

Trabajo Fin de Grado

El Trabajo de los Extranjeros en España

Autor

Marien Jeannette Lozano Moreno

Director

Manuel González Labrada

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo
2014

Índice

Introducción	1
Fundamentación	10
Objeto	10
Estructura	10
I. Acceso al empleo de los extranjeros	11
Tipos de visado, duración y renovación	12
Situación regular.....	17
Situación de irregularidad	18
II. Efectos sobre el contrato de trabajo. Derechos laborales del extranjero y derechos fundamentales.....	21
Contrato celebrado a un trabajador en situación regular	21
Validez del contrato de trabajo celebrado a un trabajador en situación de irregularidad	22
Despido de un trabajador en situación de irregularidad	27
Derechos laborales y fundamentales reconocidos	29
Derecho de sindicación.....	32
Derecho de huelga.....	32
III. Protección social	35
a. Protección del trabajador extranjero	43
b. Derechos Sociales	52
c. Poligamia y pensión de viudedad	59
IV. Conclusiones	61
V. Recursos bibliográficos y jurisprudencia empleada	62

Introducción

Desde la entrada en vigor de la Constitución en el año 1978, fueron varios los intentos legislativos que pretendían elaborar una legislación sobre extranjería que regulara la situación jurídica de los extranjeros en nuestro país. Sin embargo, no fue hasta el año 1985 cuando se creó la primera Ley de Extranjería, dicho texto levanto multitud de polémicas acerca de su constitucionalidad.

La sucesora, la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, supuso un gran avance en comparación con la anterior Ley Orgánica de 1985. Como se ha puesto de relieve por la doctrina “Así, de una primera Ley Orgánica 7/85, centrada básicamente en el control policial y en las medidas sancionadoras, que desarrollaba un reducido número de derechos y solo a favor de los extranjeros en situación regular, que no hacía la más mínima referencia a la asistencia sanitaria o al acceso a los servicios sociales, y que no contemplaba la posibilidad de reagrupación familiar; se llega a una norma que, tiene como uno de sus objetivos la integración social de los inmigrantes y como una de sus principales virtudes el reconocimiento de un importante elenco de derechos a todos los extranjeros empadronados, independientemente de su situación” (VIDAL FUEYO, 2011).

A lo largo de los últimos 10 años, la LO 4/2000 ha sufrido importantes reformas:

- LO 8/2000: Muestra la necesidad de reconocimiento de derechos a los extranjeros.¹
- LO 2/2009: Esta reforma introduce modificaciones sustanciales, y cabe destacar dos de los objetivos marcados por dicha reforma, el primero de ellos es “perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales,

¹ Exposición de motivos LO 8/2000: “Las modificaciones introducidas a este Título I de la Ley destacan por la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades. En el apartado 1 del artículo 3 se establece que, como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo” y el segundo “ Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país”²

Después de esta última reforma de 2009, la ley presenta algunas novedades destacables: “la reordenación del acceso por parte de los extranjeros residentes a ayudas públicas en materia de vivienda, la introducción de mayores restricciones al régimen de reagrupación familiar de los ascendientes y el acceso de los menores y de los cónyuges reagrupados al mercado laboral, así como la admisión de la reagrupación familiar de las parejas de hecho, la vinculación de la validez de la autorización de trabajo al alta en la Seguridad Social, la introducción de nuevas infracciones por falsedad en la información del padrón y por reagrupación familiar de hecho, la ampliación del internamiento a 60 días y regulación del regreso voluntario, la regulación del régimen de cooperación y coordinación administrativa y la creación de una base legal mínima para sostener las intervenciones en materia de integración social”³(DAVID MOYA, 2010)

Tras analizar la evolución normativa sobre extranjería en España, cabe destacar los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (INE) y del

² Exposición de motivos 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. Apartado IV.

³ Dr. David Moya, La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería

Foro para la Integración Social de los Inmigrantes acerca de la cantidad de población extranjera que establece su residencia en nuestro país.

➤ Tabla 1: Evolución de la población residente en España con nacionalidad extranjera. Años 2000 a 2013.

Padrón	Población total	Variación	Población de nacionalidad extranjera	Variación
Ene-00	40.499.791		923.879	
Ene-01	41.116.842	617.051	1.370.657	446.778
Ene-02	41.837.894	721.052	1.977.946	607.289
Ene-03	42.717.064	879.170	2.664.168	686.222
Ene-04	43.197.684	480.620	3.034.326	370.158
Ene-05	43.975.375	777.691	3.730.610	696.284
Ene-06	44.708.964	733.589	4.144.466	413.856
Ene-07	45.200.737	491.773	4.519.554	375.088
Ene-08	46.157.822	957.085	5.268.762	749.208
Ene-09	46.745.807	587.985	5.648.671	379.909
Ene-10	47.021.031	275.224	5.747.734	99.063
Ene-11	47.190.493	169.462	5.751.487	3.753
Ene-12	47.265.321	74.828	5.736.258	-15.229
Ene-13	47.059.533	-205.788	5.520.133	-216.125

Fuente: El foro de la integración social de los inmigrantes. Datos provisionales a 1 de enero de 2013.

Desde el año 2000 hasta el año 2013 la población extranjera ha aumentado en 4,596,254 personas. Los aumentos de la población empadronada hasta el año 2008 se pueden atribuir a diferentes razones: la obligación de empadronar a todas las personas, independientemente de su situación administrativa, los procesos de regularización, el acceso a las autorizaciones a través de procedimientos individualizados excepcionales, la reagrupación de familiares por extranjeros ya en situación regular, las sucesivas adhesiones a la Unión Europea y las cifras de residentes rumanos que triplicaron entre diciembre de 2006 y diciembre de 2007.

No cabe duda de que la principal razón para explicar el aumento de población extranjera empadronada se encontraba en la posibilidad de acceder a una empleo, regular o irregular. Sin embargo, a partir del año 2009, cuando la crisis empieza a ser evidente en nuestro país y se hace notar en el mercado

de trabajo, los incrementos de inmigración disminuyen notablemente hasta llegar, por primera vez, a que la población total de España caiga en más de 200.000 personas entre el 1 de enero de 2012 y el 1 de enero de 2013.

La caída de la población extranjera, puede deberse a diversos factores, entre ellos el acceso a la nacionalidad por residencia, el retorno a los países de origen bajo alguno de los programas de retorno o sin el apoyo de los mismos.

➤ Tabla 2: Variación de la población extranjera residente en España durante 2013 según principales nacionalidades

	Población a 1 de enero		Crecimiento anual	
	2014	2013	Absoluto	Relativo (%)
Total extranjeros	4.676.022	5.072.680	-396.658	-7,82
Rumania	730.340	769.608	-39.269	-5,10
Marruecos	714.221	759.273	-45.052	-5,93
Reino Unido	311.774	316.362	-4.588	-1,45
Ecuador	212.970	269.436	-56.466	-20,96
Italia	182.249	181.046	1.203	0,66
Colombia	172.368	223.140	-50.772	-22,75
China	164.555	169.645	-5.091	-3,00
Alemania	149.522	153.432	-3.910	-2,55
Bulgaria	140.206	147.310	-7.104	-4,82
Bolivia	126.421	162.538	-36.117	-22,22
Portugal	109.568	116.431	-6.863	-5,89
Francia	100.448	101.466	-1.018	-1,00
Perú	83.583	109.639	-26.055	-23,76
Ucrania	81.625	84.081	-2.456	-2,92
Argentina	80.910	95.415	-14.504	-15,20

Fuente: INE BASE. Cifras de Población a 1 de julio de 2013. Estadística de Migraciones. Primer semestre de 2013

En el periodo de tiempo que va de enero de 2013 a enero de 2014 es significativo el descenso de la población extranjera en España tanto en régimen comunitario como en régimen general. Es importante señalar que este descenso se produce de manera diferente en los diferentes regímenes, siendo un descenso menos pronunciado en los extranjeros de régimen comunitario⁴,

⁴ Régimen comunitario: Se aplica a los ciudadanos comunitarios -nacionales de países de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

los cuales no superan una bajada del 10%, mientras que los extranjeros de régimen general⁵ superan con facilidad esa cifra, siendo las pérdidas más relevantes la de los residentes de nacionalidad ecuatoriana, colombiana y peruana.

➤ Tabla 3: Retorno

	RETORNO VOLUNTARIO DE ATENCION SOCIAL	RETORNO BENEFICIARIOS AYUDAS AL APRE	RETORNO PRODUCTIVO	TOTAL
2009	4.022	4.365		8.387
2010	2.213	2.176	99	4.488
2011	2.119	2.539	102	4.760
2012	1.556	1.219	97	2.872
TOTAL	9.910	10.299	298	20.507

Fuente: El foro de la integración social de los inmigrantes. A partir de los datos de retorno de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

En España tres son los programas que ofrecen un retorno asistido.

1. El retorno voluntario de atención social para personas en situación de vulnerabilidad (que se comprueba a través de los Servicios Sociales o de las ONG especializadas), y al que pueden acogerse tanto quienes estén en situación administrativa regular como irregular.

2. El abono acumulado de la prestación por desempleo a trabajadores que retornen al país de origen (APRE), que únicamente tiene como destinatarios a personas con una prestación de desempleo

(Islandia, Liechtenstein y Noruega) y de la Confederación Suiza- a los que corresponde un certificado de registro, así como a sus familiares y los familiares de españoles que sean nacionales de terceros países a los que se expide una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

⁵ Régimen General: es el que se aplica a los nacionales de terceros países, salvo que les sea de aplicación el Régimen Comunitario por ser familiares de ciudadanos comunitario

contributiva reconocida y que sean nacionales de países con los que España tenga suscrito convenio bilateral del Seguridad Social⁶.

3. El retorno productivo, dirigido a personas que deseen emprender un proyecto empresarial en su país de origen.

Todos ellos conllevan la obligación de no retorno a España en tres años y la devolución de la autorización en el caso de las personas en situación administrativa regular.

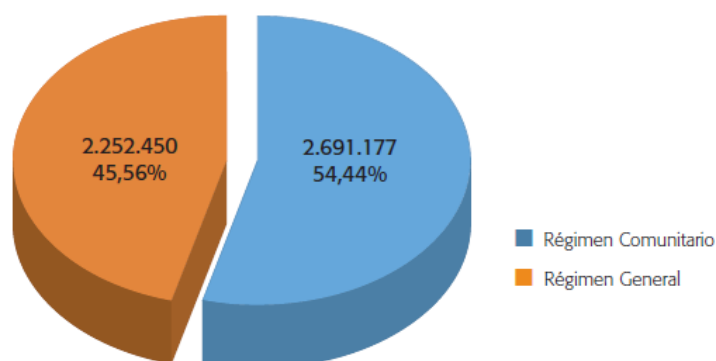
“El retorno, en la actual coyuntura de crisis, se puede afirmar que ha aumentado cuantitativamente respecto del que se venía observando en el anterior ciclo económico, pero no en números tan radicales que vayan a marcar un cambio fundamental de las tendencias de retorno previas. La crisis podría ser un incentivo para que algunas familias decidan el regreso y para que un número significativo de estas lo acabe materializando.

Sin embargo, si atendemos a las cifras oficiales existentes, que si bien señalan una mayor incidencia del retorno no parece que señalen que este sea masivo, y la existencia, secular, de una amplia bolsa de retorno espontáneo del que nada se sabía antes, ni en su magnitud ni en sus perfiles, y poco se sabe ahora, es difícil concluir que la crisis, amén de un factor potenciador de deseos de retorno en el imaginario de los migrantes, sea también el de un factor de efectiva materialización del retorno”⁷

⁶ Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Federación Rusa, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania, Uruguay, Venezuela, El Salvador, República de Corea y República de Cabo Verde.

