

TRANSFORMACIONES DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

Margarita Isabel Ramos Quintana
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Los movimientos de trabajadores migrantes y su acceso al empleo han recibido en España una nueva regulación recientemente. Este trabajo toma como referencia las modificaciones efectuadas por el Derecho español.

PALABRAS CLAVE: migraciones, trabajo, derecho del trabajo, contrato de trabajo.

ABSTRACT

The movements of migrant workers and the acces of employment has received in Spain one new regulation recently. This work take as a reference the modifications than by the law in Spain.

KEY WORDS: migrations, work, labour law.

EL DERECHO DEL TRABAJO ANTE EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN

1. LA IRRUPCIÓN DE «LA FUERZA DE TRABAJO INMIGRADA»

El recorrido histórico de la trayectoria del tratamiento de la diversidad entre los seres humanos resulta verdaderamente largo; excesivamente largo como para remontarse a tiempos remotos, a riesgo de perder de vista los contornos con que este fenómeno se presenta en la actualidad. Seguramente, bajo los graves términos en que se ha planteado recientemente, ésta es la historia «*más antigua del mundo: el encuentro con el otro*»¹. Y es esta relación de alteridad la que está provocando en el momento presente una especie de conmoción sobre criterios y categorías unívocas provenientes del pasado que requieren y demandan otros contenidos, sustentados sobre la base de otra mirada que integre al «otro», en una realidad que ya no es homogénea sino integralmente diversa y plural.

La irrupción del fenómeno de la inmigración² en los países desarrollados, de una inmigración proveniente de países pobres y que, por tanto, persigue un

objetivo tan digno e intrínseco al ser humano como el deseo de progreso, ha colocado a la civilización de Occidente ante la necesidad de acometer uno de los retos más significativos de la modernidad: cómo integrar al «otro», al extranjero, al que viene de fuera, proveniente de «otra» comunidad, en busca de trabajo y, por tanto, de una vida más digna de la que encuentra en los países de origen. Este representa, como gráficamente se ha advertido, nuestro «nudo no resuelto del «vínculo social», una «verdadera puesta a prueba de nuestra civilización», en la medida en que pone en tela de juicio las teorías políticas del Derecho y del Estado y de la ciudadanía ante la creciente presencia de otras razas, culturas y religiones instaladas en el tejido social y urbano de Occidente³.

El auge de los movimientos migratorios que emergen a finales del siglo xx, convertido en auténtico drama humano, no tiene que ver, básicamente, con la situación en que se encuentran los países de origen; no es ésa la razón que permite explicar el porqué en un momento histórico dado se produce el «efecto llamada» de cientos de miles de personas del «Sur» al «Norte». La realidad incontestable es otra: no es la situación de los países subdesarrollados, sino la de países ya desarrollados, la de los que pertenecen al mundo industrializado, tecnificado, convencionalmente avanzado, la que ha desencadenado el progresivo crecimiento del fenómeno de la inmigración⁴.

Y los cambios, como agudamente se ha señalado, no responden tanto a un aumento progresivo de bienestar, sino «a las modificaciones del paradigma en el que ese crecimiento y ese bienestar están insertos»⁵: junto a factores y elementos tan evidentes que ya han sido sobradamente enumerados, como el relativo al descenso de los índices de natalidad en los países europeos, coexisten otros de no menor entidad, como los mayores niveles de formación y cualificación profesional de la media de la población productiva nacional y la consiguiente operación por parte de ciertos sectores de producción acudiendo a un tipo de mano de obra menos cualificada; el evidente desplazamiento de los trabajadores nacionales desde el sector agrícola o industrial hacia el de servicios, dando lugar a la aparición de lo que, no casualmen-

¹ GAETA, L.: «Derecho del trabajo y alteridad, figuras de la diversidad y modelos culturales» en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador* (coord. LÓPEZ LÓPEZ, J.), Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 217.

² O de «la fuerza de trabajo inmigrada» en acertada expresión de LOIZU, M.: *Capitalismo europeo y emigración*, Barcelona, Avance, 1975, p. 10.

³ BARCELONA, P.: *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992, p. 82, entrecomillado incluido.

⁴ El fenómeno de la inmigración en el momento actual debe ser encuadrado, sin duda, dentro «del proceso de globalización económica», ROJO TORRECILA, E.: «Trabajo y emigración: ¿viejas respuestas frente a nuevas realidades?», en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador* (coord. LÓPEZ LÓPEZ, J.), cit., p. 270.

⁵ RIDAO, J.M.: «Acabar con la esclavitud persiguiendo a los esclavos», *El País*, 12 de abril de 2001, p. 35.

te, se viene denominando «nichos de empleo» (en relación con puestos de trabajo precarios que son rechazados por los trabajadores nacionales); la liberalización a escala mundial del comercio y la supresión de restricciones a los movimientos de capitales que alcanza y devora ámbitos de actividad que de pronto, gracias a esta mano de obra «barata», se han vuelto rentables; el desmantelamiento y supuesta crisis del Estado de bienestar que ha intoxicado nuestro entorno cultural con el discurso de la ineludible necesidad de recortar los niveles de protección social y la mercantilización de la misma, originando una vuelta a esa especie de darwinismo social, de «*sálvese quien pueda*», en la que a los inmigrantes les toca asumir una posición que se sitúa en el extremo final de la escala social.

El objetivo final de los movimientos migratorios no es otro que la búsqueda de un puesto de trabajo, y esa realidad incontestable permite establecer una relación muy estrecha entre Derecho del Trabajo y migración. Precisamente, el nexo existente entre migración y trabajo contribuye a distinguir claramente la noción de «extranjero» (identificado como el no nacional, reducida esta noción, por tanto, al plano de lo político) e «inmigrante» (extranjero que se desplaza para la búsqueda de trabajo, noción, por tanto, que incorpora un contenido o carga social)⁶. Y el Derecho del Trabajo que nació para la juridificación del conflicto inherente a una relación erigida sobre la desigualdad económica y social, de la cual continúa nutriéndose y encontrando en ella su «razón de ser»⁷, porta en sí mismo el «*código genético* (de la *compensación de la desigualdad*», lo que le sitúa en una posición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico para establecer el juego de relaciones entre historia, filosofía y derecho⁸ ante los desafíos que plantea la nueva realidad de la inmigración.

2. EL DERECHO DEL TRABAJO, ORDENAMIENTO REGULADOR DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL TRABAJADOR MIGRANTE

En la sede de los múltiples debates abiertos que tiene planteados el Derecho del Trabajo en este momento, sin duda alguna la inmigración ocupa un lugar preeminente y su observación cabe efectuarla a partir de diversas y variadas perspectivas: desde el impacto que sobre el mercado de trabajo produce la presencia de un colectivo particularmente débil desde el punto de vista de la articulación de la defensa de sus intereses, debilidad que emerge de su doble condición: como trabajadores y como extranjeros (no ciudadanos); desde las leyes de funcionamiento del pro-

⁶ Distinción conceptual que desde hace mucho tiempo ya precisaba LYON-CAEN, G.: «*Les travailleurs étrangers. Étude comparative*», DS, 1975, núm. 1, p. 1.

⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)* (5ª edic. revisada), Madrid, Tecnos, 1995, p. 5.

⁸ Como ha puesto de relieve GAETA, L.: «*Derecho del trabajo y alteridad, figuras de la diversidad y modelos culturales*», cit., p. 218 y la cita entrecorrida en p. 219.



pio mercado que generan por sí mismas desigualdades de diversa índole (geográficas, sociales, etc.), produciéndose la ruptura de la tradicional relación entre desarrollo y mejora de condiciones de trabajo y de vida; desde las dificultades que deben superar para obtener una verdadera «integración social» en el medio en que se encuentran, entre las que destaca poderosamente la deficiencia y, en ocasiones, carencia de la debida protección social, pese a contribuir económicamente al mantenimiento de los sistemas de Seguridad Social de los países desarrollados, etc.

Por estas y otras razones que cabría traer a colación, el Derecho del Trabajo no debe ni puede permanecer inerte ante la progresiva y cada vez mayor presencia de inmigrantes que pretenden acceder al mercado de trabajo y ha de ofrecer respuestas adecuadas a las exigencias de nuestro tiempo⁹, asumiendo expectativas hasta hace relativamente poco tiempo impensables: la integración en el mercado de trabajo de los inmigrantes no sólo ha de suponer su reconocimiento como trabajadores y, por tanto, como sujetos destinatarios del ámbito protector derivado del ordenamiento laboral, sino también, y ésta sería la nueva virtualidad del Derecho del Trabajo, dicha integración está llamada a constituir la puerta de entrada de los inmigrantes al territorio de la ciudadanía. Porque el derecho al trabajo (en cuanto derecho subjetivo) ha pasado a erigirse en condición *sine qua non* para que los inmigrantes puedan, efectivamente, alcanzar el disfrute de otros derechos y libertades, incluso derechos de carácter fundamental.

El acceso a un puesto de trabajo representa para la gran mayoría de los inmigrantes la única vía de supervivencia en un país ajeno, el elemento indispensable que les confiere dignidad en cuanto seres humanos y, en consecuencia, sólo el acceso al empleo, únicamente la incorporación al mundo del trabajo y el consiguiente disfrute de unas condiciones de vida dignas, permite finalmente la conversión del inmigrante en individuo que puede ejercitar los derechos inherentes a la dignidad de la persona que formalmente le hayan podido ser reconocidos.

En este sentido, el Derecho del Trabajo está llamado a convertirse, por razón de las transformaciones operadas en este punto, en «*un derecho para la inmigración*»¹⁰, en cuanto ordenamiento tutelar de las condiciones de trabajo de los trabaja-

⁹ A un Derecho del Trabajo «*que nace con nuestro tiempo*» se refirió H. SINZHEIMER, en una intervención pública en la Volkshochschule de Leipzig en 1926 para definir esta disciplina, que adquiriría por aquel entonces carácter unificado e independiente, según ha recordado SIMITIS, S.: «*Le droit du travail a-t-il encore un avenir?*», DS, 1997, núm. 7/8, p. 655 y ss. En la actualidad, y volviendo a la cita de SINZHEIMER, habría que señalar que el Derecho del Trabajo, evidentemente, no es ya el que nace con nuestro tiempo, pero sí el que se transforma con nuestro tiempo, porque las numerosas vicisitudes por las que ha atravesado, no sólo en períodos más o menos recientes, sino desde el momento mismo de su nacimiento, le han obligado a afrontar circunstancias de orden económico y social adaptando los conceptos, las categorías y las técnicas con que cuenta al devenir histórico derivado de la tutela de los intereses de la población trabajadora.

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «*El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*», Ponencia General al XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cantabria, 2001, p. 43 del original.

dores extranjeros y de las situaciones afectantes a su estatuto jurídico. La explotación sistemática de la población inmigrante, particularmente la irregular, constituye una evidencia de tal signo que obligará al Derecho del Trabajo a indagar en sus propias categorías teóricas para escribir las páginas de una nueva dimensión de la compensación de la desigualdad económica y social.

II. EL PARADIGMA DE LA DESIGUALDAD DE LOS EXTRANJEROS EN EL ACCESO AL EMPLEO: CRISIS Y RECONSIDERACIÓN

El acceso al empleo de los trabajadores inmigrantes es una cuestión que, frontalmente, revierte sobre la consideración, sentido y alcance de que disponga dentro del sistema jurídico el principio de igualdad, en particular en su versión de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Este aspecto, por lo que a nuestro ordenamiento se refiere, requiere una revisitación de la jurisprudencia que ha dejado sentada el Tribunal Constitucional, entre cuyos pronunciamientos destaca de manera decisiva la STC 107/84 y la tantas veces repetida triple clasificación de derechos de los extranjeros en el Derecho español, a la luz de los preceptos constitucionales.

De acuerdo con ella y partiendo de la distinción que el propio TC trazó en aquella ocasión entre titularidad y ejercicio de derechos, existen, en primer lugar, derechos que corresponden por igual a españoles y *extranjeros* «y cuya regulación ha de ser igual para ambos», en los que deben situarse los derechos fundamentales en cuanto pertenecientes a la persona como tal, sin distinciones por razón de la nacionalidad. En segundo lugar, «*existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene)*»; esta referencia relativa, en particular, a los derechos políticos de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales hoy, como es sabido, se encuentra completamente fuera de lugar, puesto que la ratificación del Tratado de Maastricht obligó a reformar el contenido de uno de los preceptos constitucionales invocado para extender los derechos políticos a los extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. Por último, existen otros derechos «*que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*», entre los cuales incluye la sentencia los denominados derechos cívicos, y, por lo tanto, el derecho al trabajo. Igual que en el caso anterior, también ha quedado completamente desfasada esta última clasificación respecto de los nacionales de Estados comunitarios, puesto que el derecho a la libre circulación de trabajadores en la actualidad comporta un trato igual en todo el territorio europeo en el acceso a un puesto de trabajo (artículo 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

Por ello, la afirmación del TC, según la cual «*no existe Tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo*», no resulta adecuada a los avances jurídicos que en esta materia se han producido. Efectivamente, hay Tratados que han llevado más lejos la consideración



de la igualdad en el acceso a las relaciones de trabajo extendiéndola a determinados no nacionales y, del mismo modo, pudiera hacerlo la ley, siempre y cuando haya voluntad política para ello.

