



Universidad  
de Alcalá

# SITUACIÓN LABORAL DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

Foreigners employment situation in Spain

## Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

**D<sup>a</sup> JESSICA ANDREA GUERRERO OSORIO**

Dirigido por:

**Dr. JOSÉ LUIS GIL GIL**

Alcalá de Henares, a 18 de SEPTIEMBRE de 2019

## ÍNDICE

1) INTRODUCCIÓN .....	4
2) BREVE EVOLUCIÓN SOBRE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA .....	6
3) EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS.....	9
3.1.Principio de igualdad entre españoles y extranjeros en el derecho al trabajo.....	13
4) EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS .....	15
4.1 Autorización de residencia y trabajo .....	16
4.1.1 La autorización para trabajar como requisito del contrato de trabajo.....	20
4.2 Derechos básicos del trabajador extranjero no comunitario en situación Irregular .....	31
4.3 Responsabilidad del empresario .....	34
5) CONCLUSIONES.....	36
6) BIBLIOGRAFÍA.....	38

## **Abreviaturas**

C.E- Constitución Española

C.C – Código Civil

LO- Ley Orgánica

LOEX- Ley Orgánica de Extranjería

RD- Real Decreto

STC - Sentencia del Tribunal Constitucional

STS- Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ-Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

## **1. INTRODUCCIÓN**

Los derechos laborales de los extranjeros en España se han ido ampliando con el transcurso de los años. Podríamos achacar tal avance al movimiento migratorio internacional, que ha obligado a los Estados a abrir sus mercados de trabajo y a adoptar medidas más flexibles que permitan el acceso de los extranjeros residentes en ellos.

Pese a que no ha sido tarea fácil, no podemos poner en duda que se ha logrado un gran avance con respecto a la situación anterior. En este laborioso camino ha tenido un papel muy relevante la normativa desarrollada por los organismos estatales, internacionales y comunitarios, con las que se ha conseguido, en materia de condiciones de trabajo, la igualdad de trato de españoles y extranjeros, eliminando de esta manera todas las formas de discriminación por razón de origen/racial en el ámbito de la contratación laboral. En concreto, en relación con el ordenamiento jurídico español, el reconocimiento de estos derechos aparece contemplado en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. De la misma manera, la participación del Tribunal Constitucional ha sido decisiva.

El propósito de este trabajo es analizar la protección de la que goza hoy en día en el ámbito laboral el extranjero que estando en situación irregular, o lo que es lo mismo, que no dispone de la autorización administrativa de trabajo, pero presta servicios a un empresario.

Así, en primer lugar, expondremos la doctrina del Tribunal Constitucional respecto al principio de igualdad entre los españoles y extranjeros. Este análisis resulta necesario como paso previo para analizar la incidencia de este principio en el ámbito laboral, y para dilucidar en qué medida ciertas diferencias de trato pueden considerarse o no discriminatorias. Nos detendremos también en analizar algunas de las manifestaciones del principio de igualdad entre españoles y extranjeros en materia de condiciones de trabajo.

En segundo lugar, y centrándonos específicamente en el objeto de nuestro trabajo, procederemos a analizar el régimen jurídico-laboral de los extranjeros en España. Tras una breve introducción sobre la regulación vigente, expondremos los caracteres generales

del requisito legal de autorización administrativa de trabajo exigida a los extranjeros para trabajar en España, según el art. 36.1 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En relación con esta última, abordaremos también la evolución jurisprudencial y de la Ley de Extranjería (con todas sus modificaciones) en lo que se refiere a la eficacia del contrato de trabajo de los extranjeros en situación irregular.

Finalizaremos el trabajo analizando la responsabilidad del empresario por contratar a extranjeros en situación irregular.

## **2. BREVE EVOLUCIÓN SOBRE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA**

La primera legislación en materia de extranjería fue la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta Ley nace como una necesidad de regular la situación de los extranjeros en España, puesto que desde el RD 17 de noviembre de 1852, el ordenamiento jurídico había carecido de una normativa relacionada con la materia, así lo indicaba en su Exposición de motivos.