⁷ Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales, núm. 13, 2012, pp. 239-252

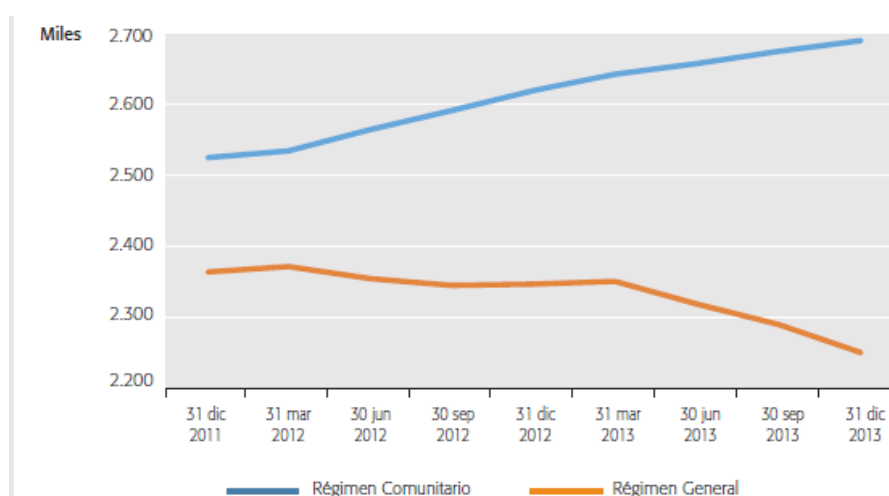
➤ Gráfico 1: Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2013 según el INE.



Fuente: Informe de Extranjeros con Certificado de Registro o Tarjeta de Residencia en Vigor, incluida en el Plan Estadístico Nacional 2013-2016. Septiembre 2013. NIPO: 270-13-031-1.

El número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2013 se sitúa en 4.943.627. Considerando el régimen jurídico de aplicación, 2.691.177 corresponden a Régimen Comunitario, es decir, el 54,44% del total y 2.252.450 a Régimen General, el 45,56%.

➤ Gráfico 2: Evolución del número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor según régimen. Serie 31/12/2011 - 31/12/2013



Fuente: Informe de Extranjeros con Certificado de Registro o Tarjeta de Residencia en Vigor, incluida en el Plan Estadístico Nacional 2013-2016. INE BASE

El número de extranjeros disminuye principalmente debido al acceso a la nacionalidad española. En el último trimestre se ha producido un descenso de 24.489 extranjeros, lo que supone un 0,49% menos. Este descenso afecta principalmente a los extranjeros en Régimen General, en particular a los nacionales de Ecuador, Colombia, Marruecos, Bolivia y Perú. Mientras el colectivo de ciudadanos comunitarios y sus familiares, nacionales de terceros países, ha aumentado en 15.164 ciudadanos, el número de extranjeros en Régimen General ha descendido en 39.653, un 1,73% menos.

Tabla 4: Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Principales nacionalidades. 30/12/2013.

	31-12-2013		Variación (%)	
			Trimestral: Respecto a 30-09-2013	Interanual: Respecto a 31-12-2012
Total	4.943.627	100,00%	-0,49	-0,55
Rumanía	928.217	18,78%	0,40	1,37
Marruecos	785.180	15,89%	-0,76	-0,64
Reino Unido	265.531	5,37%	1,19	4,00
Ecuador	223.570	4,52%	-4,50	-12,80
Italia	205.034	4,15%	1,48	5,30
China	184.196	3,73%	1,07	4,82
Bulgaria	180.117	3,64%	0,50	1,95
Colombia	162.374	3,29%	-5,93	-16,40
Alemania	143.289	2,90%	1,04	3,86
Portugal	140.344	2,84%	0,55	2,85
Bolivia	131.312	2,66%	-4,11	-9,24
Francia	116.610	2,36%	1,60	6,09
Polonia	88.599	1,79%	0,72	3,00
Perú	85.735	1,73%	-5,85	-16,45
Ucrania	80.355	1,63%	0,46	3,37
Resto de países	1.222.116	24,73%	-0,36	0,53
No consta	1.048	—	-0,76	3,46

Fuente: Observatorio Permanente de Inmigración

Los extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor que tienen mayor presencia en España son nacionales de Rumanía, Marruecos y Reino Unido. Entre los tres, suman casi dos millones de extranjeros, lo que supone el 40,04% de los extranjeros residentes. China se posiciona en sexto lugar, con un total de 184.196 extranjeros residentes, habiéndose producido un incremento interanual del 4,82%, es decir, 8.469

chinos más residiendo en España en el último año. Entre las quince nacionalidades con mayor presencia en España, ocho corresponden a países de la UE.

Las variaciones interanuales más significativas se registran en Perú (-16,45%), Colombia (-16,40%), Ecuador (-12,80%) y Bolivia (-9,24%).

Como podemos observar el número de extranjeros que llega hasta nuestro país es muy elevado, y ello sin tener en cuenta el descenso que ha habido en los últimos años a causa de la crisis económica.

La llegada de dicha población implica un aumento de las ofertas de trabajo desde un punto de vista económico, es decir, mayor número de individuos dispuestos a trabajar y a la vez un aumento de población desde un punto de vista demográfico. Estas cifras dejan ver que España es un país destino de flujos migratorios y, por su situación geográfica, también un punto de tránsito hacia otros estados miembros de la Unión Europea, ya que una vez dentro del país no tendrán problemas en cuanto a fronteras se refiere, ya que muchas de ellas han sido eliminadas o reducidas (como veremos más adelante, los países pertenecientes al espacio Schengen).

La gran mayoría de la población que llega hasta nuestro país lo hace con la finalidad de encontrar un futuro mejor para sí mismos y para sus familias, objetivo que esperan alcanzar lanzándose a la aventura, en la mayoría de los casos, llegando a España de turistas o de estudiantes y que una vez finalizado el visado que les permitió la entrada deciden arriesgarse y quedarse de forma irregular, con todos los riesgos y problemas tanto administrativos como sociales que ello implica, por ejemplo a la hora de buscar un trabajo, acudir al médico, pedir un préstamo en el banco, o algo mucho más simple y necesario como puede ser apuntar los hijos al colegio.

Fundamentación

Han sido las cuestiones planteadas en los párrafos anteriores, las que me han llevado a tomar la decisión de elaborar mi trabajo fin de grado sobre el trabajo de los extranjeros en España; es un tema que me preocupa y que me gustaría analizar para conocer aspectos que ignoro y que en algún momento dado puedo necesitar saber, tanto desde un punto de vista profesional como personal, y digo personal porque mi familia es una de las tantas que llegaron a España buscando un futuro mejor, hace aproximadamente 16 años.

Objeto del trabajo

Este trabajo fin de grado tiene como objeto analizar el trabajo de los extranjeros en España, partiendo de las distintas formas de entrada y permanencia, tanto regular como irregular; así como mostrar las consecuencias que se producen y podrían producirse debido a las situaciones que se plantean.

Estructura del Trabajo Fin de Grado

En cuanto a la estructura del trabajo fin de grado, cabe decir que en primer lugar llevaré a cabo una pequeña introducción acerca de la normativa laboral en España y su evolución; junto con datos estadísticos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística y el Observatorio Permanente de Inmigración. A continuación desarrollaré los apartados señalados en el índice que son: Acceso al empleo de los extranjeros, tanto regular como irregular, haciendo referencia también a las distintas formas de entrada al país (permisos de residencia y trabajo); efectos sobre el contrato de trabajo y los derechos laborales y fundamentales del extranjero; protección social de los extranjeros en España, tratando el desempleo y la asistencia sanitaria como puntos principales.

I. Acceso al empleo de los extranjeros

En nuestro marco legislativo existe una amplia gama de normativa dedicada a regularizar y controlar el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo, la cual, muestra un endurecimiento de las reglas instrumentales de entrada y autorización para trabajar en cada una de las reformas que se han llevado a cabo desde la publicación de la primera de 1985.

Para adentrarnos en el análisis del acceso al empleo de los extranjeros es importante que analicemos primero las formas de entrada al país, para a continuación hacer referencia al acceso al empleo de los mismos.

Los nacionales de terceros países, es decir, los no pertenecientes a la Unión Europea, a excepción de los nacionales de países que forman parte del espacio Schengen⁸, solamente pueden entrar, residir y trabajar en España, de forma regular, si cumplen con los procedimientos y requisitos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

Tal y como establece el artículo 25 de la LOEX el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo:

- Por los puestos habilitados al efecto, bien en las fronteras terrestres, en los aeropuertos o en los puertos marítimos.

⁸ En la actualidad, el espacio Schengen está formado por veintiséis países europeos (de los cuales veintidós son Estados miembros de la Unión Europea), entre ellos España. La pertenencia a la zona libre de controles en las fronteras interiores significa que estos países: ya no realizan controles fronterizos en sus fronteras interiores (es decir, en las fronteras entre dos Estados Schengen); han intensificado los controles, que deberán ajustarse a criterios claramente definidos, en sus fronteras exteriores (es decir, las fronteras entre un Estado Schengen y un Estado no perteneciente a Schengen). Por consiguiente, tanto los ciudadanos de la UE como los nacionales de terceros países pueden circular libremente por el espacio Schengen.

- Deben hallarse provistos de la documentación necesaria, valida y en vigor, que acredite la identidad, como es el pasaporte o documento de viaje, así como un visado valido, en los casos en que sea exigible.
- Deben presentar en los puestos habilitados al efecto y siempre que las autoridades lo requieran, los documentos que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, que en función del motivo del viaje pueden ser: billetes de vuelta o circuito turístico, matriculas en centros de enseñanza (en los casos de estudiantes), justificación de alojamiento, invitaciones o programas, etc. Y el cumplimiento de los requisitos de entrada y estancia.
- Acreditar medios de vida suficientes, es decir, disponer de medios económicos para todo el tiempo que pretendan permanecer en España, o estar en condiciones de obtenerlos mediante el trabajo, por cuenta propia o cuenta ajena.
- En función del país de origen les será exigible un certificado sanitario, o el sometimiento a un reconocimiento médico en el momento de la llegada al puesto fronterizo, que demuestre que no se padece ninguna enfermedad con riesgo para la salud pública.

Tipos de visado, duración y renovación

En el apartado bis del artículo 25 de la LOEX se establece el requisito básico que deben cumplir todas las personas (a excepción de los comunitarios de la UE, nacionales de los países pertenecientes al espacio Schengen y 34 estados más, como por ejemplo: Argentina, Mónaco, Estados Unidos, etc.) que quieran entrar en nuestro país, así “Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o, en su caso, en documento aparte”.

Visado 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. Es decir, que los extranjeros únicamente podrán permanecer en territorio español por un periodo no superior a 90 días, transcurrido dicho tiempo si desean seguir permaneciendo en España será preciso que obtengan o una prórroga de estancia o una autorización de residencia. En los casos en que la duración sea inferior a tres meses se podrá prorrogar la estancia que figura en el visado, que en ningún caso podrá ser superior a la estancia máxima establecida, es decir, tres meses en un periodo de seis.

Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.

Como podemos observar está destinado a los extranjeros que desean trasladar su residencia a España sin realizar una actividad económica. Dicho visado les permite vivir en nuestro país por un periodo superior a 90 días pero inferior a 5 años.

Visado de residencia y trabajo, que habilita para la entrada y estancia por un periodo máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para que hubiera sido previamente autorizado. En este tiempo, deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dotara de eficacia la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedara obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en una infracción grave.

Este precepto conforma una especie de autorización administrativa condicionada en cuanto a su plena eficacia jurídica, pues está sometido a una condición inicial en cuanto a los efectos que habilitan para la residencia y trabajo regulares en nuestro país. En este mismo sentido, el artículo 38.3 de la LOEX establece que, una vez “Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya eficacia estará

condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social” (J.A FERNÁNDEZ AVILÉS)

Por consiguiente, aunque de forma previa ya debe existir un contrato de trabajo perfeccionado entre las partes.⁹

Este tipo de autorización tendrá un alcance limitado temporal (un año de duración), geográfico (un ámbito determinado) y funcional (un sector de actividad concreto). Así, la autorización deviene ineficaz por el transcurso del periodo de un año fijado por la norma, también cuando desarrolla la actividad fuera del ámbito geográfico y sector de actividad establecido, puesto que la autorización se concede en atención a las posibilidades de empleo en una demarcación geográfica y sectorial concreta, que de no existir hubieran motivado la no concesión.

Autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, este tipo de autorización de residencia temporal y trabajo la puede obtener un trabajador extranjero (residente fuera de España, lo que implica que una persona en situación irregular “residente” en nuestro país no puede solicitarla) para desempeñar una actividad laboral para la que se requiera contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, con un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable.

Para la obtención de este tipo de autorización, el trabajador tiene que ser nacional de un país no perteneciente a la Unión Europea, además debe cumplir una serie de requisitos, a destacar:

⁹ Artículo 36.4 Ley de Extranjería: “Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización”

- Que la situación nacional de empleo permita la contratación, y lo permite si¹⁰:

- ✓ La ocupación que va a desempeñar el trabajador en la empresa está incluida en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que el Servicio Público de Empleo Estatal publica trimestralmente.

