, garantizar la seguridad nacional (europea) y facilitar la integración²⁹. Combinación de aspectos dispares pero interrelacionados que, en demasiadas ocasiones, puede producir una odiosa asociación entre inmigración y delincuencia. Así ocurre, por ejemplo, con la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros³⁰, en el que se incluyen medidas que afectan al orden penal, civil, administrativo, procesal..., con el objetivo, se dice en la Exposición de Motivos, «de completar el Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002».

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, hay que decir que los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener el correspondiente permiso de trabajo —léase *autorización administrativa previa para trabajar* de conformidad con el Proyecto de Ley Orgánica 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre³¹— que tendrá que constar en el pertinente visado —*visado de trabajo y residencia*— según también la propuesta de redacción en el proyecto de reforma (art. 25 bis). La parte laboral del visado es, pues, la que condiciona la legalidad de la residencia que tendrá la misma duración que tenga la autorización para trabajar. Al respecto, la novedad que justifica que se hable de «simplificación de la documentación que se le exige obtener a los extranjeros para residir en España», es que se elimina el requisito que obliga al inmigrante a que una vez que se encuentra en territorio español, tenga que iniciar los trámites para obtener los correspondientes permisos de residencia y de trabajo. En el Proyecto se habla de que el interesado debe proveerse de una *tarjeta de identidad de extranjero*.

²⁹ Compartimos la mirada crítica de J. de Lucas cuando, en relación con esas claves, pone de manifiesto que se trata de una reducción insostenible de una «visión instrumental (...) y, con ello, el reconocimiento de que la representación del mundo permite seguir planteando la presencia de los inmigrantes como un factor ajeno y secundario respecto al vínculo social y al contrato de ciudadanía...». «Sobre el papel...», art. cit. p. 55.

³⁰ BOE, núm. 234 de 30 de septiembre de 2003.

³¹ Proyecto de Ley Orgánica 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local; y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. Entre otros motivos como la adecuación a la reciente normativa comunitaria dictada en la materia, la propuesta de reforma aparece impulsada por la STS de 20 de marzo de 2003 que anula diversos artículos del reglamento en vigor. El texto de la sentencia puede verse en BOE, núm. 117 de 16 de mayo de 2003. El texto del Proyecto puede consultarse en <http://www.extranjeria.info> y en BOCG, Serie A. núm. 160-7 de 22 de septiembre de 2003.

El establecimiento de un único procedimiento en el régimen jurídico de la extranjería se encuentra ya como objetivo en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia (Cdo. 7)³². A todas luces, prever que el propio visado sirva como documento que legaliza administrativamente la residencia temporal en España, evitando tener que iniciar nuevos trámites una vez que se ha llegado a territorio español, debe ser saludado positivamente. En este sentido, la reforma va a aliviar el trabajo de la Administración —siempre que proveerse de la *tarjeta de identidad* no conlleve especiales trámites—, y repercutirá favorablemente en el administrado inmigrante por esa misma razón³³. Ahora bien, las dificultades para obtener el visado para trabajar van a seguir siendo las mismas, y el control en su gestión se va a incrementar en aras a cumplir con el objetivo de adecuar la entrada de inmigrantes al *supuesto* número de los que el mercado laboral puede absorber³⁴, y para garantizar la convivencia en la sociedad española (programa GRECO)³⁵.

El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente (art. 27 LOEXIS). Así se expresa la norma en su nueva redacción, subsistiendo hasta su propia reforma el desarrollo reglamentario del que se desprende que la Misión Diplomática u Oficina Consular ante la que se haya presentado la solicitud de visado para trabajar podrá requerir, con carácter suspensivo, además de la documentación que sea preceptiva, cuantos informes juzgue oportunos para resolver dicha solicitud. El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión

³² DOUE C 332 E/248 de 27.11.2001. Puede verse el Acuerdo político sobre dicha propuesta de Directiva adoptado en la Cumbre de Tesalónica de 20 de junio de 2003. Noticia difundida por Europa en Breve del Consejo General de la Abogacía Española núm. 199: 22/2003. Semana del 9 de junio de 2003.

³³ Reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio por el que se establece el modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. DO L 157 de 15-06-2002.