La Ley Orgánica 7/1985, recogía un grupo de derechos muy reducidos para los extranjeros, privándoles de muchos de ellos o condicionándolos a su situación administrativa, como veremos más adelante. Muchos autores han achacado tal rigidez, a la coincidencia de su promulgación con la entrada de España a la UE, lo que generó temores de que “el país se convirtiera en la puerta de entrada de inmigrantes en Europa”. Para el desarrollo de esta Ley, se dictaron sendos reglamentos en 1986 y en 1996, entre ellos Real Decreto 1119/1986 y 155/1996.

La LO 7/1985 es derogada más tarde en su integridad por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta Ley menos sancionadora que la anterior, nace para buscar soluciones ante la inestabilidad legal a la que nos había conducido la ley anterior, lo que la había convertido en poco operativa para regular el fenómeno migratorio en España.

De esta manera, con la LO 4/2000, se buscaba avanzar hacia una política de migración, a través de la integración social de los extranjeros. Así, se reconocía por primera vez a los inmigrantes como sujetos de derecho.

La LO 4/2000 continúa en vigor, tras haber sido modificada en varias ocasiones, a continuación veremos tres de las más importantes modificaciones, y que han sido la base de nuestro trabajo.

- 1) La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y su reglamento de desarrollo de fecha 20 de julio, el Real Decreto 864/01, nace como contrarreforma a la LO 4/2000, ya que como establece en su exposición de motivos, en la LO 4/2000 se detectaron “*durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma*”. Por ello, la LO 8/2000 vino a restringir algunos de los derechos de los extranjeros, que ya se habían reconocido por el texto inicial,

reinstaurando en cierta medida el régimen sancionador que había establecido la ya derogada LO 7/1985.

- 2) El carácter sancionador a la que había sido inducida la Ley de Extranjería tras su reforma por la LO 8/2000, es modificado más tarde por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y que se complementaba con el Real Decreto 2393/2004 que la desarrolla. Esta ley dio en un paso hacia adelante, pues se caracterizó por liberalizar el empleo de los extranjeros. El resultado de su promulgación vino como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la ST de 22 de mayo de 2003 en la que se declararon nulos una serie de artículos del Reglamento 864/2001.

En su exposición de motivos, se establece que el objeto de la ley era incorporar las nuevas directrices comunitarias en materia de extranjería e inmigración<sup>1</sup>, y reforzar los mecanismos para luchar contra la inmigración ilegal, que había experimentado un crecimiento en España, así como conceder cobertura legal a ciertas previsiones de carácter reglamentario.

- 3) La Ley de Extranjería vuelve a ser modificada esta vez por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre y su reglamento de desarrollo 557/2011. Esta ley nace con el objeto de completar y precisar la transposición de directivas comunitarias<sup>2</sup>, adaptar el texto

- 
- <sup>1</sup> Directiva 51/2001, del Consejo, de 28 de junio, sobre la obligación de los transportistas con respecto a los extranjeros transportados.
  - Directiva 40/2001, del Consejo, de 28 de mayo, relativa al conocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.
  - Directiva 90/2002, del Consejo, de 28 de noviembre, que define la ayuda a la entrada, circulación y a las estancias irregulares.
  - Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2001, en cuanto a la exigibilidad de tasas de visados.
  - <sup>2</sup> Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. (DOUE de 6 de diciembre de 2003).
  - Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).
  - Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004).
  - Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 6 de agosto de 2004).
  - Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004).
  - Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005).

legal a la jurisprudencia constitucional (el TC había declarado la inconstitucionalidad de ciertos artículos de la LO 4/2000, cuestión que veremos a detalle más adelante)<sup>3</sup>, y adaptarse de la nueva realidad migratoria en España.

La Ley de extranjería por su carácter y objeto, es una legislación que mantiene en constante cambio, por lo que además de las modificaciones expuestas, que como indicamos al principio de esta línea, son las que se corresponden con el objeto de estudio de este trabajo, se han producido posteriormente sucesivas reformas sobre la misma, como resultado del flujo migratorio que cada año varía y al que el legislador se pretende adaptar. No obstante, los ejes principales de la regulación se dirigen en especial al empleo de los extranjeros y el control de la inmigración irregular.