- ✓ La Oficina de Extranjería competente considera que no se ha podido cubrir el puesto de trabajo a tenor del certificado que el Servicio Público de Empleo emite sobre la gestión de la oferta de empleo.

- ✓ La autorización va dirigida a nacionales de Estados con los que España haya suscrito acuerdos internacionales (Chile y Perú).

Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado, no remunerados laboralmente. La duración de dicha estancia será igual a la del curso para el que este matriculado o, en su caso, del trabajo de investigación que desarrolle.

Una vez finalizado el primer año de estudios, si el estudiante desea continuar en España, deberá solicitar una autorización, cuya vigencia coincidirá con la duración del curso que vaya a realizar, de los trabajos de investigación, del intercambio de alumnos, de las prácticas o del servicio de voluntariado. Si el titular demuestra que sigue cumpliendo los requisitos para los que fue concedida la autorización podrá solicitar su prórroga de forma anual.

Cabe destacar de este tipo de autorización, tal y como establece el artículo 33.4 de la LOEX, que los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una

¹⁰Página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/informacioninteres/informacionprocedimientos/Ciudadano snocomunitarios/hoja022/index.html>

actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada. Para que puedan realizar estas actividades lucrativas deberán proveerse de una autorización de trabajo, y cumplir con una serie de requisitos que van dirigidos a compatibilizar la actividad formativa con la laboral. Por ello, los ingresos que obtengan por el trabajo no pueden tener carácter de recurso necesario para su sustento en España, solo podrán obtener autorización para trabajar por cuenta ajena, y el contrato deberá ser formalizado por escrito y únicamente podrá ser a tiempo parcial, salvo que el periodo de prestación de servicios no coincida con los periodos lectivos ni supere los tres meses, en cuyo caso podría ser celebrado a jornada completa.

En este caso, para la concesión de la autorización de trabajo no es necesario el informe previo de los servicios estatales de empleo. Una vez concedida la autorización, será de ámbito nacional, salvo que la actividad coincida con el periodo lectivo, en cuyo caso se limitara al ámbito territorial de residencia del estudiante.

La vigencia de la autorización de trabajo será la del contrato que ha servido de base para su concesión sin que pueda exceder a la del visado de estudios. Y en caso de que caduque la de estancia caducara también la autorización de trabajo concedida. Aunque cabe renovación del visado de estudios siempre y cuando se continúen cumpliendo los requisitos para los que fue concedida inicialmente.

Será causa de extinción de su vigencia el cese en la actividad para la que fue concedido.

Visado de investigación, que habilita al extranjero a permanecer en España para realizar proyectos de investigación en el marco de un convenio de acogida firmado por un organismo de investigación.

Este tipo de visado no permite, en principio, ejercer actividades laborales. Pero tal y como establece el artículo 90 del Reglamento de Extranjería (REX) se admite la posibilidad de trabajar a estudiantes e

investigadores, estableciendo para ello una regulación única con el inconveniente, en este caso, de estar eminentemente dirigida a la figura del estudiante. Así, se admitiría trabajar al investigador, previa petición de la autorización para ello y de acuerdo con el 50 del REX la prestación debe ser compatible con el desarrollo del proceso de investigación y los ingresos obtenidos no pueden ser el recurso necesario para el sustento o la estancia del investigador. La duración del contrato será la de duración de la autorización, además debe ser realizado a tiempo parcial salvo que se acredite compatibilidad de los estudios con otra modalidad de contrato. La autorización se circunscribe al ámbito geográfico en el que el investigador va a realizar dicha investigación para la que obtuvo la autorización inicial.

A modo de resumen, según la Ley y el Reglamento de Extranjería vigentes, el extranjero se encuentra en nuestro país básicamente en una de estas tres situaciones:

1. Estancia: hasta los 90 días
2. Residencia temporal: más de 90 días y menos de cinco años
3. Residencia de larga duración: situación que se puede alcanzar una vez finalizada la residencia temporal máxima, es decir, tras 5 años.

a. Situación regular

En situación regular estará aquel extranjero cuya situación sea reconducible a alguna de las previstas en la normativa referida con anterioridad (bien por contar con visado de permanencia temporal, con autorización de residencia temporal o definitiva, con autorización de trabajo, etc.).

b. Situación de irregularidad

Como ya se ha dicho con anterioridad en España existen diferentes permisos de residencia temporal para entrar o para permanecer de manera legal sin embargo, en la práctica, la mayoría de las personas con un proyecto migratorio hacia España utiliza las vías de hecho para después intentar regularizar su situación. Generalmente las personas en situación irregular intentan desde el inicio normalizar su situación administrativa para, una vez cumplidos los requisitos exigidos por la normativa, iniciar los trámites administrativos para su regularización.

Hasta hace poco tiempo se consideraba que existía un proceso lineal de migración en el que de un estado de irregularidad inicial se pasaba a una situación de regularidad posterior acogiéndose a alguno de los diferentes mecanismos de regularización (colectivo o individual). Sin embargo, la llamada "irregularidad sobrevenida", por la que una persona habiendo vivido durante años en situación regular pasa a estar de nuevo en la irregularidad, se ha agudizado debido a la crisis económica. La irregularidad sobrevenida supone reiniciar el proyecto migratorio desde cero cuando se posee ya un proyecto vital en España. Además, dicha irregularidad se transmite a su vez a los familiares si éstos no han obtenido un permiso independiente.

Las razones que llevan a una situación de irregularidad son variadas y a menudo se dan a la vez. Algunas de las causas que pueden resultar en una situación de irregularidad pueden ser:

- Personas que entran legalmente en España y que llegado el momento de renovación no prorrogan su autorización de estancia ni obtienen una autorización de residencia. El grueso de las personas que se encuentran en situación irregular en España ha llegado en avión u otros medios de transporte pasando por puestos fronterizos con o sin visado y no ha vuelto a su país de origen cuando agotaron el periodo de estancia legal previsto, generalmente los tres meses como turista.
- Personas que han trabajado de forma regular pero que debido a la situación socioeconómica no consiguen acceder a la

renovación de una autorización previa, ya que se ven en la necesidad de acreditar un tiempo mínimo de cotización y presentar un contrato laboral que no tienen.

- Personas cuya solicitud de protección internacional o de apátrida es denegada. Las personas a las que se les notifica la inadmisión o denegación de su solicitud de asilo, protección internacional o apátrida pasan a estar en situación irregular. En los últimos años se vienen rechazando en torno al 70- 80 % de las solicitudes de protección¹¹ . Comparativamente, el número de solicitantes de asilo en España son muy inferiores a las de otros países de la Unión Europea¹².

- Personas, que habiendo residido en España como menores de edad, cumplen la mayoría de edad. Tanto el menor acompañado cuyos progenitores o tutores legales no sean residentes legales como el joven no acompañado tutelado por una Comunidad Autónoma que no pueda acreditar medios o contar con una oferta de trabajo permanecerán o pasarán a situación de irregularidad al alcanzar la mayoría de edad salvo que se reúnan los requisitos legales para obtener la residencia por otros motivos (por adquisición de nacionalidad o residencia de larga duración por ejemplo).

- Extranjeros sujetos al Régimen Comunitario que no acreditan trabajar o contar con medios económicos suficientes: A partir de 2012, siguiendo la literalidad de la Directiva europea 2004/38/CE, los extranjeros comunitarios o del Espacio Económico Europeo y los familiares de terceros países a los que les es de aplicación este régimen, han de acreditar medios económicos suficientes y contar con un seguro médico para ser considerados regulares a partir de los tres meses de estancia.

- Personas que entran en territorio español sin visado o autorización a través de puestos fronterizos no habilitados al efecto. Las

¹¹ Dirección General de Política Interior, Subdirección General de Asilo (Oficina de Asilo y Refugio), Asilo en cifras 2012 y 2011.

¹²http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-QA-14-003/EN/KSQA-14-003PDF

personas que entran de forma irregular en España bien por vía marítima en embarcaciones precarias o saltando la valla de Ceuta y Melilla¹³ y las personas que vienen de otros países de Europa por vía terrestre se encuentran en España en situación irregular.¹⁴

- Las personas que carecen de pasaporte se encuentran en situación de irregularidad, ya que este documento es indispensable para la realización de cualquier trámite administrativo. La figura de la cédula de inscripción sirve para suplir esa carencia, sin embargo, en la práctica es difícil de obtener y algunas personas se convierten en “indocumentados crónicos” por causas ajenas a su voluntad (por inexistencia de Embajada o Consulado en España, porque el país de origen no expide pasaportes en el extranjero o requiere de su presencia para la gestión, por la fragilidad del Estado, etc.).

- Personas con antecedentes penales en país de origen o en España: Las personas con antecedentes penales sin cancelar ven imposibilitada la obtención de un permiso inicial así como dificultada la renovación de un permiso anterior. En el caso de que esta persona continúe en el país, la reinserción social se complica y su supervivencia y la de sus familiares se convierte en un desafío cotidiano. Entre las personas extranjeras con antecedentes penales en España se incluyen casos de delitos asociados a la pobreza o a la imposibilidad de trabajar legalmente.

El incumplimiento de los requisitos administrativos de residencia y estancia no convierten al extranjero en un sujeto carente de derechos mientras se hallan en dicha situación, en la medida en que la falta de los requisitos exigidos para acceder a la residencia legal en España “no permite al legislador

¹³ En lo que va de año son 16000 inmigrantes los que han intentado entrar por la valla de Ceuta y Melilla. (www.lavanguardia.com/sucesos)

¹⁴ El número de entradas por la frontera sur alcanzó un máximo de 39.180 en el año 2006 reduciéndose considerablemente los años posteriores hasta alcanzar un mínimo histórico de 3.237 entradas en 2013.

privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de personas.”¹⁵ Éste es el valor que otorga el Tribunal Constitucional a las autorizaciones administrativas de que deben hallarse provistos los extranjeros al objeto de enmarcar adecuadamente el catálogo de derechos, así como el contenido de los mismos, que según la Constitución corresponden a los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular. Paralelamente a lo manifestado con respecto a las autorizaciones de residencia ha de deducirse que la falta de autorizaciones para trabajar no puede privar al extranjero de los derechos que la Constitución permite extenderles en su condición de trabajadores.

II. Efectos sobre el contrato de trabajo. Derechos laborales del extranjero y derechos fundamentales

1. Contrato celebrado a un trabajador en situación regular.

El artículo 3 de la LOEX establece el principio de equiparación de los extranjeros y españoles, y así viene a decir que “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

El artículo 10 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX), supone un pleno reconocimiento para los extranjeros que cumplan los requisitos previstos en la misma y en las disposiciones de desarrollo. Así establece que “tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

¹⁵ STC 236/2007, FJ 4

Es claro, pues, que los extranjeros en situación de regularidad pueden trabajar en los mismos términos que los españoles, siempre que dispongan, en los casos exigidos, de la correspondiente autorización.

2. Validez del contrato de trabajo celebrado a un trabajador en situación de irregularidad.

Para abordar este apartado considero necesario partir del artículo 36.5 de la Ley de Extranjería y a continuación llevar a cabo un análisis de dicho apartado partiendo de sentencias dictadas por los tribunales acerca de los aspectos más relevantes que en este artículo se establecen. Así en primer lugar cabe hacer referencia al contenido de la LOEX: “La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidara el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

Para el Tribunal Constitucional, la situación de legalidad en España, es decir, estar en posesión de la pertinente autorización de residencia y trabajo es una exigencia “para la celebración válida de un contrato de trabajo” y “en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal del trabajador”. Es decir, que afecta a la validez del contrato establecida en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores.

La doctrina había considerado que el contrato de trabajo celebrado sin las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia convertían el contrato en nulo, conforme el código civil, concretamente los artículos 6.3 y 1275, según los cuales “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un

efecto distinto para el caso de contravención". Además, el 1275 establece que "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral". Debiéndose entender todo lo anterior como una ampliación al contenido del artículo 9.2 del Estatuto de los trabajadores que establece que en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado la remuneración que en su caso le corresponda a un contrato celebrado de forma válida. La razón de ser de todo ello, es que no se puede producir un enriquecimiento injusto por parte del empresario, ya que aunque se declarara la nulidad del contrato de trabajo, el trabajador ya habría prestado sus servicios y por decirlo de alguna forma habría dado sus frutos al empresario.