³⁴ Declaraciones del Presidente del Gobierno español con motivo de anunciar la aprobación del Anteproyecto de reforma de la Ley de Extranjería. Paradójicamente, sin embargo, la realidad es que ni siquiera estamos siendo capaces de adecuar las entradas a los contingentes aprobados. Sucesivamente, los contingentes 2002 y 2003 han fracasado.

³⁵ El Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración tiene como líneas básicas: 1. Diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España, en el marco de la Unión Europea; 2. Integración de los residentes extranjeros y de sus familias, que contribuyen activamente al crecimiento de nuestro país; 3. Regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española y 4. Mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados. El Programa GRECO fue aprobado por Resolución de 17 de abril de 2001 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración. El texto se puede consultar en www.reicaz.es

Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana (art. 27-4 LOEXIS). Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados (art. 27-5).

Presentada en forma o subsanada la solicitud de visado, se instruirá el correspondiente expediente y se elevará al Ministerio de Asuntos Exteriores, acompañada de un informe y de la documentación necesaria, con el fin de solicitar autorización para expedir el visado.

Hemos de tener en cuenta, al respecto, que los visados se expiden en función de lo que el interesado manifieste (estancia de corta duración, para actividad lucrativa, no lucrativa, reagrupación familiar o visados para actividad exceptuada de permiso de trabajo) y, en cada caso, se solicitarán los pertinentes informes a la autoridad gubernativa o laboral que corresponda. En el art. 25 bis de la Ley se mantiene prácticamente la misma terminología para clasificar los visados:

- De tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o atravesar el territorio español.
- De estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.
- De residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.
- De trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional por cuenta ajena o propia y para residir.
- De estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación.

No se concederá visado al extranjero cuya venida a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España o figure en la lista de personas no admisibles. La Misión Diplomática u Oficina Consular, valorará la documentación e informes incorporados al efecto y resolverá la solicitud del visado. Señala el art. 27-6 LOEXIS que «La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena». Por tanto, excluye a los visados para el trabajo por cuenta propia³⁶, y «si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de

³⁶ Vid. M.L. Trinidad García, «La prestación del trabajador migrante por cuenta propia». *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*. Coord. M. Moya Escudero, Comares, 2001, pp. 256.

1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio³⁷. La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.»

Por su parte, la Disposición Adicional Sexta del reglamento por ahora vigente indica que:

«Las resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior, y de trabajo y Asuntos Sociales, con base en lo dispuesto en el presente Reglamento sobre concesión o denegación de visados, exenciones de visado (...), pondrán fin a la vía a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra éstas los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos».

Estas exigencias, unidas a la imposibilidad de acogerse al beneficio de justicia gratuita para litigar puesto que «no se hallan en España»³⁸, va a tener necesariamente una repercusión negativa sobre los inmigrantes y sus respectivos proyectos migratorios si, al tiempo, no se introducen nuevas fórmulas flexibles como, por ejemplo, el reivindicado visado para búsqueda de empleo del que ha hablado el Comisario Antonio Vitorino³⁹. Visado que, finalmente, ha sido incorporado a propuesta del PSOE, apareciendo por primera vez en nuestro Derecho de extranjería, si bien, con un carácter limitado. Así, de conformidad con el artículo Catorce ter del Proyecto de reforma, se ha modificado el artículo 39 relativo al contingente de trabajadores extranjeros que en este punto señala:

- «3. El contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen.
4. Asimismo, el contingente podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a determinados sectores de actividad u ocupaciones en las condiciones que se determinen.
5. Los visados para búsqueda de empleo autorizarán a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el período de estancia de tres meses, en los que podrá inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo correspondientes. Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedará obli-

³⁷ El contenido de este artículo presenta dudas de inconstitucionalidad. *Vid.* <http://www.reicaz.es/extranjeria>, entre otros, los informes emitidos por Grupos Parlamentarios (IU, grupo Mixto), Parlamento Aragonés, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Subcomisión de Extranjería del CGAE y Andalucía Acoge).

³⁸ *Vid.* art. 22 LOEXIS. Por otro lado, el TC en sentencia núm. 95/2003, de 22 de mayo de 2003 acaba de admitir parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/96 promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita.

³⁹ Conferencia «Migraciones e identidades culturales» en el Seminario de los socialistas europeos, Zaragoza 16 y 17 de febrero 2001 en la siguiente dirección: <http://europa.eu.int/comm/commissioners/vitorino/speeches/2001/fevrier/2001fev16-zaragoza.pdf>.

gado a salir del territorio, incurriendo en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53.a) de la presente Ley, sin que pueda obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años».