- 
- Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).
  - Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009).
  - Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009).

<sup>3</sup> **Preámbulo** “El Tribunal Constitucional ha resuelto los indicados recursos de inconstitucionalidad, entre otras, en las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, reconociendo que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo. Consecuentemente con ello, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos de la ley Orgánica 4/2000 que regulaban los indicados derechos fundamentales”.



### **3. PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS**

El eje central para la configuración del régimen jurídico constitucional de los derechos de los extranjeros en España lo constituye el art. 13.1 de la Constitución Española, el cual establece que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, y en el apartado segundo que “*solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*”.

El contenido de este precepto fue muy cuestionado, hasta el punto de llegar a ponerse en duda su legitimidad, por considerar que condicionaba el ejercicio de determinados derechos constitucionales por parte de los extranjeros, vulnerando así el principio de igualdad recogido en el art. 14 CE.

Lo anterior fue objeto de interpretación por el Tribunal Constitucional ( en adelante, TC), el cual dejó sentado desde la STC 107/1984, de 23 de noviembre, que aunque el art. 14 del texto constitucional cuando proclama el principio de igualdad lo hace con exclusividad refiriéndose a los españoles “*los españoles son iguales ante la ley*”, no es constitucionalmente admisible la diferencia de trato entre españoles y extranjeros o que la igualdad entre españoles y extranjeros este constitucionalmente excluida, puesto que la situación jurídica de los extranjeros debe ser contrarrestada con otros preceptos y no exclusivamente con el art. 14 CE, pues así lo señala el art. 13.1 del texto constitucional, cuando establece que el disfrute de las libertades públicas<sup>4</sup> reconocidos a los extranjeros en el Título I CE, se efectuará en la medida en que lo determinen los “**tratados internacionales y la Ley**” y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas (FJ 3).

En tal sentido, el TC sostiene que la remisión a la Ley que contiene el art. 13.1 CE supone que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, pese a seguir siendo derechos

---

<sup>4</sup> La expresión “libertades públicas” utilizada en el precepto no debe ser interpretada en sentido restrictivo, de manera que los extranjeros disfrutarán “no sólo de las libertades sino también de los derechos reconocidos en el título I de la Constitución” (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ.3)

constitucionales y estar dotados de la protección constitucional, son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal, y añade que esto no supone en ningún caso, una “*desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros*” puesto que el legislador aunque tenga concedido un amplio margen de libertad para regular el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros en España, no goza de una libertad absoluta, ya que está sometido a unos límites derivados del conjunto del título I de la Constitución.

En definitiva, el TC declaró que “*el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos dependerá, pues, del derecho afectado*” (FJ. 4). En base a ello, EL TC realizó una triple clasificación:

- 1) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, y cuya regulación ha de ser igual para ambos: en estos derechos no se admite un trato diferenciado, pues como indica el art. 10.1 CE, son inherentes a la persona y por tanto, fundamento del orden político y de la paz social. Como señala el TC, estos derechos “*pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano*” (FJ. 3)
- 2) Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros: son aquellos derechos reconocidos de forma exclusiva a los españoles. Estos derechos son los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 CE:
  - Derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
  - Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.
- 3) Derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes: el TC señaló que en estos derechos “*es admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*” (FJ. 4).

El TC vino a reiterar lo anterior en la **STC 236/2007, de 7 de noviembre**, aunque matizó algunas cuestiones. De esta manera, el Tribunal afirma que concediendo el art. 13.1 CE amplio margen de libertad al legislador para regular el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio, una regulación a este tenor deberá tener en cuenta lo siguiente (FJ. 4):

- 1) El grado de conexión de los concretos derechos que regula con las garantías de la dignidad humana.
- 2) El contenido preceptivo del derecho, cuando este venga reconocido a los extranjeros directamente por la CE.
- 3) El contenido delimitado para el derecho por la CE y por los Tratados internacionales.

En cuanto al primer grupo, aquellos derechos que tienen un grado de conexión con las garantías de la dignidad humana, la jurisprudencia ya había reiterado que, *“existen derechos del Título I que, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”* (STC 107/1984. FJ. 3; STC 95/2000, de 10 de abril. FJ. 3).