Sin embargo, sentencias del Tribunal Supremo, en su interpretación del artículo 36.5 de la LOEX, consideran que un contrato de trabajo celebrado sin las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia no lo convierte en nulo de pleno derecho. Así, lo establecieron en sucesivas sentencias de los años 2003 y 2006¹⁶ "el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada ley (LOEX) un contrato nulo". Además afirma que "el legislador ha relativizado los efectos de lo que sería una nulidad absoluta por infracción de una norma imperativa", para concluir que, "cuando la carencia de la autorización no es debida a un incumplimiento por parte del empleador sino una actuación dolosa del trabajador (Referida a la suplantación de un trabajador extranjero regular por otro en situación irregular), desaparece el condicionante relativizador del artículo 36.5 LOEX".

Pese a las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, se sigue manteniendo la nulidad del contrato, cuando ha sido celebrado con un trabajador en situación de irregularidad, ya que vulnera normas imperativas o prohibitivas (artículo 6.3 CC), pues todas las normas relativas al visado, autorización, entrada en territorio nacional y alta en seguridad social, son imperativas, de derecho necesario, del Derecho de Extranjería y su

¹⁶ SSTs (Social) 9-6-2003, 29-9-2003, 7-10-2003, 11-10-2006: el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley (LOEX) un contrato nulo. Con matizaciones STS 21-1-2010.

incumplimiento conlleva que el contrato de trabajo sea nulo, aunque dicha nulidad, tras la LOEX, sea relativa y no total.

La normativa de extranjería, condiciona la eficacia de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, “a que el extranjero, solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social” (artículo 38.3 de la LOEX), es decir, que condiciona la eficacia de dicha autorización mediante tres cuestiones: 1. Que el extranjero obtenga el visado; 2. De facto, es decir, que entre en España de hecho; 3. Que se produzca su alta en la Seguridad Social – aunque el artículo 70.7 del Reglamento de Extranjería somete esta eficacia a una única condición, “el alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena”-, debiendo comprobar la Entidad Gestora del sistema de Seguridad Social, en cada caso, “la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad” (artículo 36.2 LOEX); alta que deberá producirse en el plazo de tres meses, desde la entrada y comienzo de la actividad, transcurrido el cual, si no se produce, el extranjero quedara obligado a salir de España, incurriendo, en caso contrario, en la infracción del artículo 53.1.a de la LOEX, que establece que es una infracción grave “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”. Todos estos preceptos nombrados con anterioridad son imperativos de derecho necesario.

Este carácter imperativo de las normas sobre extranjería deriva de que “la autorización administrativa constituye el requisito fundamental y previo para que el extranjero no comunitario entre en España”, dándose con esta exigencia cumplimiento al objetivo central de la normativa de extranjería, que no es otro que el control de entrada y permanencia de los extranjeros en

España¹⁷, de tal manera que los contratos celebrados sin las autorizaciones correspondientes infringen las normas que establecen que solo pueden trabajar en España por cuenta ajena los extranjeros que son poseedores del permiso de trabajo, determinando, su carencia, la nulidad del contrato debido al carácter esencial del requisito exigido. "Además para cierto sector doctrinal dicha carencia no solo afecta a la validez del contrato sino también a la capacidad de contratar establecida en el artículo 7 del ET¹⁸.

Aunque se sostenga que el contrato de trabajo es nulo, esto ha de entenderse "dentro de sus justos límites, porque no es lícito al intérprete considerar el negocio nulo como si fuese un hecho que no se ha realizado; la regla solo significa que el negocio no produce ninguno de los efectos que el ordenamiento jurídico establece para este tipo. Pero el negocio nulo es susceptible de producir otros efectos indirectos como son la responsabilidad por daños o perjuicios o incluso los mismos efectos negociales, como si fuese valido"¹⁹, lo que acontece con el artículo 9.2 del ET, según el cual el trabajador podrá exigir, por el trabajo que hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato valido, junto con el artículo 36.5 de la LOEX, que establece que " La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá

¹⁷ MONTOYA MELGAR, A.: "El empleo ilegal de inmigrantes" Madrid 2007, Cuadernos Civitas, pág. 60.

¹⁸ NAVARRO AMARO, S: "Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular" en "Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la UE", Ediciones Laborum, pág. 49.

¹⁹ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil" Volumen II, novena edición, Madrid 2002, Tecnos, pág. 138.

obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero". En especial, las derivadas de accidente de trabajo en aplicación del Convenio núm. 19 de la OIT²⁰, así como para el reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios que pudieran exigirse al empresario que de ocupación al extranjero no residente o irregular; responsabilidad empresarial –"no a título de prestación pública, sino con alcance indemnizatorio"- que sería, "directa a su exclusivo cargo y sin obligación alguna de las entidades gestoras o colaboradoras"²¹, indemnizaciones, tal y como establece la Sentencia Tribunal Supremo, sala de lo Social de 18/03/2008 "siempre y cuando la ausencia de requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de seguridad social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría un carácter indemnizatorio"; además, en sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Contencioso Administrativo (2/12/1998), dicto este tribunal que "la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo".

Como señala el voto particular formulado a la STS (Social) 21/1/2010, "el contrato del extranjero irregular es nulo y no debe continuar ejecutándose". La finalidad de la norma consiste en garantizar que, prestado ya de hecho el trabajo y habiéndose apropiado el empleador de los frutos del mismo, no debe quedar el trabajador extranjero privado de los derechos que le corresponden en función del trabajo prestado, aunque este sea irregular y ello en atención a que ya no es posible el efecto de restitución que establece el artículo 1303 del Código Civil. Es una garantía similar a la que establece el artículo 9.2 del ET,

²⁰ SSTs (Social) 9/06/2003 (reconocimiento del derecho a asistencia sanitaria e incapacidad temporal) y 7/10/2003 (reconocimiento del derecho a una prestación por incapacidad permanente absoluta).

²¹ STS (Social) 12/11/2008 y STS (Social) 18/03/2008 "siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría...un carácter indemnizatorio".

pero de mayor alcance, ya que no se limita solamente al salario, sino que puede alcanzar a las indemnizaciones y, en determinadas condiciones, a las prestaciones en Seguridad Social.

En resumen, se considera, que la expresión “respecto a los derechos del trabajador extranjero del artículo 36.5 de la LOEX se refiere:

- A los salarios dejados de percibir. Artículo 9.2 ET
- A las indemnizaciones que procedan por la responsabilidad del empresario
- A determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social

En los demás supuestos, serán los órganos judiciales quienes tendrán que interpretar, en que se concretan estos derechos y la forma en que se pueden ejercer y/o ejecutar.

2.1 Despido de trabajadores en situación irregular

El contrato de trabajo celebrado a un trabajador extranjero que no cuenta con autorización administrativa, no impide el ejercicio de la acción de despido. Tampoco la expiración del permiso de trabajo tiene virtualidad resolutoria del contrato de trabajo, de manera que no cabe configurarla como causa legitimadora de la extinción de la relación laboral, o lo que es lo mismo, la extinción amparada en la expiración del permiso debe conducir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET²², a declarar la improcedencia del despido.

²² Artículo 55.4 del ET: “El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustará a lo establecido en el apartado 1 de este artículo”.

Sin embargo, distinta es la posición mantenida respecto de los efectos de la calificación del despido. Así, mientras algunas sentencias sostienen que la readmisión del extranjero es la sanción que procede cuando el despido es calificado de nulo²³ o improcedente²⁴; otro sector de la doctrina de suplicación entiende que en caso de improcedencia del despido no cabe la readmisión²⁵.

Es difícil resolver como se va a readmitir a un trabajador que sigue estando en situación irregular, salvo que los jueces obliguen a la Administración a que conceda la autorización de residencia y trabajo, supuesto no contemplado en la LOEX. La conclusión más aceptable es que, aunque se reconozca el derecho al trabajador a accionar contra el despido y, caso de ser declarado improcedente, incluso nulo, no cabría la readmisión y solo procedería la indemnización.

Y se llega a esta conclusión, ya que según declara el Tribunal Supremo, "la interpretación del artículo 36.3 de la LOEX en su inciso final "no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero", "pues no es lo mismo carecer de autorización para trabajar, que tenerla concedida pero suspendida en su eficacia, ni tampoco es lo mismo que esa falta de autorización sea debida a incumplimiento empresarial que a un incumplimiento del trabajador", no es lo mismo tampoco hallarnos ante una renovación de autorización que ante una nueva solicitud inicial; como tampoco, bajo mi punto de vista, lo es el caso de los empresarios que utilizan mano de obra extranjera con el fin de eludir la normativa laboral privando a sus trabajadores de sus derechos y sometiendo a un trato inhumano, convirtiéndolos así en una víctima de la trata de seres humanos; ni tampoco lo es cuando estamos ante un empresario que garantiza los derechos laborales del trabajador extranjero, que quiere regularizar su

²³ STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2002, AS 1993

²⁴ STSJM Madrid de 10 de mayo de 2005, AS 1533

²⁵ SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de junio de 2005, AS 10150; y de 11 de mayo de 2004, AS 3336.

situación, pero no puedo porque éste no venía previamente contratado en origen.

3. Derechos laborales y fundamentales reconocidos.

Para el estudio de los derechos colectivos de los extranjeros, debemos partir en primer lugar del artículo 13 de la Constitución Española referido a la clasificación y "reinterpretación"²⁶ de los derechos y libertades de los extranjeros, para analizar a continuación "los derechos de sindicación y huelga que son los derechos laborales colectivos por excelencia".²⁷

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, comienza reinterpretando la clasificación de los derechos que sobre el artículo 13 de la Constitución había elaborado la jurisprudencia constitucional desde su sentencia 107/84, de 23 de noviembre²⁸ para de esta forma establecer una doctrina general sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros que afectara directamente al enjuiciamiento sobre el artículo 11.1 de la LOEX referido a la sindicación.

²⁶ Nos encontramos "no ante la completa superación pero si ante una reformulación más matizada de la clasificación tripartito de derechos que establecía la STC 107/84" pues la sentencia introduce "precisiones que en cierta medida alteran y difuminan los perfiles de las tres categorías de derechos que la doctrina constitucional tradicional había aquilatado", CAVAS MARTINEZ, F.: "Los derechos sociales de los extranjeros sin papeles en España (I)" comentario de la STS 236/2007, de 7 de noviembre en "Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social", Tomo XXV, 2007, Thomson Civitas, ref. 1470, págs., 409 y 421

²⁷ "Aunque la sentencia 236/2007 analiza los derechos de reunión, asociación y sindicación, y la sentencia 259/2007 el de huelga, dado que los derechos laborales colectivos por excelencia son los de sindicación y huelga..." ALONSO OLEA, B. pág.32

²⁸ Sentencia 107/84, de 23 de noviembre- 1.-Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; 2.- Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; 3.- Derechos que pertenecían o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Esta doctrina, contenida en los fundamentos jurídicos 3º y 4º, es la siguiente:

1. “Nuestro ordenamiento no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional. En concreto de la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el título I...” Dicha sentencia afirma a continuación que para la determinación de dichos derechos debe acudir a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en el título I, “dado que el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado” (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ4).

2. A partir de aquí, retoma la clasificación elaborada en la STS 107/1984 y redefine la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros, distinguiendo los siguientes:

a. Derechos que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”. Se trata de derechos que pertenecen a las personas independientemente de la situación en que se encuentren, se erige pues a la “dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”.

Como tales derechos, señala y recoge de sentencias anteriores: “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica”²⁹, el “derecho a la tutela judicial efectiva”, el “derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita”³⁰, “el derecho a la libertad y a la seguridad”³¹, “el derecho

²⁹ STC 107/1984, de 23 de febrero, fto.jco.4.

³⁰ STC 99/1985, de 30 de septiembre, fto.jco.2.

³¹ STC 115/1987, fto. jco. 1; 144/1990, de 26 de septiembre, fto.jco.5

a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”³².