Es cierto que los tratados, pero también la ley, pueden determinar las condiciones de ejercicio de estos derechos. Ahora bien, el legislador no puede desconocer o alterar el contenido del derecho establecido en la Constitución, en este caso, el derecho al trabajo (STC 115/87), antes al contrario, no puede desconocer los mandatos constitucionales (STC 112/91). El alcance de éstos debe ser cuestionado y ponderado a la luz de los cambios y mutaciones sociales que se produzcan y, en este sentido, el aumento progresivo de los movimientos migratorios que el sistema económico demanda justifica una mayor integración económica y social de los inmigrantes en las sociedades de acogida. Ante esa realidad, la remisión a la ley, ya lo ha dicho el TC, no supone desconstitucionalización alguna (STC 107/84) ni, por consiguiente, la transformación de los derechos de los extranjeros en derechos de exclusiva configuración legal¹¹.

En cambio, el límite al principio de igualdad con respecto a los extranjeros tiene menos fundamento cuando se trata de la igualdad de condiciones de trabajo iniciada la relación laboral, estadio en el que el TC deja a salvo la equiparación en *«la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación»*.

Hoy resulta cuestionable situar el fundamento de la no discriminación en las relaciones de trabajo, a partir del momento de la contratación, acudiendo al argumento esgrimido en la sentencia de referencia, afirmando que no serían admisibles diferencias discriminatorias de trato con los extranjeros en la medida en que ello *«se vuelve a la postre frente a los propios beneficiarios, los propios nacionales, al existir una competencia por parte de los «discriminados», que admiten condiciones menos favorables de empleo»*. Es decir, se proscribe la discriminación por la consideración de la eventual competitividad entre la población trabajadora nacional y extranjera, de la cual extrae el TC una opción a favor de la nacional, que podría salir perjudicada, dado que los extranjeros estarían dispuestos a admitir precarias condiciones de trabajo.

Este discurso ya no se sostiene por sí mismo ante el contexto actual en que la inmigración se ha generalizado como instrumento de dotación al mercado de trabajo de mano de obra necesaria. El fundamento de la igualdad en las condiciones de trabajo hay que situarlo en la nueva configuración de los sistemas de relaciones laborales que precisan de mano de obra nacional y extranjera, indistintamente, bajo la cual resulta inadmisibles una fragmentación de condiciones de trabajo que únicamente atienda al criterio de la nacionalidad, pues ello resultaría contrario al más elemental principio de cohesión social y, consiguientemente, política.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, P.: *«Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas»*, REDC, 1992, núm. 35, p. 67.

Objetivamente considerados, los derechos fundamentales junto con los valores superiores y principios determinan el contenido posible y los límites de las restantes reglas establecidas en la Constitución, por lo que constituyen un sistema axiológico de inspiración para la actuación de los poderes públicos¹². Un soporte constitucional para una mayor extensión del principio de igualdad llevándolo hasta el estadio previo de la contratación, esto es, hasta el acceso al empleo, ciertamente, lo hay. La lectura combinada del marco de derechos, principios y valores que la Constitución impone permite extraer conclusiones que avalan la tesis extensiva que aquí se propone.

En primer lugar, porque el valor igualdad en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE) se convierte en elemento conformador y seña de identidad, por lo demás, del Estado social. Éste contribuye a resolver problemas que, aun teniendo una fuerte repercusión en el ámbito de lo privado, se convierten en públicos en la medida en que se asumen como situaciones impeditivas de un desarrollo social cohesionado. La potenciación de los valores de la igualdad y de la solidaridad constituyen el fundamento para esta opción de modelo de Estado¹³.

En segundo lugar, porque la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10.1 CE) constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. Y, añadidamente, porque los derechos que se estiman vinculados a la dignidad de la persona son inalienables y no admiten diferencias de trato entre nacionales y extranjeros (SSTC 99/85 y 95/2000). Junto a este principio y fundamento, los derechos económicos y sociales vienen a integrar el contenido material de justicia en la sociedad democrática moderna y su objetivo es propiciar un nivel de humanización que permita el desarrollo de la dimensión de la dignidad. Los derechos sociales se convierten así en condición básica e ineludible para el desarrollo de otros derechos considerados al modo tradicional como fundamentales.

Pues bien, si hay un derecho que se encuentra vinculado a la dignidad, como lo puede ser el derecho a la libertad de conciencia o la libertad de expresión, es el derecho al trabajo, el derecho a encontrar un empleo que permita adquirir los medios económicos con que garantizar una existencia, precisamente, digna. La evolución de la civilización en el momento actual ha conducido a un modelo de socie-

¹² En la medida en que el ordenamiento opera como sistema, «no puede ni prescindir de, ni desconocer sus valores superiores, en cuanto son éstos los que lo determinan, le dan sentido por completo» *vid.* PAREJO ALFONSO, L.: «Constitución y valores del ordenamiento» en *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo 1, Madrid, Civitas, 1991, p. 131.

¹³ FORSTHOFF, E.: *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. También y del mismo autor, «Concepto y esencia del Estado social de derecho» en AAVV, *El Estado social*, Madrid, CEC, 1982, p. 112 y ss.



dad en el cual el trabajo constituye un valor básico, primordial, imprescindible para la sobrevivencia en condiciones de vida dignas. La valoración del trabajo como elemento determinante de un estadio de desarrollo que se corresponde con el que se ha instalado en las sociedades avanzadas encierra la justificación válida para admitir su extensión a todos los individuos que forman parte de una determinada comunidad cuando en ella viven y en ella trabajan, sin que se les pueda privar del derecho a acceder al mismo por razón de la nacionalidad, raza u origen de procedencia.

Y por más que el derecho al trabajo, el derecho al empleo, se incluya en la categoría clásica de derechos sociales y, por tanto, tradicionalmente entendidos sin valor de universalidad, esto es, no extensibles por su propia naturaleza a todos los individuos, en la actualidad participa de todos los interrogantes y retos que los derechos sociales tienen planteados.

Sin duda alguna, uno de los retos más difíciles que lanza en este momento el tratamiento de la inmigración es la necesidad de revisar el contrato social y político de la modernidad, es decir, la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad que, hasta ahora, ha contribuido a institucionalizar la exclusión de los inmigrantes. La apuesta que en este momento se está haciendo desde determinadas corrientes de pensamiento por distinguir una ciudadanía *formal* de otra *sustantiva* o *sustancial*, la primera entendida como pertenencia a un Estado-Nación, y la segunda, que se refiere a quienes se han integrado en una determinada comunidad en virtud de otro título jurídico que no sea exclusivamente la nacionalidad, permitirá abrir un cauce para la extensión de los derechos sociales a quienes residan y trabajen habitualmente en un determinado lugar¹⁴.

El reconocimiento y la aceptación de los derechos sociales pasa inexcusablemente por su conexión con la generalización de los derechos calificados como fundamentales¹⁵. Y en este sentido, la estrecha relación entre derecho al trabajo y derecho a la dignidad de la persona no admite lugar a dudas: el primero, en la medida en que permite la obtención de recursos económicos resulta de acceso imprescindible para alcanzar la posible realización de una vida digna.