El otro gran condicionante para el acceso al mercado español de trabajo por parte de un trabajador inmigrante asalariado es, como ya hemos dicho, la situación nacional de empleo. De este modo, para la concesión inicial de la autorización para trabajar por cuenta ajena se han de observar los siguientes requisitos:

a) situación nacional de empleo.

b) presentación ineludible por el empresario de acreditación de gestión de la oferta de empleo ante el servicio público de empleo, y que haya concluido con resultado negativo. A este respecto, el servicio público de empleo encargado de la gestión emitirá, en un plazo máximo de quince días, certificación en la que se exprese la inexistencia de demandantes de empleo disponibles para atender la oferta. La autoridad competente para resolver sobre la autorización para trabajar podrá sustituir la exigencia de este certificado individual por una certificación genérica del servicio público de empleo, sobre la inexistencia de trabajadores disponibles para ocupar determinados puestos de trabajo, teniendo en cuenta el resultado de la gestión de ofertas similares en los tres meses anteriores. Dicha certificación tendrá validez durante dos meses.

c) el régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

La reciprocidad —que había sido suprimida en la Ley 4/2000— se reintroduce tras la reforma por Ley 8/2000. En su aplicación, se tendrá en cuenta el conjunto de disposiciones favorables o limitativas a que los españoles sean sometidos en otros países, tanto para permitir o no su acceso al mercado de trabajo como para ejercer su actividad profesional, o respecto de los plazos de vigencia de los permisos iniciales que expidan a los españoles.

d) en zona fronteriza de un estado limítrofe, también se tendrá en cuenta la existencia de trabajadores fronterizos capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa.

Además, para la concesión inicial de la autorización para trabajar, se tomarán en consideración los términos que resulten de las propuestas formuladas por los servicios públicos de empleo; especificando el ámbito sectorial y territorial al que deban restringirse, y complementando las previsiones de mano de obra extranjera que hubieren sido tenidas en cuenta en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros, sin que las autorizaciones que se otorguen por este procedimiento (régimen general) computen a efectos de los citados contingentes.

Al consultar el texto de la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, cuando aún era Anteproyecto, nos causó sorpresa que su artículo catorce señalara la modificación de los apartados 1, 2 y 3 del art. 38 mientras que su artículo primero mencio-

naba al art. 36. La trascendencia del error —subsano cuando pasó a ser Proyecto—, podía ser grande puesto que implicaba la eliminación de la referencia a la situación nacional de empleo que aparece en el párrafo 1 del art. 38 de la norma vigente. Supresión que sería sin duda una auténtica novedad que aproximaría a todos los inmigrantes al principio de igualdad —con los nacionales, comunitarios, asimilados y residentes extranjeros— de cara al acceso inicial al empleo siguiendo la línea reivindicativa contenida en el Convenio OIT n.º 143, aún no ratificado por España⁴⁰. Convenio que, a juicio de M.I. Ramos Quintana⁴¹, viene a poner en tela de juicio la preferencia de la mano de obra nacional, criterio sobre el que se ha erigido la política de extranjería a lo largo del siglo XX, prácticamente, en todos los países del área occidental.

La jurisprudencia española ha tenido que pronunciarse en muy diversas ocasiones sobre el significado y el modo en que la Administración debe valorar la situación nacional de empleo. Nos movemos, al respecto, en el campo de la actuación discrecional administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados.

Cuando se ha cuestionado el uso de esa discrecionalidad, los órganos jurisdiccionales suelen tener presente la doctrina asentada por el Alto Tribunal en sentencia de 10 de febrero de 1984, en la que señaló que aquélla es «el resultado de una libertad decisoria que se produce en el ánimo del órgano resolutorio y decisorio como resultado de un proceso razonado e intelectual en que sin duda habrán de ser valoradas las circunstancias que pueden dar lugar y contribuir a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio»⁴². Ejemplo concreto de su seguimiento lo podemos ver en la reciente sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª de 18 de enero de 2002 en la que se lee:

«(...) en el caso de autos, existe motivación de la Administración en orden a denegar la petición, en el sentido de que la autoridad laboral entiende que la existencia de demandantes de empleo de “peón” en las distintas oficinas de empleo de la provincia de Lleida comportan la existencia de mano de obra en la “zona geográfica” para las que se solicita el permiso conforme establece el artículo 76 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Cuestión distinta es si la misma se ha desenvuelto o no en los parámetros legales constituyendo la interpretación de las circunstancias que obstaculizan la concesión del permiso de trabajo tras la oferta nominativa de empleo. (...)