La doctrina vino a matizarse en la STC 236/2007, pues como señaló el TC, aunque todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana, sólo determinados derechos que tengan un **grado de conexión con la dignidad humana**, no admitirán condiciones que limiten su ejercicio, es decir, en este grupo de derechos el legislador *“no podrá modular o atemperar su contenido ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”* (STC 236/2007, FJ. 3).

Para determinar cuáles son estos derechos imprescindibles para la dignidad humana, el TC indica que se debe atender a su contenido y naturaleza, los cuales permiten precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad humana de la persona, siguiendo como criterio interpretativo la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás acuerdos y tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, esto último a tenor de lo que establece el art. 10.2 CE.

Así mismo, el TC manifiesta que en esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el

derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). El TC afirma que *“todos estos derechos han sido reconocidos a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva”* (STC 236/2007 de 7 de noviembre, FJ. 3).

En cuanto al segundo grupo, aquellos derechos que vengán reconocidos a los extranjeros por la CE, el TC señala que estos lo constituyen el derecho de reunión y el derecho de asociación. A lo anterior añade que, el hecho de que estén constitucionalmente reconocido a los extranjeros, ello implica que *“el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer «condicionamientos adicionales» respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien «ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no puede estimarse aquel precepto [art. 13.1 CE] permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros”* (STC 236/2007, FJ.4)

En cuanto al tercer grupo, aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, el legislador goza de mayor libertad para regularles. Sin embargo, pese a ser derechos de configuración legal *“siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional”*. (STC 107/1984, FJ.3).

Por tanto, en este grupo de derechos el TC ha admitido la diferencia de trato de los extranjeros con los españoles en cuanto a su ejercicio (STC 107/1984, FJ.4). Sin embargo, aunque el legislador tiene un mayor margen de actuación, ya que puede modular las condiciones de su ejercicio *“en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”* (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3), aquella libertad no es absoluta, pues está siempre condicionada en primer lugar, a respetar aquellos derechos que guarden conexión con la dignidad humana (art. 10.1 CE), y en segundo lugar, siempre que respetando contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y que guarden adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (STC 236/2007, FJ. 4).

El TC recoge algunos de estos derechos en la STC 236/2007, FJ. 4: “*el derecho al trabajo (STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4), el derecho a la salud (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), el derecho a percibir una prestación de desempleo (STC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2), y también con matizaciones el derecho de residencia y desplazamiento en España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4)*”.

### **3.1. Principio de igualdad entre españoles y extranjeros en el derecho al trabajo**

El derecho al trabajo se reconoce de forma exclusiva a los españoles en el art. 35 del texto constitucional.

En el caso de los extranjeros, el Estatuto de los trabajadores (en adelante ET), reconoce a estos, capacidad para trabajar, condicionado a lo que disponga su Legislación específica, la cual como veremos más adelante, exige a quien quiera ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional la obtención de la correspondiente autorización para residir y trabajar.

Está regulación recogida en nuestro ordenamiento jurídico, unida al pronunciamiento del TC, evidencian la no equiparación o la diferencia de trato entre españoles y extranjeros en el ejercicio del derecho del trabajo.

Así, el TC señalaba en la ST 104/1984 que el derecho al trabajo de los extranjeros en España, es un derecho de configuración legal, *-ya que ya que no existe ninguna cláusula constitucional que exija un reconocimiento idéntico del derecho al trabajo de nacionales y extranjeros*<sup>5</sup>-, que pertenecerá o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, así lo recoge el art. 13.1 CE.

Sin embargo, este trato desigual ha de circunscribirse al momento de acceso al mercado de trabajo español: se da preferencia de acceso al trabajo a los nacionales frente a los extranjeros, a los que se limita mediante la exigencia de una autorización administrativa para trabajar sometida a la valoración de la situación nacional de empleo, pues a continuación el régimen jurídico se caracteriza por la igualdad de derechos laborales entre

---

<sup>5</sup> STC 107/1984, FJ.4 “*la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles*”

el extranjero y el nacional<sup>6</sup>. Así lo afirma el TC en la ST 107/1984, FJ. 4 *“la igualdad pretendida por el demandante lo es para la contratación laboral, es decir, para el ejercicio del derecho al trabajo. Y tanto porque no existe tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo -lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación, con excepciones-, como porque la propia Constitución sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles”*.