Una adecuada proyección de las políticas de integración social de los inmigrantes conduciría a situar en el vértice de los valores constitucionales «*el derecho al trabajo como exponente de la dignidad social y de la igualdad sustancial*»¹⁶; en tal

¹⁴ Vid., entre otros, BRUBAKER, W.R.: *Immigration and The Politics of Citizenship in Europe and North America*, New York, University Press of America, 1989, p. 3 y ss. Del mismo autor, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, especialmente, p. 31 y ss. Y, como exponente de la riqueza del debate europeo, BOTTOMORE, T.: «*Ciudadanía y clase social, cuarenta años después*» en MARSHALL, T. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social* (Segunda Parte), Versión española de LINARES, P., Madrid, Alianza, 1992.

¹⁵ Vid. PECES-BARBA, G.: *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 56-57.

¹⁶ Vid. CARUSO, B.: «*Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿Más Estado y menos mercado?*» en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador*

sentido, la noción misma de ciudadanía adquiriría sentido construida sobre un conjunto de relaciones sociales dirigidas hacia la integración, cuyo medio principal lo constituiría el trabajo y las rentas que del mismo derivan.

La integración social sólo necesita de un instrumento jurídico para ser real: elevar la posición de los inmigrantes a condiciones de igualdad con respecto a los nacionales y, por excelencia, en las relaciones de trabajo, ya que la obtención de ingresos económicos constituye la piedra angular sobre la que pende todo el posible disfrute de los demás derechos: la libertad de conciencia, el derecho al honor, a la integridad física, etc., mal pueden desarrollarse si no se dispone de medios de vida que permitan ejercerlos con dignidad¹⁷. Entendida, asimismo, como derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE) la dignidad guarda estrecha relación, indudablemente, con una suficiencia económica, pues la marginalidad y la pobreza en sí mismas suponen una degradación para el ser humano, al verse impedido para desarrollar sus capacidades.

2. EL ACCESO DE LOS INMIGRANTES AL EMPLEO: AVANCES E INTERROGANTES

Desde el plano internacional, la labor de la OIT sobre el trabajo de los migrantes ha cristalizado en varios instrumentos internacionales¹⁸, entre los que cabe traer a colación el Convenio núm. 97, que obliga a los Estados miembros a respetar la igualdad de trato con los nacionales en cuanto a las condiciones de trabajo (en la relación de trabajo)¹⁹ y el Convenio núm. 143, aún no ratificado por España²⁰, y que amplía la igualdad hasta el momento del acceso al empleo, por una parte, impidiendo que los inmigrantes se vean abocados a incurrir en una situación ilegal o irregular por «*el hecho mismo de la pérdida de su empleo*» (artículo 8.1) y, por otra, exigiendo que puedan beneficiarse «*de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para reabsorber el desempleo y readaptación*» (artículo 8.2)²¹.

(coord. LÓPEZ LÓPEZ, J.), *cit.*, p. 257, trayendo a colación reflexiones ya vertidas con anterioridad sobre la inextricable relación entre trabajo y dignidad por A. SUPLOT, «*Principio di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*», LD, 1992, núm. 2, p. 211 y ss., en particular, p. 216

¹⁷ El pleno reconocimiento de derechos se convierte, pues, en condición —que no, consecuencia— de la integración, DE LUCAS, J.: «*El marco jurídico de la integración*», Jueces para la Democracia, 2000, núm. 38, p. 8.

¹⁸ *Vid.* VON POTOBOSKY, G.: «*Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT*», REDT, 1984, núm. 19, p. 233 y ss.

¹⁹ Adoptado por la OIT el 1 de julio de 1947 (revisado en 1949) y ratificado por España con fecha de 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de julio).

²⁰ Adoptado el 24 de julio de 1975 por la OIT, con carácter complementario al núm. 97.

²¹ Por todos y sobre las relaciones entre el Convenio núm. 97 y 143 de la OIT, JEAMMAUD, A.: «*Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*», DS, 1986, núm. 5, p. 399 y ss.



Este último Convenio viene a poner en tela de juicio la preferencia de la mano de obra nacional²², criterio sobre el que se ha erigido la política de extranjería a lo largo del siglo XX, prácticamente, en todos los países del área occidental. Con él, por tanto, se avanza ya una posible vía de comprensión del fenómeno de las migraciones como motor del desarrollo económico.

Sin embargo, pese a la no ratificación de dicho Convenio, lo cierto es que se está avanzando en esa línea de progresiva integración hasta, incluso, como se ha hecho recientemente, incorporar ya a los trabajadores inmigrantes al conjunto de medidas de política de empleo, incentivando de alguna manera su contratación.

En este punto, el artículo 76.2, 3 y 4 del RD 155/1996 impedía a los empresarios que contrataran con extranjeros con permiso de trabajo inicial acceder a los beneficios establecidos en los programas de fomento del empleo, en cualquiera de sus modalidades. He aquí que la reciente reforma del mercado de trabajo llevada a cabo mediante el RDL 5/2001, de 2 de marzo, da un paso más y permite la contratación para la formación de los extranjeros, incluso de los que deban solicitar un permiso inicial. Bien es cierto que se trata de una modalidad contractual precaria, pero no dejan de tener importancia al menos dos aspectos relevantes: uno, que ya se incorporen los inmigrantes a actuaciones y medidas integrantes de la política de empleo; y dos, que se haya tomado el contrato para la formación que, precisamente, puede aportar a los extranjeros una cualificación profesional (aprendizaje de un oficio, graduado escolar, etc.) de la que un número elevado de ellos carece²³.

La Ley Orgánica 4/2000, con un propósito asertivo, llegó a exteriorizar una voluntad (más que una realidad) igualitaria en la consideración de la posición jurídica de los extranjeros, señalando que gozarían en España, «en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo», pero a continuación procedía a recortar el alcance de dicho reconocimiento reduciéndolo a «los términos» establecidos en dicha Ley (artículo 3.1).

A pesar de que la proclamación del derecho a la igualdad fuera más formal que real —porque la Ley, luego, no satisfacía su propia previsión al admitir numerosas desigualdades con los españoles, entre otras, en la realización de actividades laborales²⁴— reflejaba, sin duda, una voluntad política encaminada a dotar la posición que a los extranjeros corresponde de mayores dosis de igualdad respecto de la legislación proveniente de 1985.

²² RAMOS QUINTANA, M.I.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 163.

²³ No obstante, ya se ha advertido del posible efecto que puede tener la ampliación de destinatarios del contrato para la formación en el RDL citado en cuanto a «desdibujar la causa formativa de este contrato», *vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», RL, 2001, núm. 7, p. 13.

²⁴ RAMOS QUINTANA, M.I.: «Trabajadores extranjeros e integración social», TL, 2000, núm. 54, pp. 18-21.

La Ley Orgánica 8/2000 suprime el reconocimiento del derecho a la igualdad, relegándolo a la consideración de «*criterio interpretativo general*» (artículo 3.1 LOE), lo que revela serias dudas sobre la trascendencia que al mismo se le quiere dar y lo que ha motivado, asimismo, importantes críticas al respecto²⁵.