(...) niega la resolución la pretensión atendiendo a los informes emitidos por las distintas oficinas de empleo de la provincia de Lleida respecto al trabajo de peón agrícola a realizar (...). En la oficina de Lleida existían demandantes de empleo.

⁴⁰ Adoptado el 24 de julio de 1975 por la OIT, con carácter complementario al n.º 97.

⁴¹ M.I. Ramos Quintana, *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 163.

⁴² STS 10 de febrero de 1984 (Ar. 1984, núm. 795).

(...), las cartas dirigidas a ciudadanos españoles perceptores de la prestación por desempleo que se encuentran inscritos como demandantes de empleo en oficinas del INEM obtienen respuesta mínima cuando se han ofertado empleo en el sector agrícola. (...) **no acreditándose de manera razonable que alguno de los inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Lleida estuviesen dispuestos a trasladarse desde sus respectivos municipios (...) y evidenciándose (...) la necesidad de mano de obra en el sector agrícola en la provincia de Lleida, en las fechas a que se refiere el acto impugnado, no resulta ajustada a derecho la denegación sustentada en la existencia de demandantes de empleo en el sector y área geográfica.**» (la negrita es nuestra)⁴³

2.1. Apátridas, indocumentados, refugiados y regularizados

El filtro de la situación nacional de empleo para el acceso inicial al trabajo asalariado tiene, sin embargo, un catálogo amplio de excepciones que vamos a exponer. En primer lugar, cabe señalar a las personas en las que concurre un especial motivo de protección. El art. 34 LOEXIS, habla así de la «residencia de apátridas, indocumentados y refugiados», —aunque las tres situaciones no obtienen idéntico tratamiento puesto que respecto de apátridas y refugiados existe un marco jurídico específico⁴⁴, al que no puede acogerse todo indocumentado—.

El primero de los apartados se refiere a los apátridas. El Ministerio del Interior **reconocerá** la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)⁴⁵. La persona que obtenga el estatuto de apátrida será documentada con una tarjeta acreditativa que le habilitará para realizar actividades laborales, profesionales o mercantiles. En el caso de otros indocumentados, en cambio, el legislador introduce el carácter facultativo a la hora de conceder un documento identificativo y siempre que se verifique la pertinente información, concurren y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. Si consigue superar este cúmulo de exigencias **podrá obtener**, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las dependencias del Ministerio del Interior. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26 (prohibi-

⁴³ Sentencia recogida en la sección Crónicas de jurisprudencia de la *Revista Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre, 2002, p. 150.

⁴⁴ Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 28 de septiembre de 1954 y Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y las Leyes 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo y su normativa de desarrollo.

⁴⁵ En detalle, puede verse, nuestra obra *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Comares, 5.ª ed., Granada, 2002, tablas 73-75, pp. 142-144.

ción de entrada), o se haya dictado contra él una orden de expulsión. Por el momento, la persona inscrita como tal que desee permanecer en España, habrá de solicitar una autorización de residencia temporal por razones humanitarias, a la que se acompañaría una autorización para trabajar (art. 79.1 b) del REXIS en relación con el apartado 3 del art. 41 del mismo cuerpo legal).

Por su parte, el apartado 3 se ocupa de los solicitantes de asilo y señala que la resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado; ésta, conlleva el derecho a residir y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles. Es importante tener en cuenta que la solicitud de asilo debe presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en territorio español. En el caso de que transcurran más de seis meses sin que la solicitud se hubiere resuelto por causas no imputables al interesado, la autorización para trabajar se prorrogará durante el tiempo de vigencia del contrato de trabajo, si se mantienen las circunstancias iniciales, y si se hubiere instado la renovación de su solicitud de asilo.