Se trata pues, de derechos fundamentales que van unidos a la personalidad, derechos de “carácter absoluto y esgrimirles *erga omnes*”³³, siendo “irrelevante tanto la nacionalidad como la legalidad o ilegalidad de la estancia en España del extranjero”³⁴.

b. Derechos, cuya titularidad, “la constitución reconoce directamente a los extranjeros, en concreto los derechos de reunión y asociación”. Aunque sí que el legislador puede de alguna forma modularlos estableciendo condicionantes nunca puede llegar a negarles dichos derechos.

c. “Derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En este caso, el legislador puede modular dichos derechos basándose en la nacionalidad de los extranjeros aunque de forma restringida, pues el artículo 13 de la CE autoriza al legislador a establecer “restricciones” y “limitaciones”, siempre que no afecten, en cuanto a la titularidad, a derechos que sean imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados internacionales suscritos por España.

³² STC 137/2000, de 29 de mayo, fto. jco. 1

³³ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L.M: “sistema de derechos fundamentales”, segunda edición, 2005, Thomson Civitas págs. 39 y 40

³⁴ ABARCA JUNCO, P, ALONSO-OLEA GARCIA, B., LACRUZ LOPEZ, J.M., MARTIN DÉGANO, I., VARGAS GOMEZ-URRUTIA, M.: “Inmigración y extranjería: Régimen jurídico básico”, cuarta edición, 2010, ED.: Colex, pág. 33

3.1 El derecho de sindicación

El derecho de sindicación fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, ya que la redacción dada por la LOEX 8/2000 decía “los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. Dicho precepto fue declarado inconstitucional por la Sentencia 236/2007.

En la actual LOEX la libertad sindical se recoge en el artículo 11.1 y establece que: “Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”.

En cuanto a la titularidad del ejercicio la jurisprudencia ha vinculado el derecho de libertad sindical a todos los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico formal y a “todos” los sindicatos, entendiéndose de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los Tratados internacionales entre los cuales se encuentran el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, que en su artículo 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos. Siendo así, “no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque sí que lo sea para la celebración válida del contrato de trabajo, y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico – formal de trabajador”.

3.2 El derecho de huelga

El ejercicio del derecho de huelga, al igual que el derecho de sindicación, establecido en la LOEX 8/2000 estaba condicionado a que los extranjeros se encontraran en situación de legalidad en España. Dicho precepto fue llevado

por la Junta de Andalucía, mediante un recurso de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional.

Para el Tribunal Constitucional “la dicción literal del artículo 28.2 de la CE no realiza distinción alguna en cuanto a los sujetos titulares del derecho y tampoco lo hace el Real Decreto-ley 17/1997, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sino que, coherentemente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos”. Aplicando su doctrina sobre la caracterización material del trabajador “no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros” y en interpretación del artículo 36.5 de la LOEX considera que los derechos de sindicación y huelga “no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino solo por el hecho de ser trabajador”; en consecuencia declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar”³⁵

En cuanto al ejercicio del derecho nada dice la sentencia, a diferencia del ejercicio de derecho de sindicación que puede ser verse limitado por condiciones específicas.

En relación a la reclasificación que en su día realizó el Tribunal Constitucional sobre la titularidad y ejercicio de los derechos, el de huelga pasaría, a ser un derecho que “corresponde a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”.³⁶

³⁵ Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «cuando estén autorizados a trabajar» del art. 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre

³⁶ STS 236/2007 Fto jco. 3

Pese a llegar a la conclusión de que los extranjeros en situación irregular tienen derecho a huelga, los interrogantes que se plantearon en el momento de dictar sentencia y años después no son pocos, así nos encontramos con que para el Abogado del Estado era “un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga” porque “los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco a trabajar válidamente”³⁷. Lo cual fue respondido por el Tribunal Constitucional afirmando que “no resulta absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De esta forma la norma aquí controvertida no garantiza la debida protección de intereses que, a través del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, se tratan de satisfacer”³⁸.

³⁷ Antecedente 6.d

³⁸ Por la doctrina se dice también que no resulta absurdo “como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho (el de huelga) a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma”, GARCIA NINET, J.I.: “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los sin papeles”, ob. Cit., pág. 10. En el mismo sentido, “el derecho aquí cuestionado, entre otros fines, podría contribuir a permitir que los trabajadores extranjeros pudieran articular la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa”, RAMOS QUINTANA, M.I.: “Derechos de los extranjeros en situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente”, ob. Cit., pág. 36.

III. La protección social de los extranjeros en España

- a. Protección del trabajador extranjero
 - Situación Regular
 - Situación Irregular
- b. Derechos Sociales
 - Desempleo y exportación
 - Asistencia Sanitaria
- c. Poligamia y pensión de viudedad

Para analizar la protección social de los trabajadores extranjeros en España debemos partir de lo establecido en los convenios Internacionales, más concretamente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este organismo internacional dependiente de Naciones Unidas entiende que es imprescindible el derecho a la seguridad social para mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores. Así han ido adoptando a lo largo del tiempo medidas que van dirigidas a luchar contra el desempleo, proteger a los trabajadores de enfermedades y accidentes comunes o profesionales y amparándolos en situaciones de vejez e invalidez.

La OIT ha señalado que la Seguridad Social es “la protección que proporciona la sociedad a sus miembros mediante una serie de medidas públicas para: compensar la inexistencia o una reducción radical de los ingresos del trabajo a causa de diferentes eventualidades (en particular enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, desempleo, invalidez, vejez y muerte del sostén de la familia; proporcionar asistencia médica y facilitar prestaciones a las familias con hijos” ³⁹

Los principios esenciales implantados por la OIT como de Derecho Internacional son: la igualdad de trato y el principio de conservación de derecho de los trabajadores extranjeros, además de la colaboración entre las administraciones. Este principio supone la necesidad de que el trabajador

³⁹ Organización Internacional del Trabajo, 2000, P.32

extranjero conserve las prestaciones que ha generado y puedan ser exportadas a su país de origen (C. CARRERO DOMINGUEZ).

En el ámbito jurisprudencial español, el Tribunal Constitucional ha venido definiendo el principio de igualdad de trato (STC 95/2000) al establecer que los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades garantizadas en el Título I de la CE, aunque en los términos que se establezcan en los Tratados y la Ley. No se puede producir una desconstitucionalización de los extranjeros. De tal forma que deben gozar de los mismos derechos que los nacionales en condiciones plenamente equiparables, en especial de aquellos derechos que afectan a la persona en cuanto y tal y que son indispensables para su desarrollo y para garantizar su dignidad.

Convenios Bilaterales

Por otro lado no podemos olvidar los convenios bilaterales, que surgen para proteger a efectos de la seguridad social a los trabajadores pertenecientes a países no comunitarios.

La seguridad social que deriva de estos convenios es un conjunto de normas entre Estados que tiene como finalidad proteger a los trabajadores extranjeros para que sus prestaciones sociales y derechos no se vean menoscabados al cambiar su lugar de residencia. Ello no implica que los convenios alteren las legislaciones estatales pero sí que las coordinan, de tal manera que existan unas reglas de protección social conectadas y comunes.

No obstante, los convenios bilaterales deben respetar el contenido de los convenios internacionales cuando los Estados que los suscriben pertenecen a dichas organizaciones internacionales.

Debemos tener en cuenta que los convenios solo afectan a un colectivo restrictivo de trabajadores, lo que provoca que existan multitud de convenios bilaterales con distintas reglas y por tanto diferente alcance.

Se puede destacar que los convenios bilaterales tienen un contenido mínimo más o menos común en todos ellos. Así y a modo de ejemplo se puede señalar (SÁNCHEZ CARRION, 2003, pp. 17 y ss.).

- Los convenios establecen la ley del lugar de prestación de servicios como reguladora de las relaciones de seguridad social.
- En todos ellos se abandona el criterio de nacionalidad como discriminador del acceso a los derechos de protección social.
- Se admite la conservación de los derechos en vías de adquisición así como la posible totalización de los mismos y la prorrata por el periodo transcurrido de residencia del país que se abandona por el trabajador. Sin embargo, en algunos convenios se mantiene la regla del cumplimiento de los requisitos internos para tener acceso a las prestaciones.
- Los convenios pueden o no establecer los criterios para el acceso a las prestaciones.

Podemos afirmar que la normativa internacional está contribuyendo a que los trabajadores extranjeros extracomunitarios vayan teniendo un régimen de protección social poco a poco mejor (C. CARRERO DOMÍNGUEZ 2010, pg. 54). Al menos para los trabajadores en situación regular, es decir, con permiso de residencia o de trabajo, donde se les reconocen plenamente todos sus derechos y se les concede un trato igualitario en materia de seguridad social.

Repaso de la evolución de la protección social de los extranjeros: antes y después de la aprobación de la LOEX.

Con anterioridad a la LOEX, podían existir solicitudes de afiliación y de alta sin reunir el trabajador extranjero los requisitos exigidos para el acceso al Sistema de Seguridad Social (básicamente, la carencia de autorización de trabajo), e incluso podían ser aceptadas de forma positiva, pero que, detectada la situación, provocaban una baja de oficio por parte de la TGSS y la declaración de la falta de efectos de las eventuales cotizaciones que hubieran

podido realizarse. En consecuencia, el trabajador extranjero se consideraba un trabajador externo al Sistema de Seguridad Social, cuya adscripción al mismo era jurídicamente imposible y el dato sobre su prestación laboral resultaba irrelevante.

Desde el punto de vista de la protección social, sólo se contaba con un apoyo normativo para que el trabajador extranjero irregular pudiera obtener prestaciones del Sistema de Seguridad Social, en situaciones concretas como son las contingencias derivadas de la actualización de riesgos profesionales. Sólo el Convenio nº 19 de la OIT de 1925, de igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de accidentes de trabajo atribuía a los trabajadores en situación irregular, sobre la base de la igualdad de trato, el derecho a recibir prestaciones del Sistema de protección social equivalentes a las de los trabajadores en situación regular o nacionales; y ello aunque el trabajador no hubiera sido encuadrado en el sistema ni se hubieran producido cotizaciones en relación con su prestación laboral.

Posteriormente, tuvo lugar un giro jurisprudencial a partir de varias sentencias que afirmaban que ante supuestos en los que no se produzca ni alta ni afiliación, la obligación de cotizar persiste puesto que, de acuerdo con el artículo 106.1 de la LGSS, el nacimiento de esta obligación se produce a partir del inicio de la prestación laboral y por tanto es independiente de los actos de encuadramiento.

Otra parte de la doctrina, sin embargo (entre ellas la opinión de la TGSS), se oponen a la existencia de esa obligación de cotizar por encima de la irregularidad laboral del trabajador, afirmando que, puesto que la autorización de trabajo es necesaria para la afiliación/alta del trabajador, los actos de encuadramiento realizados sin el cumplimiento de estos requisitos previos (la regularidad laboral) son nulos, reponiéndose la situación al momento anterior a su realización; de esta forma, las cuotas ingresadas son ineficaces, deben devolverse y no pueden justificar ninguna reclamación en el terreno de las prestaciones.

En definitiva, se afirma que en estos supuestos la relación del trabajador extranjero irregular con la Seguridad Social no ha llegado a originarse en ningún momento. Y todo ello basado en el artículo 6 del RD 84/1996: "La afiliación al Sistema de la Seguridad Social, a efectos de los derechos y obligaciones en su modalidad contributiva, es obligatoria para todas las personas comprendidas en el campo de aplicación del mismo {...}". Y en el caso de los trabajadores extranjeros irregulares, considera la TGSS que no puede decirse que estén comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social; siendo irrelevante el hecho de la prestación laboral.

Ante esta situación de incertidumbre acerca del alcance de las obligaciones de afiliación/alta y de cotización respecto de trabajadores extranjeros irregulares y de contradicción entre el criterio judicial y el administrativo (de la TGSS), se produce la transformación legal en que consiste la LOEX y que cambia el panorama de la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros irregulares (M. NAVAS-PAREJO ALONSO, 2010).

Con la aprobación de la LOEX, se introduce un esquema de reconocimiento de derechos al extranjero pese a su situación irregular. Se evoluciona hacia una previsión más desarrollada, a partir de la LO 14/2003. De esta forma, en su versión original, el que entonces era artículo 33.3 LOEX establecía: "Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidara el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Posteriormente, este apartado fue modificado estableciéndose que: "Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidara el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero". Interpretando la doctrina que dicho artículo es aplicable tanto a

los supuestos en que el trabajador carece de autorización para trabajar como cuando carece también de residencia legal (DE LA VILLA GIL, 2005).