Asimismo, resulta criticable que en el momento actual haya desaparecido del Anteproyecto de Reglamento la importantísima advertencia que hasta el momento actual venía siendo recogida por el artículo 69 del RD 155/1996 en relación con la igualdad de condiciones de trabajo una vez iniciada la relación de trabajo. La proclamación formal de la igualdad en las condiciones de trabajo con respecto a los trabajadores nacionales arranca del originario RD de 16 de enero de 1931 (artículo 8), modificado inmediatamente por el Decreto de 8 de septiembre de 1932, en el cual se conserva dicha proclamación (artículo 7), al igual que en el de 29 de agosto de 1935 (artículo 5). Posteriormente es trasladada al Decreto 1870/1968 (artículo 8) y, ya en el período postconstitucional, al RD 1119/1986 (artículo 32), es decir, al inicial Reglamento de ejecución de la ley Orgánica 7/1985 y, tras su modificación, al RD 155/1996 (artículo 69). Esta trayectoria permanente de nuestro ordenamiento al regular el trabajo de los extranjeros ha desaparecido totalmente.

No debe olvidarse que en nuestra tradición jurídica durante largo tiempo se mantuvo una importante limitación al principio de igualdad de trato en las relaciones de trabajo (inaugurada por el Decreto de 8 de 1932) y afectaba, nada más y nada menos, que al momento extintivo de la relación contractual, permitiéndose que en determinadas circunstancias, los despidos se iniciaran por los trabajadores extranjeros atendiendo a categoría profesional. Esta opción, que se abandonó definitivamente con el inicial Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, hoy chocaría frontalmente con la dimensión constitucional del principio de igualdad en las relaciones de trabajo²⁶.

Probablemente, la razón de fondo de la desaparición de la fórmula igualitaria en el Anteproyecto obedezca a causas de diferente signo. En primer lugar, sólo desarrolla los extremos relativos al control de los movimientos migratorios (entradas, estancias, autorizaciones para trabajar e infracciones y sanciones); no hay una labor de desarrollo en cuanto a la posición jurídica de los extranjeros, nada relativo al cuadro de derechos que la Ley les reconoce; por consiguiente, la igualdad en las relaciones de trabajo es un aspecto también descuidado.

En segundo lugar, hay una mención a las condiciones de igualdad en el trabajo a partir del momento en que se accede a la residencia permanente: «*La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente*

²⁵ Y lo que, a su vez, contrasta con ciertas afirmaciones que se hacen en la Exposición de Motivos de dicha Ley, *cf.* FERRER LLORET, J., *Comentarios a la Ley de Extranjería* (dirig. por ASENSI SABATER, J.), *cit.*, p. 59 y ss.

²⁶ Cuya denuncia por entrañar un supuesto de discriminación difícilmente encajable dentro del marco constitucional fue puesta de manifiesto en su momento, *vid.* ZABALO ESCUDERO, M.E.: *El contrato de trabajo en el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 43.

y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles» (artículo 32.1 LOE). Dicha expresión admite, cuando menos, tres observaciones. Una, relativa a que la igualdad proclamada debe serlo a todos los efectos, es decir, incluso en el momento del acceso al empleo, a la búsqueda de un puesto de trabajo, porque de lo contrario no tendría sentido el precepto, pues busca diferenciar la posición de los extranjeros que aún no han accedido a esta situación, y que precisan obtener permiso de trabajo, respecto de los que ya han obtenido la residencia con carácter permanente. Otra, que siendo así, esta ordenación permite superar la STC 107/84, según la cual, «no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo», porque la Ley (como ya lo ha venido haciendo el RD 155/1996) lleva la extensión del ámbito de la igualdad a estos extremos para los inmigrantes que residan legal e ininterrumpidamente durante cinco años en nuestro país. Por último, que no puede querer decir el citado precepto que los extranjeros con residencia temporal no pueden trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, porque ello sería contrario a toda una serie de Tratados y compromisos internacionales de los que España forma parte, con independencia de que el TC ya ha dejado esa cuestión definitivamente resuelta en sentido favorable.

Por último, que al trabajo realizado por trabajadores extranjeros le es aplicable el precepto contenido en el artículo 17 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y todo el ámbito de protección que de él deriva al prohibir discriminaciones en el trabajo que tengan por circunstancias, entre otras, de raza u origen.

IV. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LA INMIGRACIÓN

1. AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y PERMISOS DE TRABAJO: UNA VINCULACIÓN PERTURBADORA

La autorización administrativa para que los extracomunitarios puedan trabajar en España, es decir, el permiso de trabajo, se ha instalado en la base del modelo general de inmigración que arranca de la (falsa) hipótesis de que cada extranjero entra en este país con una oferta de contrato de trabajo. La realidad ha puesto de manifiesto, sin embargo, que la gran mayoría entra o bien como turista o de cualquier otra manera, de forma irregular, esperando poder regularizar su situación con posterioridad²⁷. Otro aspecto intrínseco al «modelo» que sustenta la ordenación jurídica del permiso de trabajo afecta a su duración. La concesión inicial de los permisos de trabajo se extiende sobre períodos cortos de tiempo, fruto de la concepción que rechaza la idea de la instalación de forma estable de los inmigrantes en nuestro país, tras la realización de un viaje que les ha podido suponer invertir todo

²⁷ Cfr. AAVV, *La nueva regulación de la inmigración en España* (coord. AJA, E.), cit., p.32.

el patrimonio del que disponen. Con el aumento progresivo de la inmigración, los permisos de corta duración, limitados, asimismo, a determinadas zonas geográficas o sectores de la producción, han ido siendo reemplazados por otros de duración intermedia, y, finalmente, a partir del RD 155/1996 se abre ya la posibilidad de los permisos indefinidos.

De no producirse un cambio significativo sobre la orientación de los permisos de trabajo, de nada servirá regular (incluso, minuciosamente, como ahora se ha hecho) la entrada, tampoco serán efectivos los procesos de regularización, porque es el propio modelo basado en la necesidad de obtener autorización administrativa para trabajar el que conduce, inexorable e indefectiblemente, a las situaciones de irregularidad sobrevenida. Sin duda, la expedición de permisos de trabajo no sólo ha tenido por finalidad autorizar la llegada de inmigrantes a nuestro país para integrarse en el mercado de trabajo tras una oferta efectiva de empleo, sino también para encubrir una regularización no declarada.