Finalizada la instrucción, el Ministerio del Interior podrá inadmitir a trámite la solicitud, denegarla o concederla. En los dos primeros casos, la consecuencia inmediata es que la autorización para trabajar pierde validez y se inicia el correspondiente trámite, bien de rechazo en frontera, bien de expulsión, según proceda, con obligación de salida del territorio en el plazo de quince días. Sólo, excepcionalmente, por razones extraordinarias o humanitarias se podría conceder una autorización para residir. Esta posibilidad, sin embargo, es muy difícil que prospere si tenemos en cuenta que existe una enorme precaución en la Administración a adoptar resoluciones que pudieran ser interpretadas como vías rápidas de regularización alimentando el temido «efecto llamada».

También el legislador ha entendido que era preciso no someter a la situación nacional de empleo a algunos de los supuestos retenidos en la norma susceptibles de obtener su regularización al margen de procesos extraordinarios⁴⁶. Nos referimos, en concreto, a las previsiones de regularización permanente asociadas a la situación de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En tales casos no será exigible el visado (art. 31-3 LOEXIS). El desarrollo reglamentario aún vigente prevé que se cuente con una oferta de trabajo. Así se desprende de los supuestos a los que se puede *regularizar* reconociendo la situación de residencia temporal por el procedimiento previsto en el artículo 41.2, b) y c) del reglamento:

⁴⁶ El concepto de regularización extraordinaria se asocia a procesos determinados que encuentran su justificación, principalmente, en la modificación del Derecho de extranjería. Así, por ejemplo, cabe recordar los procesos de regularización llevados a cabo con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985 y, asimismo, recientemente con la entrada en vigor de la Ley 4/2000, su posterior modificación y la entrada en vigor de su reglamento de desarrollo.

- a) Los que hubiesen tenido permiso de residencia y no lo hubieran podido renovar, habiendo permanecido de forma continuada en territorio español durante los dos años anteriores.
- b) Los que acrediten una permanencia continuada, sin permiso de residencia, en territorio español durante un periodo mínimo de cinco años.

Asimismo, se benefician de la excepción los que hubieran gozado de la condición de refugiados durante el año siguiente a la cesación del estatuto, y el que hubiera sido reconocido como apátrida y hubiera perdido tal condición, siempre que se encuentren en territorio nacional y no les sea de aplicación la excepción a la obligación de obtener el permiso de trabajo por encontrarse en el supuesto previsto en el art. 42.1 REXIS: residencia legal y continuada durante cinco años.

En el derecho vigente hasta el 31 de diciembre de 2003, los supuestos se reparten entre los apartados 3, 4 y 7 pero, en realidad, no representan más posibilidades que las recogidas en ese único apartado actual (art. 31-3 LOEXIS). La nueva redacción presenta, en este sentido, mejor técnica jurídica, y ahora queda ver su desarrollo reglamentario, pues, el art. 41 REXIS no es un dechado de claridad⁴⁷.

Otra cuestión importante es la recogida en el art. 36-3 LOEXIS, ya que, de un lado, señala que el extranjero que hubiera sido contratado sin que el empresario hubiera obtenido la pertinente autorización para trabajar, mantendrá la validez de su contrato de trabajo y no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle, y, por otro, apela a las responsabilidades en las que incurre el empleador (incluidas las de la seguridad social y por competencia desleal). Esta situación puede motivar una regularización por la vía del arraigo antes estudiada, y confirma la validación del contrato de trabajo del trabajador irregular⁴⁸. Aunque, hay que tener presente que la contratación de trabajadores extranjeros irregulares se considera una infracción muy grave de orden social según lo dispuesto en el art. 54-1 d) LOEXIS y 134 REXIS.

Esta consideración de la validez del contrato expresada en los anteriores términos supone: obligaciones de afiliación/alta y cotización a la Seguridad Social por el tiempo trabajado, abono de salarios debidos, pago de indemnización si como consecuencia de detectarse la falta de permiso el empresario procede al des-

⁴⁷ Más ampliamente, M.L. Trinidad García «Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre, 2002, pp. 99-112.

⁴⁸ Para conocer la evolución de la doctrina y la jurisprudencia sobre el particular, puede verse, M. I. Ramos Quintana, «Trabajadores inmigrantes asalariados: acceso al mercado de trabajo y protección social». *Situación de la inmigración en Andalucía*. Dir. M.M. Ruiz Castillo. Coord. P. Pumares Fernández y M.L. Trinidad García. Ed. Consejo económico y Social de Andalucía (en prensa); M. Moya Escudero y R. Rueda Valdivia, *op. cit.* pp. 131-144.

pido (acto constitutivo de una condición resolutoria potestativa; es el empresario el obligado a cumplir la obligación de proveerse del permiso), satisfacción de derechos en materia de jornada, descansos, promoción profesional, etc., atribución, en definitiva, de los derechos que al trabajador correspondan ya sea desde el plano legal, convencional o contractual⁴⁹.