En este sentido, se cuestiona la interpretación de los términos “no invalidará” y “derechos del trabajador extranjero”. En cuanto al primero, se rechaza la idea de considerar válido el contrato de trabajo, pues ello conllevaría la pérdida de contenido de la exigencia del permiso de trabajo, siendo así que la propia LOEX no contiene ninguna declaración de plena validez del contrato (RODRÍGUEZ CARDO, 2009). De la misma forma, tampoco es posible establecer su nulidad, debido a los derechos que se le atribuyen al trabajador. En cuanto al segundo, se mantiene la incertidumbre del nivel de derechos a que hace referencia la norma (TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2003).

Pero es a partir de la LO 14/2003 cuando la situación cambia. En primer lugar, se produce una nueva redacción del art. 36.3 LOEX que establece que la falta de autorización para trabajar no conlleva la nulidad del contrato y que el trabajador tiene derecho a las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponderle, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades del empresario incluidas las de Seguridad Social. Una nueva redacción de nuevo modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dando lugar al artículo 36.5 LOEX que incorpora limitaciones en cuanto al tipo de prestaciones a que el trabajador tiene derecho.

Por lo que se refiere a la nulidad del contrato, la doctrina lo ha interpretado en varios sentidos (MORENO PUEYO, 2004): bien como una nulidad absoluta pero con mantenimiento de efectos (FERNANDO ORRICO, 2002); bien como una nulidad parcial; bien como validez del contrato (LÓPEZ CUMBRE, 2005).

Los Tribunales afirman que el artículo 36 LOEX implica la no nulidad del contrato de trabajo, aunque no dicen expresamente que éste sea válido, manteniéndose aun las opiniones doctrinales anteriores relativas a la eficacia

del contrato⁴⁰, aunque no dicen expresamente que éste sea válido, manteniéndose aun las opiniones doctrinales anteriores. Se plantea entonces si la validez de la prestación laboral determina la inclusión del trabajador en el Sistema de Seguridad Social (MORENO PUEYO, 2004).

Se plantea así, si la falta de afiliación/alta o una irregularidad en la misma se puede considerar que equivale a una inclusión indirecta en el Sistema, anulándose la necesidad de los actos de encuadramiento y adquiriendo, por tanto, el hecho de la prestación laboral el papel de elemento determinante del acceso al Sistema, teniendo más fuerza que los propios actos de encuadramiento.

En primer lugar, existe una teoría que aboga por interpretar que el artículo 36.5 LOEX "aporta una suficiente base jurídica" (DE LA VILLA GIL, 2005), para que el trabajador extranjero pueda solicitar la afiliación y/o alta. Esta es la opción más universalista y solidaria de todas las posibles.

La segunda de las interpretaciones es la del INSS que aboga por interpretar la expresión como un supuesto peculiar de alta de pleno derecho (meter una nota al pie con la definición de la página 187). Esto conllevaría la obligación del empresario y del trabajador de proceder al pago de las cotizaciones correspondientes y se otorga al trabajador extranjero irregular un trato similar al de los nacionales y regulares en los casos de las contingencias profesionales.

Esta última interpretación abre una nueva polémica, acerca de si el régimen aplicable al extranjero irregular solo se reduce a las contingencias profesionales, como sucede en el caso de cualquier trabajador nacional, o también comprende las contingencias comunes. Ante esto el INSS afirma, que lo que se quiere expresar es que, a efectos de generar el derecho a las prestaciones y de establecer responsabilidades empresariales por ellas, la situación del trabajador extranjero irregular es semejante a la de un nacional o extranjero regular que no ha sido dado de alta y debería haberse hecho.

⁴⁰ STS de 9 de junio y de 29 de septiembre de 2003 (Tol 477031) y Rec. nº 3003/2002 respectivamente.

En definitiva, lo que late detrás de estos planteamientos es la cuestión de si la autorización para trabajar, es "condición legal de la capacidad del extranjero para prestar servicios en nuestro país, y en consecuencia, para estar incluido en el campo de aplicación del Sistema, primando en la doctrina y en los pronunciamientos judiciales la respuesta negativa, es decir, optando por la plena eficacia del contrato a pesar de que falte la autorización para trabajar."⁴¹

Los actos de encuadramiento como determinantes de la regularidad del trabajador extranjero

Es importante tener en cuenta lo que ocurre cuando el empresario no da de alta al trabajador en el tiempo oportuno.

Se encuentra una previsión en el artículo 51.14 RELOEX, por la cual si un trabajador posee autorización de residencia y trabajo e, iniciando una prestación de servicios, su empresario no solicita en el plazo de un mes desde su entrada en España la afiliación y/o alta en el Sistema de Seguridad Social, es posible que la autoridad competente resuelva la extinción de la autorización temporal de trabajo convirtiéndose el trabajador en irregular (IGARTUA MIRO, 2005).

La justificación que aporta el RELOEX se encuentra en su artículo 75.2.c, de acuerdo con el cual se entiende que han desaparecido las circunstancias que sirvieron de base para la concesión de la autorización.

Quizá este problema se solventa relativamente con la posibilidad que tiene cualquier trabajador de instar el alta y la afiliación en la Seguridad Social por el mismo. Aunque hay que plantearse en qué momento debe hacerse. De acuerdo con la doctrina, este momento es aquel de iniciación de la prestación de servicios o cualquier momento posterior a la constatación del incumplimiento por el empresario (MARTINEZ LUCAS, 1996). Pero la duda persiste pues la cuestión es que la constatación del incumplimiento del

⁴¹ Real Decreto 1041/2005

empresario es en realidad patente una vez pasado dicho mes, y dicho plazo es precisamente aquel que determina la irregularidad del trabajador.

Otro supuesto, es cuando el trabajador es residente legal, pero no posee autorización para trabajar porque el empresario no la ha solicitado. En este caso el trabajador no puede hacerlo por él, como si puede hacerlo en el caso del encuadramiento de la Seguridad Social. Para darle solución a este supuesto debemos tener en cuenta lo establecido por la doctrina, así establece que “si es el empresario al que incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero de conformidad con el artículo 36 en la versión dada por la LO 14/2003, no cabe hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse del hecho de que el empresario bien no haya solicitado la autorización, bien se le haya denegado por causas inherentes a la persona del empresario, como, por ejemplo, haber sido sancionado anteriormente por ocupar trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo” (MARTINEZ FONS, 2006)

Un supuesto relacionado con el anterior, es el referido a si el incumplimiento de la obligación de cotizar por parte del empresario es determinante de la imposibilidad de renovar la autorización para trabajar del extranjero irregular. En este sentido, de acuerdo con el artículo 54.6 RELOEX: “Los descubiertos en la cotización de la Seguridad Social no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la inspección de trabajo y seguridad social la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan”. En este caso el acto de cotización no es determinante de la irregularidad del trabajador (VALENZUELA BLANCO, 2008)

a. Protección del trabajador extranjero

En el ámbito de la seguridad social son de aplicación a los ciudadanos extranjeros en **situación regular**, de un lado, las normas previstas en la LOEX y la LGSS, con sus disposiciones de desarrollo respectivas, de otro lado,

las establecidas en los tratados y convenios internacionales suscritos por España, de modo bilateral con otro estado y de modo multilateral con diversos países, bien directamente con ellos o promovidos por organismos e instituciones internacionales con competencias normativas.

La LOEX en su artículo 10 establece la regla de equiparación plena entre los ciudadanos españoles y los extranjeros en situación regular, al disponer que “los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tiene derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”. Y, específicamente, en su artículo 14.1 que “los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.

En relación con el brazo contributivo de la Seguridad Social, esa regla de equiparación establecida por la LOEX coincide con la establecida en la LGSS que prevé, en el artículo 7.1, que se incorporaran, “en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos...” se cumplan de forma simultánea los requisitos exigidos por la ley para ostentar la condición de sujeto protegido por el Sistema español de la Seguridad Social.

En relación al brazo no contributivo el artículo 7.3 de la LGSS establece que “estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de prestaciones de modalidad no contributivo, todos los españoles residentes en el territorio nacional”, por lo que podría deducirse que estarían exentos los ciudadanos que no sean españoles, sin embargo en el artículo 7.5 de la misma norma introduce excepciones que permiten equiparar, a estos efectos, a ciudadanos de determinadas nacionalidades a los españoles. En primer lugar, se equiparan a los españoles los ciudadanos nacionales de países con los que España tiene un especial

vínculo por razones históricas o de proximidad geográfica, por ejemplo Portugal e Hispanoamérica. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de que los ciudadanos nacionales de otros estados puedan acceder a las prestaciones de la modalidad no contributiva en atención a lo que dispongan los tratados y convenios internacionales celebrados entre España y esos Estados. En último lugar se contempla la equiparación a los españoles de los ciudadanos nacionales de países con los que España aplique el principio de reciprocidad tacita o expresamente reconocida (Posibilidad de coordinar legislaciones de distintos niveles de protección en función del país de que se trate).

Con ellos, las excepciones a la exigencia del requisito de la nacionalidad española son tan extensas que permiten la equiparación entre españoles y una amplia gama de nacionalidades. En cualquier caso, el artículo 14 de la LOEX incorpora la equiparación plena al disponer que “los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles”.

Si tenemos en cuenta los convenios aprobados por España, normalmente recogen la regla de la equiparación plena y en ocasiones lo supera, en el sentido de que establece condiciones más beneficiosas para los extranjeros que se desplazan a nuestro país por razones profesionales, sobre la base de la conservación del acuerdo bilateral que pueda existir entre España y su país de origen. No obstante, la regla de equiparación plena juega desde el punto de vista prestacional pero, no impide que la normativa de Seguridad Social, interna e internacional, introduzca condiciones para la incorporación de los trabajadores no nacionales al Sistema español.

En cuanto a la inclusión de los extranjeros regulares, en cualquiera de los regímenes en que se estructura el Sistema de Seguridad Social es preceptivo que anteriormente haya obtenido la autorización administrativa previa para residir y trabajar, que se concederán conjuntamente, salvo algunas excepciones (Art. 36.1 de la LOEX). Asimismo, la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial está condicionada al alta del trabajador en el sistema de Seguridad Social, correspondiendo a la TGSS la comprobación de la autorización administrativa previa a residir y trabajar.

Así pues, el empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero debe solicitar con anterioridad la autorización de residencia y trabajo, acompañando a la solicitud, en todo caso, el contrato de trabajo del que se pueda deducir que se garantiza una actividad continuada del trabajador durante el periodo de vigencia de la autorización (Art. 36.4. LOEX). Una vez concedida la autorización, el trabajador extranjero debe estar provisto del visado de residencia y trabajo, que le habilita para la entrada y residencia por un periodo máximo de tres meses y para el comienzo en ese plazo de la actividad laboral para la que haya sido concedida la autorización. En dicho plazo debe producirse el alta del trabajador en el Sistema de Seguridad Social. Si transcurre este plazo de tres meses, a contar desde el momento de entrada del extranjero en España, y no se produce el alta en la Seguridad Social, debe salir de España, incurriendo, sino lo hace en la infracción tipificada como grave, la cual podría conllevar una multa de entre 501 a 10000 €, o en lugar de esta sanción económica, por aplicación del principio de proporcionalidad, la expulsión del territorio nacional, que conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. No obstante la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente (arts. 53.1 a, art 55.1.b y 57.1.3 y 4 de la LOEX).

Protección del trabajador en situación irregular

En este caso estamos ante un extranjero que es contratado fácticamente por un empresario, pero no reúne los requisitos formales y documentales exigidos por la legislación, laboral y de extranjería, para poder trabajar regularmente y, en consecuencia, encuentra dificultades para poder ser afiliado o dado de alta en el Sistema de la Seguridad Social. Puesto que la obtención de autorización para trabajar consiste en un trámite que debe realizar el empresario, su carencia puede conllevar distintos supuestos:

- Solicitud de afiliación y alta sin cumplimiento de los requisitos exigidos, ya sea porque el trabajador no posee autorización para

trabajar o residencia legal; en ambos casos, la afiliación y alta se consideran nulas (MERCADER UGUINA, 2003, p.1145). Un caso diferente es aquel en que la autorización que posee el trabajador se refiere a un ámbito de actividad profesional (tipo o sector) que no se corresponde con la prestación laboral efectivamente desempeñada (MONTROYA MELGAR, 2007)

- Desarrollo de la prestación laboral sin solicitud de afiliación ni alta
- Desarrollo de la prestación laboral sin solicitud de afiliación ni alta, pero posterior regularización de la situación tras el acceso por el extranjero a la situación regular.

Derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales

A tenor de la normativa interna de Seguridad Social, las situaciones de irregularidad se proyectan, en primer lugar, en el ámbito subjetivo del sistema español (artículo 7.1º LGSS). En segundo lugar, la irregularidad se proyecta también en el terreno del encuadramiento del trabajador extranjero irregular o ámbito concreto-formal de formalización de la relación de protección con el Sistema de Seguridad Social, de modo que la situación de irregularidad enerva la posibilidad de proceder a la afiliación al sistema y/o al alta en el régimen de que se trate. Como conclusión de la interacción de esas dos proyecciones, el extranjero en situación de irregularidad no podría ser beneficiario de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, dado que no cumple los requisitos generales de acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS). Así, a priori, la situación de irregularidad provocaría, como efecto perverso mayor, la desprotección del trabajador extranjero irregular (M^a G. QUINTERO LIMA, 2010).

En la actualidad, en el nivel contributivo del Sistema español de Seguridad Social y tras la evolución normativa que ha sufrido el artículo 7.1 LGSS, entre los requisitos de inclusión en dicho nivel, el de la nacionalidad ha

quedado relegado a un segundo plano, erigiéndose como preponderante el elemento de la profesionalidad. De modo que, en el caso de la protección por contingencias profesionales, se pueda mantener que lo relevante sea la existencia material de una prestación de servicios.

En definitiva, en la base de la cuestión de si a los trabajadores extranjeros irregulares el Sistema español de Seguridad Social les debe otorgar la pertinente protección por contingencias profesionales, se encuentra la reflexión acerca de si los extranjeros pueden estar o no dentro del Sistema de Seguridad Social. Porque en definitiva, los mecanismos de protección de las contingencias profesionales son elementos protectores del sistema. Pero los trabajadores irregulares están aparentemente fuera del Sistema; de ahí que, pudiera, en principio resultar dudoso que se les pudiera aplicar esos mecanismos de ampliación de la protección en caso de contingencias profesionales. Porque, según algunos sectores doctrinales, sería erróneo equiparar al trabajador extranjero en situación irregular con los trabajadores nacionales o con los extranjeros regulares (CEINOS, 2006), ni siquiera cuando, su empleador ha incumplido las obligaciones esenciales en materia de encuadramiento y cotización, pese a estar evidentemente incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social (M^a GEMA QUINTERO LIMA, 2010).

Como punto de partida, debemos considerar lo establecido en el artículo 33 LOEX, en su redacción del año 2000, que estableció la no nulidad radical y absoluta del contrato de trabajo celebrado sin la correspondiente autorización administrativa. En un momento posterior a la entrada en vigor de la LO 4/2000 se entendió que, en definitiva, en el artículo 33 LOEX se contenía una excepción legal art 6.3 CC, pero que no podía ser interpretada de un modo extensivo para permitir el acceso a las prestaciones de Seguridad Social (RUIZ Y MUÑOS, 2001).

El debate establecido hasta entonces, quedo superado por la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En efecto, se estableció que los

efectos prestacionales derivados de contingencias profesionales se extienden a los supuestos de ausencia de autorización de residencia y trabajo (apartado 5 del nuevo artículo 36).⁴²

En consecuencia, las normas legales (el art. 36.3 LOEX en su redacción de 2000) y reglamentarias que excluían del campo de aplicación al trabajador extranjero irregular se reformaron para asumir la doctrina jurisprudencial. Así, el art. 42 del Real Decreto 84/1996, de 18 de enero, por el que aprueba el Reglamento de inscripción, altas, bajas y variaciones de datos, se reformó por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, y vino a precisar el ámbito prestacional al que podría entenderse referida la apertura interpretativa y la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social. Ámbito que se precisó en torno a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedades profesionales. En esa nueva redacción, quedó establecido que "...Los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio nº 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se consideraran incluidos en el Sistema español de Seguridad Social y en alta en el Régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

Acto seguido, se dedicaba un segundo párrafo del mismo apartado para establecer que los extranjeros que trabajasen en España sin la correspondiente autorización no estarán incluidos en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de

⁴² Sentencia del TS (SALA 4) de 7 de octubre de 2003 Rº nº 2153/2002 de casación para la unificación de doctrina, revocando la sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de abril de 2002, en la que se denegaba una prestación derivada de AT a un trabajador extranjero que carecía de permiso de residencia y de trabajo, sobre la base de que se hallaba fuera del Sistema público contributivo de la Seguridad Social).

determinadas prestaciones. En efecto lo que el artículo 42.2 establece es lo siguiente:

- Que, a efectos de la afiliación y el alta, los extranjeros regulares se equiparan a los españoles y sus actos de encuadramiento tendrán los mismos efectos jurídicos
- Que, al margen de esta regla general, cuando se trata de trabajadores irregulares, y solo a efectos de las prestaciones de origen profesional, se consideraran incluidos y en alta en el Sistema español de Seguridad Social, con la misma eficacia que el alta presunta o de pleno derecho del artículo 125.3 LGSS.

El nuevo apartado 36 de la LOEX establece que “La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”. De esta manera, aparentemente, se solucionan dos grandes interrogantes. De una parte, se definen las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social; y, junto a ellas, la obligación de las entidades gestoras y colaboradoras de anticipar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, sin perjuicio de las responsabilidades empresariales.

Contingencias comunes

El artículo 14 LOEX, en relación con el 30 bis LOEX, llega a la conclusión que el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social (14.1 LOEX) solo están reconocidas a los extranjeros residentes, mientras que los extranjeros en

situación irregular solo tienen derecho a los “servicios y prestaciones sociales básicas” (STS (Social) 18/03/2008) previstos en el artículo 14.3 LOEX.

Por ello la interpretación del artículo 36.3 en su inciso final “ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle” debe conducir a conclusiones distintas, en función de cual sea la situación del trabajador extranjero”, de tal manera que:

- “Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de seguridad social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex artículo 14.1 LOEX, en pie de igualdad con los trabajadores españoles”
- “Si por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener las prestaciones...ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 sólo a los extranjeros residentes, sino los servicios y prestaciones sociales básicas”.

El argumento empleado por el Tribunal Supremo para extraer las conclusiones anteriores es que, “desde la perspectiva finalista de la LOEX, no es lógico que el extranjero en situación irregular, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de Seguridad Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el art. 14 de la misma LOEX, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer que tienen los mismos derechos que los extranjeros residentes cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal”.

La sentencia (18/03/2008) también aclara que, si bien en sentencias anteriores el propio Tribunal, en base al artículo 36.3 LOEX, ha reconocido a los extranjeros en situación irregular el derecho a determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social, única y exclusivamente ha sido en el caso de que tales prestaciones derivaran de contingencias profesionales, y siempre

a condición de que los afectados pertenezcan a países que hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT o bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad.

b. Derechos sociales

• Desempleo y exportación

La protección por desempleo es un eje central de la acción protectora del derecho a la Seguridad Social, que viene a situarse en el eje de los derechos sociales propios de un Estado Social y de la ciudadanía social correlativa al status de trabajador, incluso con independencia de la nacionalidad o de su concreta situación administrativa (FERNÁNDEZ, 2012).

En este sentido, el art. 36.3 de la LOEX 4/2000, (inicialmente art. 33.3), ha sido uno de los preceptos más cuestionados, de hecho, ha sido modificado en las sucesivas reformas de los textos legales de extranjería: en la LO 8/2000, de 22 de diciembre, en la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y finalmente, en la vigente LO 2/2009, de 11 de diciembre.

Según el Tribunal Constitucional, el derecho a percibir la prestación por desempleo en igualdad con los trabajadores españoles depende “de que por ley o por tratado internacional aplicable ese derecho le esté atribuido como a los españoles, porque en tal supuesto le alcanzarán, como a éstos, los beneficios del régimen público de Seguridad Social, a los que se refiere el artículo 41 de la Constitución Española⁴³. La relevancia constitucional, pues, del derecho invocado está subordinada a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si no existiera, no sería exigible la igualdad de trato”.

⁴³ Artículo 41 CE: Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Este mismo planteamiento es el que argumenta el Tribunal Supremo, en dos sentencias, las SSTs (Social) 18/3/2008 y 12/11/2008. La sentencia de 18/3/2008 efectúa un análisis pormenorizado de los tratados internacionales y de la ley interna (la LOEX). De los tratados, tiene en cuenta el 19 y 97 de la OIT, el primero sobre igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo, diciendo que “regula exclusivamente dicha materia y no contiene previsión alguna sobre desempleo”; el segundo, relativo a los trabajadores migrantes, señalando que “el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social queda reservado solamente a los emigrantes que se encuentren legalmente en el país”.

En cuanto a la ley interna, la sentencia del TS dice expresamente que la inclusión en la LOEX del artículo 36.3 (actualmente 36.5) “no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación por desempleo que reclama”⁴⁴; y ello, en base a los siguientes fundamentos:

- No existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen y porque la LOEX tampoco prevé ese derecho, “es más, la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEX que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España”
- La Ley General de la Seguridad Social “ha establecido para su reconocimiento...una serie de requisitos que en ningún caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular”, a saber:
 - ✓ Solo se otorga el derecho al desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo (artículo 203.1 LGSS) y los “extranjeros no residentes no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta,

⁴⁴ La sentencia trata del hipotético derecho de un trabajador extranjero irregular (tanto laboral como por carencia de autorización de residencia) a las prestaciones contributivas por desempleo, derivadas de la pérdida de un empleo irregular como consecuencia de un despido, calificado de improcedente.

solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, o bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen.

✓ La solicitud requiere la inscripción como demandante de empleo (artículo 209 LGSS), y “es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción”

✓ Es necesario acreditar “disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad” (artículo 207.c LGSS) y dada “la situación de irregularidad y mientras esta persista, no puede suscribir dicho compromiso...puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Declara asimismo, a efectos de exigencia de responsabilidades, “que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico de mano de obra de las que trata el artículo 59 LO 4/2000, puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y sólo responsabilidad del propio extranjero “no residente”, que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria”.

Como conclusión, se puede decir que el Tribunal Supremo da un tratamiento más favorable, a los residentes legales ignorando la misma norma (art. 207 LGSS) a la que recurre para negar el derecho a los irregulares plenos. Una conclusión que da sentido a la dicción, algo limitada, sobre todo del artículo 42.2 RD 84/1996, que abre el derecho solo a “determinadas prestaciones”; lo que excluiría a la particular de desempleo debido a la conexión que existe entre prestación y autorización para trabajar. Por este motivo, la nueva versión del artículo 36.3 (ahora 36.5) LOEX se cierra con la exclusión del derecho a las prestaciones por desempleo de los extranjeros que

carezcan tanto del permiso de residencia como de trabajo, sin ofrecer tratamiento preferente a los extranjeros con permiso de residencia aunque sin autorización para trabajar. Este artículo establece: “En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”. Una dicción legal que rechaza la tesis sostenida anteriormente por la Sentencia de 18 de marzo de 2008; porque no puede deducirse de esta frase sino forzosamente que si el extranjero tiene autorización de residencia si podrá solicitar dichas prestaciones. Aquí la exigencia de las dos autorizaciones es acumulativa; por lo que, faltando una tampoco se podrá acceder a la prestación por desempleo (S. GONZÁLEZ ORTEGA, 2010)

Distinto a todo lo anterior es el caso en el que un trabajador extranjero en situación regular desea volver a su país de origen. Para ello existe el Plan de Retorno Voluntario, que establece el pago anticipado o acumulado de la prestación contributiva de desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen. La cuantía será el importe equivalente a la prestación contributiva por desempleo que el trabajador o la trabajadora tuviera reconocida, o la cantidad que le quedara por recibir, si ya estaba percibiendo la prestación.

Pueden beneficiarse de dicho plan, los trabajadores y las trabajadoras extranjero/as no comunitarios que sean nacionales de alguno de los 20 países con los que España tiene suscrito un convenio bilateral en materia de Seguridad Social, que son: Andorra, Chile, Filipinas, República Dominicana, Argentina, Colombia, Marruecos, Túnez, Australia, Ecuador, México, Ucrania, Brasil, Estados Unidos, Paraguay, Uruguay, Canadá, Federación Rusa, Perú, Venezuela.