Todo proceso de regularización pone de manifiesto el fracaso de una determinada política de inmigración: el manejo de elementos y criterios erróneos, que no se avienen con la realidad económica y social, trae consigo la operación de la regularización como cauce excepcional para evitar que un gran volumen de población inmigrante en el país de acogida en situación irregular se vea forzada a la expulsión, máxime si se pone en conexión esa presencia en condiciones de ilegalidad con el anverso de esta moneda, esto es, la necesidad de esa mano de obra. El fracaso ya denunciado de la política basada en los permisos de trabajo²⁸ arroja el triste balance de la necesidad continuada de abrir procesos, generales o excepcionales, de regularización, iniciada en nuestro país en 1991, cuando ya la Ley Orgánica de 1985 se mostraba totalmente ineficaz en este punto, sin que ello haya dado lugar a una seria revisión del modelo y a su posible reconsideración tras la operación de cambio efectuada por la Ley 4/2000 y ahora por la Ley 8/2000.

Los resultados que ha arrojado la larga experiencia habida con respecto a los contingentes anuales revelan que las previsiones quedan desbordadas y que el número de extranjeros que viene a nuestro país a trabajar es muy superior al del contingente establecido. Por ello, llama la atención que en la Ley Orgánica 8/2000 sus promotores hayan puesto gran empeño hasta conseguir incorporar una modificación del artículo 37 de la Ley Orgánica 4/2000, ahora convertido en artículo 39 LOE, según la cual el Gobierno, teniendo en cuenta determinados extremos, establecerá anualmente, «*siempre que exista necesidad de mano de obra*», un contingente para este fin.

Vuelve, como se ve, a presentarse la necesidad de contingente anual, en primer lugar, como algo excepcional, cuando ya ha adquirido suficientemente grados de habitualidad y, lo que parece más alejado de la realidad, la introducción de la

²⁸ Cfr. AAVV, *La nueva regulación de la inmigración en España* (coord. AJA, E.), *cit.*, p. 32.

expresión relativa a situaciones en las que exista necesidad de mano de obra, lo que pone de manifiesto una actitud reticente a admitir el fenómeno de la inmigración como elemento estructural del modelo económico, siendo que dicha necesidad no sólo es constatable, sino que se viene situando desde hace muchos años muy por encima de las previsiones que anualmente efectúa el Gobierno. Ahí están las recientes peticiones de regularización extraordinaria por parte de empresarios españoles que demandan mano de obra extranjera, y se ven imposibilitados de contratarla por no contar con las preceptivas autorizaciones administrativas.

Una ordenación excesivamente compleja, un proceso excesivamente burocratizado y, por tanto, difícilmente creíble en lo que a su efectividad se refiere es lo que cabe deducir del proyecto de norma reglamentaria, a lo que se une la múltiple intervención de organismos en una instrumentación vertical de abajo hacia arriba, así como la apertura a distintas y diversas propuestas provenientes de diferentes organismos y entidades hasta ver convertido en definitivo el proyecto de contingente. En sentido inverso, el «descenso» a niveles inferiores en cuanto a la concreción de ofertas y puestos de trabajo no permite aventurar un adecuado reflejo de las ofertas que se solicitan y las que finalmente se van a satisfacer. Se echa de menos una mayor presencia y capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas a fin de conseguir un mayor control en las ofertas que se lanzan a través del contingente, sus condiciones, etc. La propia antelación con que a las empresas se pide la determinación de ofertas para trabajadores «temporeros» (tres meses antes de iniciarse la actividad) resulta completamente irreal.

Los Capítulos II y III del Título II de la Ley tienen por objeto regular las situaciones administrativas en que pueden encontrarse los extranjeros en España y las autorizaciones administrativas para trabajar en nuestro país.

Esta ordenación jurídica entronca con la tradición instaurada por la Ley Orgánica de 1985 en tres de sus aspectos más significativos. En primer lugar, se conserva el modelo de inmigración fuertemente vinculado o condicionado por el modelo de extranjería, estableciéndose una estrecha relación entre la residencia en nuestro país y la realización de una actividad laboral, con un claro predominio del orden público general en el cual «se diluye» el orden público laboral²⁹. En segundo término, hay también continuidad en la exigencia de previa autorización administrativa para acceder al mercado de trabajo y, por último, se mantiene la preferencia del mercado de trabajo nacional.

El artículo 36.1 LOE incorpora, junto a la obligación de proveerse de autorización por parte de todos los extranjeros que deseen trabajar, la necesidad de obtener permiso de residencia. Esta exigencia que parecería incluso redundante, no es, sin embargo, cuestión menor, ya que pone de manifiesto, como se desprende de

²⁹ GÁMEZ OREA, M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), *cit.*, p. 454.

todo el régimen jurídico, una mayor intervención del Ministerio del Interior en el mismo y, a su vez, del paralelismo que preside la relación que se establece entre permiso de trabajo y permiso de residencia³⁰.

Pero he aquí que, como sobradamente se ha puesto de manifiesto, la relación entre permiso de residencia y de trabajo, aun cuando desde un plano teórico pueda resultar adecuada o conveniente (si para obtener o renovar el permiso de residencia se precisa ejercer una actividad lucrativa laboral o profesional, lógico es que la falta de trabajo ocasione y dé lugar a la no renovación del permiso de residencia; en sentido contrario, si para poder trabajar en España se ha de permanecer en su territorio, parece coherente que la permanencia esté, a su vez, sometida a orden y control administrativo), ocurre, sin embargo, que en la realidad esta relación lineal no siempre se da, o cabría decir, no es la que con frecuencia se da.

El endurecimiento de los requisitos exigibles para autorizar la entrada, la residencia y el trabajo ha provocado un aumento visible y notorio de población inmigrante en situación irregular. Pasar de la ilegalidad a la legalidad resulta muy difícil, sobre todo porque exige, tanto a los que han entrado ilegalmente como a quienes lo han hecho de forma regular y con posterioridad se han visto abocados a la irregularidad, salir de nuevo debido a la necesidad de obtener el visado.

2. EFECTOS DE LA FALTA DE PERMISO DE TRABAJO SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

2.1. Consolidación de la tesis de la nulidad del contrato: efectos perversos y reconsideración

Esta cuestión de la que se ha ocupado intensamente el debate científico del Derecho del Trabajo y que ha sido objeto de una copiosa y rica labor jurisprudencial³¹, se ha resuelto, al menos mayoritariamente, sosteniendo la nulidad del contrato de trabajo celebrado con trabajador extranjero sin haber obtenido previamente el correspondiente permiso de trabajo. En posición minoritaria han quedado las corrientes de opinión que, cierto tiempo hace, postularon la anulabilidad del contrato por tratarse de un aspecto afectante a la capacidad del extranjero para contratar³², lo

³⁰ MOYA ESCUDERO, M.: *Comentarios a la Ley de Extranjería* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), cit., p. 202.

³¹ Aspecto éste calificado como «uno de los caballos de batalla en el estudio de la extranjería», vid. CHARRO BAENA, P.: *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, cit., p. 131.