Así mismo, el TC manifiesta que la exigencia legal impuesta a los extranjeros de obtener una autorización administrativa para acceder al empleo, no vulnera el principio de igualdad reconocido en el art.14 CE, y ello porque para el acceso al mercado de trabajo el texto constitucional no exige igualdad de trato entre españoles y extranjeros: *“la existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato”*. ST 104/1984, FJ. 4

A lo anterior, el TC añade que, independientemente de la situación administrativa (situación regular o irregular) en la que se encuentren los extranjeros en España, el hecho de incumplir el requisito legal de estancia o residencia, no significa que estén *“desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España”*, puesto que el legislador debe respetar unos límites, como lo expusimos anteriormente, lo que le impide *“privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa”*.

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup> BELÉN. *Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España*. Editorial Aranzadi, S.A.U., enero de 2012. Pág. 1

#### **4. EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS.**

El art. 7. c) ET dispone que *“podrán contratar la prestación de su trabajo: los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”*, por tanto, el Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación laboral de los extranjeros se remite a la LO 4/2000, de 11 de enero (en adelante, LOEX) y a su RD 557/2011, de 20 de abril.

La LOEX en su art. 10.1 en consonancia con el art. 36, reconoce a los extranjeros el derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, siempre que obtengan previamente la correspondiente autorización de residencia y trabajo.<sup>7</sup>

No obstante, este requisito legal exigido a los extranjeros, de obtener la autorización de residencia y trabajo, se excluye cuando concurren **“circunstancias excepcionales”** en la situación del extranjero como lo son, los supuestos **de arraigo protección internacional<sup>8</sup>, razones humanitarias, de colaboración con las autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público** (art. 31.3 LOEX, art. 123 RD 557/2011), en especial, las mujeres víctimas de violencia de género cualquiera que sea su situación administrativa, podrán solicitar la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales *“a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género”* (Art. 31 bis LOEX, Art. 123 RD 557/2011).

De igual manera, están exentos de obtener la autorización de trabajo para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional *“los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares”* (art.

---

<sup>7</sup> Está exigencia de la autorización administrativa para trabajar en España, se había exigido desde antes de la promulgación de la LOEX. Así en el RD 1031/1980, en el art. 1 se recogía que *“los extranjeros que pretendan realizar en España una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, deberán solicitar simultáneamente el permiso de trabajo y la correspondiente autorización de residencia al gobernador civil de la provincia, a través de la jefatura superior o comisaría provincial de policía, que someterá a dicha autoridad las solicitudes debidamente informadas”*

<sup>8</sup> Los extranjeros que se acojan al arraigo y a la protección internacional, pese a que el objeto de su situación es otorgarles la residencia, la concesión del permiso lleva aparejado el permiso de trabajo, así lo establece el art. 129.1 RD 557/2011: *“la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquella, con excepción de la que se conceda a los menores de edad laboral, o en casos de exención del requisito de contar con contrato por contar con medios económicos que no deriven de la realización de una actividad por cuenta propia, En la misma situación se hallarán las personas a las que se refiere el artículo 125 de este Reglamento.”*

2.a. LOEX), así como aquellos extranjeros que se dediquen al ejercicio de determinadas actividades enumeradas en el art. 41.1 LOEX, tales como actividades universitarias, científicas, culturales, artísticas, religiosas, informativas, de cooperación con la Administración española, de representación sindical internacional.

#### ***4.1. Autorización de residencia y trabajo***

La regulación de la autorización administrativa de residencia y trabajo, viene recogido en la LO 4/2000, en el Título II – dedicado al régimen jurídico de los extranjeros- Capítulo II, bajo la rúbrica “*De las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas*”.

La LOEX establece en su art. 36.1 que, los extranjeros mayores de dieciséis años que pretendan ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán obtener previamente una autorización administrativa previa de residencia y trabajo, la cual se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en supuestos excepcionales - *penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente-*.