El pago se realiza, el 40% del total del pago se realizará en España, una vez reconocido el derecho, y el 60% en el país de origen.

Una vez transcurrido un periodo de tres años, los trabajadores podrán solicitar la autorización para trabajar y residir en España. Y, de igual modo, tendrán derecho preferente para incorporarse al contingente anual de trabajadores extranjeros no comunitarios. Las personas que se acojan al

retorno voluntario y que posteriormente regresen a España, con autorización de trabajo y residencia recuperarán su condición anterior como residentes temporales o permanentes. Pueden además solicitar ayuda para el billete de retorno, previo cumplimiento de una serie de requisitos.

- **Asistencia sanitaria**

La reforma sanitaria producida con la aprobación del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones ha supuesto un cambio de tendencia en la protección de la salud de los extranjeros no comunitarios en España. Con la nueva norma, se han modificado los requisitos que deben acreditar los extranjeros para poder obtener asistencia sanitaria. Actualmente, para acceder al Sistema público de Salud español, en régimen de igualdad con los españoles, los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea y familiares, y que son nacionales de Estados Terceros, deberán demostrar que son residentes en España, es decir, que tienen en vigor una autorización de residencia expedida por las autoridades españolas.

La medida adoptada supone una ruptura del modelo legal vigente hasta la reforma dado que el legislador anterior optaba por reconocer el acceso a la asistencia sanitaria básica a los extranjeros sin residencia legal pero que estuvieran empadronados en el municipio donde residían habitualmente. Cumpliendo esta formalidad administrativa, todos los extranjeros tenían reconocido aquel derecho en las mismas condiciones que los españoles, siempre que careciesen de recursos económicos suficientes.

El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros se encuentra regulado en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicho precepto desarrolla el derecho a la protección de la salud contenido en el art. 43 CE, refiriéndose a la asistencia sanitaria prestada por el Sistema Nacional de Salud y no al derecho a la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, ya que el mismo no aparece conectado con el desempeño de

una actividad laboral. Y es que la LOEX establece una doble configuración del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: por una parte, como prestación del sistema de Seguridad Social, pensada para la población extranjera que desempeña una actividad profesional, y recogido en el art.14 LOEX, y por otra, como medida de protección aplicable a los extranjeros en general y vinculada al sistema nacional de Salud (art. 12 LOEX). Dicho tratamiento diferenciado no significa que la asistencia sanitaria se haya desvinculado totalmente del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, lo único que la población extranjera que reside de forma legal en España y trabaja por cuenta ajena o por cuenta propia queda encuadrada en el sistema y se beneficia de su acción protectora, donde se cuenta con la asistencia sanitaria [art. 38.1.a) TRLGSS] (J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, 2012)

Se ha optado, de este modo, por dar una nueva redacción al art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, haciendo pivotar el título jurídico que da derecho a la asistencia sanitaria sobre la condición de asegurado, para lo cual el extranjero deberá encontrarse en alguno de los supuestos siguientes:

- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta
- b) Tener la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social
- c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo
- d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 Ley 16/2003). Se modifica,

igualmente, el art. 12 LOEX a través de la Disposición Final Tercera del RD-Ley 16/2012, indicando que los extranjeros tendrán derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación sanitaria vigente.

Por lo demás, conforme al nuevo art. 3 ter (Asistencia sanitaria en situaciones especiales) de la Ley 16/2003, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

- a. De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa, hasta su situación de alta médica. Es un derecho que comprende tanto la asistencia de urgencia inicial, como la continuidad de la misma hasta la situación de alta médica, no el alta hospitalaria.
- b. De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia en las mismas condiciones que los españoles.

Hasta aquí en una u otra situación, los inmigrantes irregulares tendrían un reconocimiento -pleno o limitado- del derecho a la asistencia sanitaria. El problema radica en el tratamiento que el nuevo modelo legal da a los inmigrantes irregulares que, no siendo menores de edad ni mujeres embarazadas, no hayan sufrido una enfermedad grave o un accidente. En la versión anterior del art. 12 LOEX bastaba el empadronamiento para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria básica, pública y gratuita. Quedaban igualmente desprotegidos aquellos extranjeros indocumentados no empadronados. En la actualidad el requisito de la residencia legal para alcanzar la condición de asegurado es un criterio excluyente que obliga al inmigrante irregular a acudir a la vía prevista en el art. 3.5 Ley 16/2003 para acceder a los servicios públicos de salud, ya sea mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. O, utilizar los servicios de urgencias cuando se de una enfermedad grave o tenga lugar un accidente.

Resumen de las pensiones no contributivas del sistema de SS en relación con los extranjeros extracomunitarios irregulares.

La residencia legal se convierte a partir de la LOEX en el requisito básico para el acceso a las prestaciones no contributivas del sistema de seguridad social. De esta manera, el art. 14.1 LOEX deroga tácitamente el art. 7.5 LGSS (centrado en la nacionalidad como elemento básico), que queda completamente desplazado.

Así pues, la residencia legal en España constituye la exigencia principal para su acceso; por razones relacionadas con el principio de solidaridad que inspira estas prestaciones (financiadas vía impuestos) y cuya expresión se limita a quienes, mediante el cumplimiento de la exigencia de residencia, forman parte de la comunidad en la que esa solidaridad se manifiesta. Tan relevante es la residencia como factor de vinculación subjetiva con el nivel no contributivo del Sistema que generalmente no basta con residir en el momento de la solicitud, sino que además debe ser permanente como característica previa. Una exigencia de territorialidad que se explica como fenómeno de protección frente a las posibles migraciones de población marginal a la búsqueda de prestaciones de esta naturaleza mediante la acentuación del requisito de residencia (ALARCON CARACUEL y GONZALEZ ORTEGA, 1991).

c. Poligamia y pensión de viudedad

El aumento del número de inmigrantes que prestan servicios en nuestro país, en algunos casos procedentes de culturas muy diferentes, ha llevado a cuestionarse la incidencia que la poligamia puede tener en materia de prestaciones de seguridad social, en concreto sobre la pensión de viudedad. En efecto, y pese a que la poligamia es una institución prohibida y tipificada como delito en el ordenamiento jurídico español (Artículo 217 Código Penal, 46.2 y 73.2 del Código Civil), se han planteado en la práctica reclamaciones que han recibido respuestas contradictorias desde la doctrina de los tribunales. Así, mientras que la STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 (AS 2003, 3049) mantiene que, a efectos de la Ley española, únicamente merece la consideración de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto

niega la pensión a ulteriores cónyuges, aun en el supuesto de que la segunda esposa hubiera convivido con el fallecido, al no considerar válido su matrimonio por razones de orden público, la STSJ Galicia de 2 de abril de 2002 (AS 2002, 899) , a partir de la consideración de que «la excepción de orden público no es absolutamente rígida sino que admite inflexiones», abre paso al reconocimiento de efectos jurídicos a la poligamia exclusivamente en materia de prestaciones, dividiendo a partes iguales la pensión entre ambas viudas, con independencia del tiempo vivido con el causante, al tener en ambos casos la consideración de cónyuge. Esta interpretación ha sido mantenida también en la STSJ Andalucía de 30 de enero de 2003 (PROV 2003, 96144) con base en que según el art. 9 del Código Civil la situación familiar de un extranjero se gobierna por las leyes de su estatuto personal. Para la STSJ Madrid 29 de julio de 2002 (AS 2002, 3324), la pensión de viudedad se reconoce en supuestos de poligamia también en aquellos casos en los que en el momento de la muerte del sujeto causante hubiera producido divorcio.

IV. Conclusiones

1. A pesar de la crisis económica que atraviesa España desde hace aproximadamente 7 años, son muchos los inmigrantes que llegan a nuestras fronteras con la finalidad, principalmente, de encontrar un trabajo.

2. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo fin de grado, la normativa existente en España ha pasado por un proceso de endurecimiento que se ha visto plasmado en las leyes y como es lógico, ha repercutido en las personas que deciden poner rumbo a nuestro país. Así, pasamos de una legislación que permite la entrada de inmigrantes sin existir apenas límites, consecuencia de los años de bonanza económica que atravesó España y de las pocas expectativas que había acerca de la oleada de inmigración que iba a llegar años más tarde. A una legislación que pone múltiples barreras a la entrada de inmigración, sobre todo si es con intención de quedarse a trabajar en España.

3. Hay que destacar que la mayoría de inmigrantes que llegan a España lo hacen por los medios habilitados y mediante las vías de hecho establecidas, pero una vez finaliza la vigencia de las autorizaciones que les permitió entrar se encuentran en situación irregular.

4. Los diferentes tipos de autorización dejan ver la intencionalidad del legislador, el cual favorece la entrada de extranjeros con un nivel adquisitivo alto o altamente cualificado, los cuales contribuyen al desarrollo de la actividad laboral ya sea colaborando o invirtiendo en la economía del país.

5. En relación con la situación en la que se encuentra el inmigrante, desde un punto de vista laboral y de protección social, si es regular se equipara a los españoles tanto en derechos como en obligaciones, mientras que si son irregulares, se plantean multitud de interrogantes, por ejemplo a la hora de ejercer el derecho de huelga o atención sanitaria.

V. Recursos bibliográficos y jurisprudencia empleada

- ABARCA JUNCO, P, ALONSO-OLEA GARCIA, B., LACRUZ LOPEZ, J.M., MARTIN DÉGANO, I., VARGAS GOMEZ-URRUTIA, M. *Inmigración y extranjería: Régimen jurídico básico*, COLEX, Madrid, 2010.
- AGÜELO NAVARRO, P; Moya, D, *La reforma de la ley orgánica de extranjería*, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, Madrid, 2011.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B, *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y se la Seguridad Social*. ARANZADI, Navarra, 2011.
- DIEZ-PICAZO GIMENEZ, L.M, *Sistema de derechos fundamentales*, THOMSON CIVITAS, Madrid, 2005.
- DIEZ-PICAZO, L. Y GULLON, A, *Sistema de Derecho Civil*, TECNOS, Madrid, 2002
- GONZÁLEZ ORTEGA, S, *La protección social de los extranjeros en España*. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2010.
- España. LEY 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Boletín Oficial de Aragón, núm. 10 de 12 de Enero de 2000.
- España. REAL DECRETO 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Boletín Oficial de Aragón núm. 103 de 30 de Abril de 2011
- MONEREO PEREZ, JL; TRIGUERO MARTINES, LA, *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*. LA LEY, Madrid, 2010.

- MONTOYA MELGAR, A. *El empleo ilegal de inmigrantes*, CIVITAS, Madrid, 2007.
- NAVARRO AMARO, S: *Sobre los efectos jurídicos del contrato celebrado con inmigrante en situación irregular*, LABORUM,
- Sentencias
 - ✓ SSTS 22/2/1983, 30/10/1985, 8/3/1986 y 1/7/1987: voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros, de los que se veían privados hasta entonces si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo.
 - ✓ STSS 9/6/2003, 29/9/2003, 7/10/2003, 11/10/2006: El contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la LOEX un contrato nulo. Matizaciones 21/1/2010.
 - ✓ STS 21/1/2010: Accidente de trabajo sufrido por un trabajador sin autorización para residir ni trabajar. Supuesto específico en el que el trabajador había suplantado la personalidad de otro. STS 7/10/2003: Accidente de trabajo sufrido por un trabajador extranjero sin autorización para residir ni trabajar. Reconocimiento de incapacidad permanente. STS 9/6/2003: Accidente de trabajo sufrido por un trabajador sin autorización para residir ni trabajar. Reconocimiento asistencia sanitaria e incapacidad temporal.
 - ✓ SSTS 11/10/2006 y 18/3/2008: Reconocimiento del derecho a asistencia sanitaria e incapacidad temporal.
 - ✓ STSJ Cataluña de 30 de mayo de 2002, AS 1993

- ✓ STSJM Madrid de 10 de mayo de 2005, AS 1533
- ✓ SSTSJ Comunidad Valenciana 24 de junio de 2005, AS 10150; y de 11 de mayo de 2004, AS 3336.
- ✓ STC 107/1984, de 23 de febrero, fto.jco.4.
- ✓ STC 99/1985, de 30 de septiembre, fto.jco.2.
- ✓ STC 115/1987, fto. jco. 1; 144/1990, de 26 de septiembre, fto.jco.5
- ✓ STC 137/2000, de 29 de mayo, fto. jco. 1