³² Hasta el momento en que esa tesis fue sólidamente combatida y desterrada por medio de respuestas que, provenientes inicialmente del Derecho Internacional Privado y con posterioridad del Derecho del Trabajo, desecharon que la carencia de una autorización administrativa para trabajar provocara en el extranjero una falta de capacidad, MOYA ESCUDERO, M.: «La capacidad del trabajador extranjero en Derecho Internacional Privado español», REDT, 1982, núm. 10, p. 229 y ss. Más recientemente, de la misma autora y en el mismo sentido, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, cit., pp. 199-201. Y, entre nosotros, por todos, vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «Capacidad para contratar. En torno al artículo 7» en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial del número 100 de la REDT, Madrid, Civitas, 2000, p. 311 y ss., en particular, p. 328. No obstante,



que, en todo caso, permitiría subsanación posterior³³ de obtenerse o renovarse el permiso de trabajo.

La tesis de la nulidad del contrato se ha sostenido mediante el manejo de los criterios de interpretación y aplicación que ofrece el Título Preliminar del Código Civil, básicamente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 de dicho cuerpo legal³⁴ que, como se sabe, establece que «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho*», entendiéndose que la Ley Orgánica 7/1985 cuando disponía en su artículo 15 que «*Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo*», estaba configurando una norma de carácter imperativo. Por consiguiente, la transgresión de dicha norma convertía al contrato en nulo³⁵.

Matizaciones jurisprudenciales ha habido numerosas en el tiempo para, a partir de la calificación de nulidad³⁶, preservar, sin embargo, la continuidad de la relación de trabajo cuando el permiso de trabajo se logra obtener con posterioridad, esto es, una vez iniciada la relación de trabajo³⁷, en una construcción que ha pretendido como criterio de justicia material salvar la conservación del negocio, alterando, sin embargo, ese sentido ante falta de renovación o de prórroga³⁸.

jurisprudencia relativamente reciente, vuelve a esta construcción, STSJ de Canarias (Las Palmas), de 10 de junio de 1997, A. 2.878 y STSJ de Andalucía (Granada) de 1 de enero de 1998, A. 1.415.

³³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 28.

³⁴ En estrecha relación con la ilicitud de la causa que invalida todo contrato, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1.275 del Código Civil, STS de 21 de marzo de 1997, A. 3.391 y STSJ de Baleares de 30 de enero de 1992, A. 2.366.

³⁵ Ésa es la postura que hemos venido sosteniendo, entre otros, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1999, hasta la décimo séptima edición, p. 141; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, hasta la 7ª edic., p. 658. ALBIOL MONTESINOS, I. y otros, *Derecho del Trabajo (Fuentes y contrato individual)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 278. POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, CES, 1994, p. 153 y ss., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «*Contrato de trabajo de extranjeros*», Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, vol. XXXVII, p. 229 y ss., y yo misma en *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 89 y ss.

³⁶ Por todas, SSTS de 29 de enero y 12 de julio de 1990 (A. 228 y 6.104); de 21 de marzo de 1997, A. 3.391, y SSTSJ de Canarias de 12 de abril de 1991, A. 2.366, de Baleares, de 30 de enero de 1992, A. 2.366, de Extremadura de 14 de julio de 1993, A. 3.236.

³⁷ Por parte del TS, *vid.*, entre otras, SS. de 15 de marzo de 1989, A. 2414 y de 21 de diciembre de 1994, A. 10.349 y, en cuanto a TSJ, *cf.* SS. de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, A. 6.222, y del mismo, de 9 de octubre de 1997, A. 3810; de Cataluña, de 12 de septiembre de 1994, A. 3.489 y, del mismo, de 20 de noviembre de 1997, A. 3.938.

³⁸ El contrato se resuelve ante la caducidad o no renovación del permiso de trabajo, siempre que no constituya abuso de derecho, STS de 29 de enero de 1990, A. 228.

Con el transcurso del tiempo se alzaron voces que se mostraron razonablemente críticas con la tesis de la nulidad del contrato, algunas, incluso, lo hicieron antes de promulgarse la Ley Orgánica 7/1985, advirtiendo de la necesidad de una manifestación expresa de la Ley sobre este extremo, lo que nunca llegó a producirse³⁹, entre otras razones por las graves consecuencias de injusticia social a que daba lugar (falta de cotización a la Seguridad Social, indemnizaciones, derechos de promoción profesional, etc.)⁴⁰. Admitir el carácter nulo del contrato, se ha dicho y no sin razón, constituye una sanción adicional para el trabajador extranjero de difícil justificación y, sin duda, un beneficio para el empresario incumplidor de la normativa laboral al respecto⁴¹, lo que no supone, también hay que decirlo, incentivo alguno para la clase empresarial en cuanto al rigor en el cumplimiento del deber de solicitar el permiso de trabajo para el extranjero que desee contratar.

Cuando se promulga la Ley Orgánica 4/2000 la redacción que en aquel momento presentaba el precepto contenido en el originario artículo 33.3 condujo a una interpretación de su sentido y alcance del más variado signo. En primer lugar, por la compleja dicción textual de su apartado inicial, señalando que «*Los empleadores que deseen contratar a un extranjero deberán obtener previamente... autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*». Ante este tenor literal se creyó que con la nueva Ley se había introducido también una nueva obligación, dirigida al propio empresario que quisiera contratar extranjeros, es decir, el deber de proveerse él mismo de una autorización que le permitiera contratar inmigrantes⁴².

³⁹ Como sí recogía el Decreto 1860/1968, cuyo artículo 7 establecía que la validez del contrato quedaría afectada si el permiso de trabajo no precedía al contrato. Por todos, véase REDONDO HERMIDA, A.G., quien ya en 1985, unos meses antes de promulgarse la Ley, se manifestaba en contra de la nulidad, argumentando la no aplicación del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores al contrato celebrado con extranjeros, pues a partir de lo dispuesto en el artículo 7. c) del mismo debería remitir a su propia normativa específica, la cual anudaba efectos meramente administrativo-sancionadores, «*El contrato de trabajo de extranjeros sin permiso*», AL, 1985, t. II, p. 1.265 y ss. Sin embargo, en aquel momento hubo ya posiciones que sobre la base de la regulación proveniente de 1968 defendieron la calificación de la nulidad del contrato concertado sin permiso de trabajo, CARDONA TORRES, J.: *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 142-144.

⁴⁰ Especialmente crítica es la posición en la que se sitúa BALLESTER PASTOR, A., señalando que la falta de permiso no puede afectar la validez del contrato por tratarse sólo de un requisito administrativo respecto de una relación de trabajo que cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo incumplimiento sólo genera las sanciones administrativas previstas en la Ley y su Reglamento, *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 142-143.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Esa opinión la sustentaron LUJÁN ALCARAZ, J.: «*El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*», AS, 2000, núm. 21, p. 21 y CHARRO BAENA, P.: *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, cit., pp. 128-129 (aunque ella misma se pregunta si no cabría hacer otras lecturas del controvertido precepto), y sostenida también por MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, (9ª ed.) Madrid, Tecnos, 2000, p. 450.