Así, en función de la actividad que se pretenda desarrollar, la LOEX regula diferentes clases o tipos de autorizaciones de residencia y trabajo, exigiendo para unas u otras distintos requisitos:

- 1) ***Autorización de residencia y trabajo por cuenta propia (art. 37)***
- 2) ***Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 38)***
- 3) ***Autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados (art. 38 ter)***

En los tres supuestos, es requisito imprescindible que el trabajador no se encuentre de irregularmente en territorio español (art. 64.2.a); 87.1.a); 105.2.a))

Estas autorizaciones de residencia y trabajo a su vez pueden ser **iniciales o sucesivas**.



- **Autorización de residencia y trabajo iniciales**

El art. 149.1.2 CE, atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de “*nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”. Sin embargo, tras la reforma de la LOEX por la LO 2/2009, se concede a las CCAA competencia para conceder autorizaciones de trabajo iniciales tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, siempre “*en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia*” (art. 37.3, art.38.8).

En lo que respecta a los requisitos para su concesión, la autorización inicial de trabajo viene delimitada geográficamente y temporalmente.

Así, en el caso de la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, se limitará a un ámbito geográfico que “*no puede ser superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad*”, y tendrá la duración de un año (art. 37.2 LOEX y art. 104 RD 577/2011). Por su parte, la concesión de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, se limitará salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, “*a un determinado territorio y ocupación*” (art. 38.5), y su duración se determinará reglamentariamente (art. 38.5 LOEX).

Además del límite geográfico y temporal que exige la ley para ambas autorizaciones, para la realización de ***actividades económicas por cuenta propia***, el extranjero deberá cumplir todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan. (art. 37.1 LOEX y art. 105 RD 577/2011). El extranjero que se encuentre trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, incurriría en una infracción leve o en una infracción grave, según se cuente con permiso de residencia temporal para la primera, o no se cuente con autorización de residencia válida para la segunda, además deberá afrontar el pago de una multa que va en el caso de la infracción leve hasta 500 euros, en virtud de lo establecido en el art. 52.c) y art. 55.1.a) LOEX, y en el caso de una infracción grave, de 501 hasta 10.000 euros, en virtud de lo establecido en el art. 53.1.b) y 55.1.b) LOEX. En este último caso, es decir, cuando incurra en una infracción grave, el art. 57.1 LOEX establece que podrá aplicarse

al extranjero, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español.

Por su parte, para la concesión de la *autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena*, es imprescindible que el extranjero este fuera de España durante el proceso de solicitud (art. 63RD 557/2011)<sup>9</sup>. Así mismo, su contratación está condicionada a “*la situación nacional de empleo*”, salvo para el ejercicio de las actividades contempladas en el art. 40 de la LOEX, la cual se determina por el Servicio Público de Empleo, en función del “*Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura*”, el cual es remitido por cada CCAA (art. 38.1, art. 65 RD 557/2011). En este catálogo se recogen los empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros, todo ello supeditado finalmente a la aprobación previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (art. 38.2). Una vez se apruebe el puesto vacante, la solicitud debe ser presentada por el empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible. Posteriormente, 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 (art. 39.3).

El condicionamiento a la “situación nacional de empleo” que establece la LOEX para conceder la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, es el resultado de la interpretación del TC respecto al alcance del principio de igualdad entre españoles y extranjeros en el derecho al trabajo, y la admisión de diferencia de trato en lo que respecta al acceso al empleo (STC 107/1984, 236/2007, entre otras). Como se expuso anteriormente, con estas medidas se busca proteger el mercado nacional y es por este motivo por el que se limita la concesión de la autorización a las ocupaciones de “dificil cobertura”.

En cuanto a la solicitud de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, está deberá ser realizada por el empresario, y en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice la actividad laboral continuada durante el periodo de vigencia de la autorización (art. 36.4 LOEX). No obstante, el legislador condiciona la eficacia de la

---

<sup>9</sup> “No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo” (Art. 36.7 LO 4/2000, y Art. 64.1.d. RD 557/2001).

autorización administrativa de residencia y trabajo inicial, al alta del trabajador en la Seguridad social (art. 36.2). Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero queda obligado a salir del territorio nacional, incurriendo, en caso contrario, en una infracción grave, esto según lo establecido en el art. 25 bis d) y 53. 1a) LO 4/2000.