2.2. Otras excepciones

Por su parte, el art. 40 LOEXIS recoge los supuestos específicos en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a:

- a) La cobertura de puestos de confianza en las condiciones fijadas reglamentariamente.
- b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con un visado renovado, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que éstos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- c) Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- d) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- e) apátridas (ya referidos)
- f) refugiados (ya referidos)
- g) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- h) Los extranjeros nacidos y residentes en España.
- i) Los hijos o nietos de español de origen.
- j) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la Entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.
- k) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por el procedimiento previsto en el art. 31.3
- l) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país.

⁴⁹ *Ibidem*.

Y no será necesaria la obtención de autorización para trabajar para el ejercicio de las actividades siguientes (art. 41.1 LOEXIS):

- a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las Comunidades autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por los anteriores.
- b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.
- c) El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.
- d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengán a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.
- e) Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa.
- f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.
- g) Los artistas que vengán a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.
- h) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes Iglesias y Confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.
- i) Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales.
- j) Los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.
- k) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la Entidad de Protección de Menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

En el apartado segundo se alude a que «Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para acreditar la excepción. En todo caso, este procedimiento será el mismo tanto para el personal de instituciones públicas como de organismos promovidos o participados mayoritariamente por una Administración pública.» Y, finalmente, el apartado tercero también exime de solicitar la autorización para

trabajar a los extranjeros en situación de residencia permanente establecida en el art. 32 LOEXIS.

2.3. Modalidades y tipos de permisos de trabajo por cuenta ajena

Las modalidades y tipos de permisos para trabajos por cuenta ajena y los requisitos para su concesión y renovación se desarrollan en los arts. 69 y 70 del REXIS. Aunque hemos advertido de forma reiterada la provisionalidad de estos contenidos en tanto que pasados seis meses de la entrada en vigor de la Ley de Extranjería tras su nueva modificación, habrá que hacer un nuevo reglamento, éste es hoy por hoy el derecho vigente. Las principales consideraciones que podemos hacer al respecto parten de la nueva redacción otorgada al art. 36-1 LOEXIS que dice así:

«1. Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa para trabajar.
Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia, extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase, en su caso, el correspondiente visado».

Para la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar (por ahora, permiso tipo b), se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo siendo imperativo que se obtenga informe negativo con certificación individual o genérica del servicio público de empleo. La validez de este permiso es de un año y podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad. Para esta concesión inicial podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad. (Art. 36-4 LOEXIS).

La renovación de la autorización administrativa para trabajar (tipo B renovado), no contempla ya ninguna de las limitaciones retenidas para las concesiones iniciales: no se ve afectada por la situación nacional de empleo, y permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Su duración es de dos años y los presupuestos para su concesión son los siguientes:

- a) Persista o se renueve el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, o se cuente con una nueva oferta de empleo.
- b) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.
- c) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma.
- d) Cuando se solicite el cambio de la modalidad.

Los permisos (autorizaciones) tienen carácter temporal hasta que alcanzan el carácter de permanentes (5 años):

«La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles» (art. 32.1 LOEXIS).

Pero junto a estas modalidades genéricas, hay que señalar también los regímenes especiales en los que se incluye a los estudiantes que pueden ser excepcionalmente autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, siempre que sean compatibles con la realización de los estudios y los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia (art. 33 LOEXIS); los trabajadores de temporada a los que alude el art. 42 LOEXIS (permisos tipo A y T), y constituyen una parte importante de nuestros inmigrantes y, asimismo, los trabajadores transfronterizos y los que realizan una prestación transnacional de servicios (art. 43 LOEXIS).

Esta tipología, en atención a la voluntad de eliminar los permisos manteniendo sólo las diferentes modalidades de visados que comportan, en su caso, la autorización para residir y trabajar, está llamada, como hemos dicho, a desaparecer. Habrá que esperar, por tanto, al desarrollo reglamentario de la Ley 14/2003 para ver como quedan, definitivamente, las nuevas situaciones y los períodos transitorios.