En el momento actual, puede decirse que dicha interpretación ha de descartarse, entre otras razones porque el Reglamento, cuando desarrolla todos los tipos y modalidades de autorizaciones para trabajar, no se refiere en ningún momento a autorizaciones dirigidas a los empresarios que deseen contratar extranjeros. Ha podido comprobarse que la perturbadora expresión del precepto en cuestión se refería exclusivamente a la necesidad de proveerse (y de solicitar) el empresario la autorización correspondiente al trabajador, a cada trabajador, y que se denomina «*permiso de trabajo*». La Ley 8/2000 introdujo una expresión añadida a este apartado primero del originario artículo 33.3, ahora convertido en artículo 36.3 LOE, ciñendo dicha obligación respecto a los empresarios que deseen contratar a un extranjero «*no autorizado para trabajar*». Se establece aquí una vía de posible regularización de extranjeros residentes en nuestro país de forma ilegal, con independencia de la forma en que entraran o cómo permanecieran, puesto que la Ley, ya se ha dicho, parte del presupuesto hipotético de que todos los inmigrantes entran en territorio español con contrato y permiso de trabajo.

Y esa incorporación de la mencionada expresión va a tener unos efectos probablemente no queridos o no buscados e impensados por el legislador⁴³.

Éstos se relacionan con el contenido que establece el apartado segundo del artículo 36.3: «*La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador*». Esta innovación, al igual que la anterior, ha sido objeto de diversas interpretaciones, quizá con mayor interés aún, en la medida en que venía a proporcionar un nuevo tratamiento a la cuestión relativa a la validez del contrato suscrito sin permiso de trabajo.

Desde la advertencia inicial sobre la dulcificación de sanciones que por incumplimiento del deber de proveerse de permiso estableció originariamente la Ley Orgánica 4/2000 y consecuente necesidad de revisar el criterio tradicional de la nulidad del contrato⁴⁴, pasando por posiciones que han argumentado la consideración del permiso de trabajo como condicionante de la eficacia del contrato, es decir, existente, pero ineficaz hasta tanto recaiga dicho permiso⁴⁵, o bien, volviendo a las tesis sobre la nulidad del contrato pero ampliando los efectos que para la nulidad prevé con carácter general el artículo 9.2 LET, puesto que la nueva Ley los extiende a la totalidad de derechos que asisten al trabajador derivados de la relación de trabajo⁴⁶.

⁴³ Como ha señalado RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «*El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios*», *cit.*, p. 93.

⁴⁴ LUJÁN ALCARAZ, J.: «*El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*», *cit.*, p. 21.

⁴⁵ CHARRO BAENA, P.: *Las Autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, *cit.*, p. 142-143. En igual sentido STS de 31 de diciembre de 1991, A. 9.243.

⁴⁶ RAMOS QUINTANA, M.I.: «*Trabajadores extranjeros e integración social*», *cit.*, p. 54, y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, *cit.*, a partir de la 8ª ed., p. 667.

Finalmente, y aun después de las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 8/2000, se ha avanzado la idea de la plena validez del contrato⁴⁷.

Llegados a este punto del desarrollo de este intenso debate creo que se está en condiciones de, efectivamente, dar un paso más, esto es, romper con la tradicional concepción del contrato nulo por falta de permiso de trabajo.

2.2. *Atribución legal de efectos al contrato de trabajo celebrado sin permiso*

Volviendo a los criterios que sobre la eficacia general de las normas jurídicas establece el artículo 6.3 del Código Civil, éste señala que son nulos los actos contrarios a norma imperativa o prohibitiva. Es cierto que la LOE sigue estableciendo de forma imperativa la obligación de proveerse de permiso de trabajo, pero el mismo precepto citado señala a continuación que tales actos serán nulos, «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Ese efecto distinto es el contemplado en el artículo 36.3 LOE, es decir, reconocimiento de todos los derechos que asisten al trabajador derivados de cualquier relación de trabajo, dotando así de estos efectos al contrato sin permiso y todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar dicho incumplimiento.

Se invierte la regla tradicional, de tal modo que la carencia de permiso no determina la invalidez del contrato con respecto a los derechos del trabajador. Ello es así porque se atribuye al empresario la responsabilidad de la obtención del permiso de trabajo: es el sujeto legitimado para solicitarlo (artículo 80 del Anteproyecto de Reglamento) y es, asimismo, el sujeto obligado al pago de las tasas que por expedición del mismo establece el artículo 46 LOE. No es una facultad, es un deber al que se anuda el efecto de preservar la validez del negocio jurídico consistente en el contrato de trabajo.

Sobre este aspecto, merece destacarse aquí, se ha configurado un supuesto específico dentro del ámbito de aplicación del principio de indisponibilidad de derechos de los trabajadores (artículo 3.5 LET), en este caso, de los extranjeros, pues una norma con carácter de derecho necesario advierte que será nulo todo pacto en virtud del cual el trabajador asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de las tasas (artículo 46.2 LOE).

¿Cuál es el bien jurídico protegido con los efectos que adjudica al contrato la nueva Ley de extranjería? Sin duda, evitar el enriquecimiento injusto del empresario que, habiéndose beneficiado del trabajo recibido, ya prestado por el trabajador, pudiera sin embargo verse exonerado del cumplimiento de sus deberes con

⁴⁷ Idea que intuitivamente apuntan inicialmente ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, cit., en la 18ª edic., p. 144, y que, tras la Ley Orgánica 8, desarrollan ROJO TORRECILLA, E.: «Trabajo y emigración: ¿viejas respuestas frente a nuevas realidades?», cit., p. 286, y RODRIGUEZ-PINERO, M.: «El Derecho del Trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», cit., p. 89 y ss.



respecto a este último. El legislador ha querido impedir que el empresario pueda beneficiarse de la acción de nulidad cuando por su voluntad u omisión ha contribuido a generar la causa que podría provocar la invalidez del contrato.

Esta consideración de la validez del contrato expresada en los anteriores términos supone: obligaciones de afiliación/alta y cotización a la Seguridad Social por el tiempo trabajado, abono de salarios debidos, pago de indemnización si como consecuencia de detectarse la falta de permiso el empresario procede al despido (acto constitutivo de una condición resolutoria potestativa; es el empresario el obligado a cumplir la obligación de proveerse del permiso), satisfacción de derechos en materia de jornada, descansos, promoción profesional, etc., atribución, en definitiva, de los derechos que al trabajador correspondan, ya sea desde el plano legal, convencional o contractual.

Ha habido un giro muy importante en la construcción legal de la validez o no del contrato celebrado por extranjero sin el correspondiente permiso de trabajo. De la invalidez del contrato expresamente formulada por el ya lejano Decreto de 1968 se ha pasado a su validez, a los efectos del reconocimiento de «*todos*» los derechos del trabajador derivados de la existencia de dicha relación contractual que consagra en el momento actual el artículo 36.3 LOE.