- **Autorización de residencia y trabajo sucesivas**

A partir de la concesión inicial, las autorizaciones, tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, se concederán “*sin limitación alguna de ámbito geográfico u ocupación*” (Art. 38.7), y se irán renovando a su expiración, por un periodo de dos años, *salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración* (art. 72 y art.109 RD 557/2011), siempre que concurren las circunstancias recogidas en el art. 38.6 de la LOEX para el caso de los trabajadores por cuenta ajena (*cuando el contrato de trabajo que motivo la concesión de la autorización persista o se renueve, o exista un nuevo contrato; cuando se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo; cuando sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público, cuando sea víctima de violencia de genero*), y para los que ejerzan actividades por cuenta propia, las circunstancias contempladas en el art. 109.1 RD 557/2011.

Por lo tanto, tras la renovación, la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena ya no se condiciona a la situación nacional de empleo, como ocurría con la autorización inicial, sino a la concurrencia en el extranjero de determinadas circunstancias profesionales.

#### **4.1.1. La autorización para trabajar como requisito del contrato de trabajo**

Según lo expuesto anteriormente, la autorización administrativa para trabajar es, con importantes excepciones un requisito legal que se exige al trabajador extranjero para la conclusión del contrato de trabajo, sin embargo, el mismo no constituye un requisito de eficacia del contrato de trabajo<sup>10</sup>. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, y posteriormente ha sido transpuesto al art. 36.5 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero.

La actual redacción del art. 36.5 es el resultado de sucesivas modificaciones de la LOEX, en las que la jurisprudencia ha jugado un papel muy importante, pasando de condicionar la validez del contrato de trabajo a la obtención de la mencionada autorización de trabajo, a reconocer que la contratación de un extranjero sin contar con la necesaria autorización administrativa para trabajar, no invalidaba el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Es por ello que a continuación vamos a exponer algunas de las sentencias más relevantes del TS en esta materia. Así mismo y de forma paralela, comentaremos las reformas que a su vez ha ido experimentando la LOEX, hasta llegar a su regulación vigente.

- **La jurisprudencia tradicional, anterior a la LO 4/2000 , entendía que el contrato de trabajo celebrado sin la debida autorización administrativa era nulo por contradicción con los artículos 6.3 y 1.275 CC en relación con el artículo 7.c) ET.**

En este sentido, en la Sentencia 21 de marzo de 1997, el TS declaro haber lugar a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la mercantil HAMPTON FITNESS S.L, contra la sentencia de 08 de febrero de 1996 de la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resolvió recurso de suplicación formalizado contra la sentencia dictada el 23 de junio de 1994 por el Juzgado de lo Social número 16 de Madrid, en procedimiento de despido a instancia de Don Carlos Ramón.

---

<sup>10</sup> MARTÍN VALVERDE, ANTONIO; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ-SAÑUDO FERMÍN; GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. *Derecho del trabajo*. 27ª Edición Tecnos, 2018, Madrid. Pág. 504

Según los hechos expuestos en la mencionada sentencia, Don Carlos Ramón, de nacionalidad argentina, careciendo del permiso de residencia y trabajo en España, prestaba servicios a la empresa HAMPTON FITNESS SL desde diciembre de 1993 hasta marzo de 1994. No obstante, en fecha 25 de enero de 1994, el trabajador presenta ante la Delegación de Gobierno de Madrid solicitud de exención de visado, aportando un precontrato efectuado con la empresa.

Ante los hechos, el TS falla a favor del empleador HAMPTON FITNESS SL, por considerar que dicho contrato de trabajo sin la obtención de los permisos de residencia y trabajo, en el que solo constaba la petición de exención de visado, es un contrato que merece la calificación de nulo por *“aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores. Tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de los prescrito por el artículo 9.3 del Estatuto de los Trabajadores” (FJ.3)*

- **La jurisprudencia abandona la doctrina anterior con la entrada en vigor de la LO 4/2000, y manifiesta que el contrato de trabajo suscrito por el extranjero no autorizado para trabajar, no es un contrato nulo.**

Así lo recogía el art. 33.3 de LO 4/2000, al establecer que *“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 contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”*.

La LO 4/2000 supuso un avance respecto a la regulación anterior, puesto que vino a ampliar y proteger derechos laborales de los extranjeros, que hasta el momento no se le habían reconocido.

Esta protección que recogía el mencionado artículo 33.3 de la LO 4/2000, fue reafirmada más tarde y de forma más patente en la Ley 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la LO 4/2000, cuando en el art. 36.3 aludía concretamente al “extranjero no autorizado para trabajar”. Así quedaba redactado su primer párrafo *“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 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”*. El segundo párrafo de este artículo –prácticamente

inalterado respecto a la redacción que había dado la LO 4/2000-, establecía que: *“la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”*.

Por tanto, según la regulación precedida hasta ese momento, el contrato de trabajo celebrado por un extranjero, independientemente de su situación administrativa, se consideraba un contrato válido. Lo anterior fue reconfirmado por el TS.

Así, en la Sentencia de 29 de septiembre de 2003, el TS declara no haber lugar a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Agustín contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2002, del TSJ de Cataluña, promovida por Doña. M<sup>a</sup> Luz, sobre despido nulo.

Según los hechos expuestos en la mencionada sentencia, Doña. M<sup>a</sup> Luz, de nacionalidad Argentina, careciendo de autorización de residencia y trabajo, prestaba servicios como ayudante de catering al empresario D. Agustín desde el 24 de agosto de 2000. En fecha de 11 de enero de 2001, Doña M<sup>a</sup> Luz solicita autorización administrativa de trabajo, y no constando que dicha autorización fuera denegada, el 30 de julio de 2001 el empresario le comunica verbalmente que estaba despedida, sin que le notificara por escrito, siendo el motivo del despido el haber planteado al empresario que no podía realizar sobreesfuerzos desmedidos y desproporcionados como consecuencia de estar embarazada. El Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona, en la sentencia 11 de octubre de 2001 estima la demanda de despido nulo interpuesta por la trabajadora y condena a Agustín a la readmisión de la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido así como al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 30 de julio de 2001. Don Agustín recurre en suplicación ante el TSJ de Cataluña pero la misma es desestimada, por lo que interpone recurso para la unificación de doctrina ante el TS.

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo falla a favor de Doña M<sup>a</sup> Luz, y declara que no se trata de un despido nulo ya que cuando se procede el cese de la trabajadora, se encontraba en vigor la LO 4/2000, el cual en su art. 33.3 declara la validez del contrato de trabajo del trabajador extranjero que carece de la correspondiente autorización administrativa para trabajar, confirmando así el pronunciamiento de la sentencia del TSJ Cataluña de fecha 30 de mayo de 2002, en la que se confirmaba la sentencia de 11 de octubre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona, el cual acordaba la readmisión de

la trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, así como el pago de los salarios de tramitación que se dejaron de percibir desde la fecha del despido.

→ Pese a que la sentencia en cuestión no lo indica, es importante señalar que en materia de despido, el TS ya había declarado que el empresario que extinguiera el contrato de trabajo suscrito con un extranjero en situación irregular, perdía el derecho a opción entre readmitir el trabajador o extinguir su contrato previa indemnización, viéndose obligado a acogerse a indemnizar e imposibilitado a readmitir al trabajador extranjero (STS, de 5 de julio 2006, Rec. 1401/2005 , y de 14 de mayo de 2002 , Rec. 6085/2001)

En la Sentencia 21 de junio de 2011, el TS se remite a la ya comentada Sentencia de 29 de septiembre de 2003, sin embargo realiza una precisión “el contrato de trabajo suscrito por el extranjero sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley, que, sin embargo contempla la validez respecto de los derechos del trabajador afectado en virtud de lo que establece el art. 36 de la LO 8/2000 de 22 de diciembre , que reformó en parte la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero” (FJ.2)

*Antes de entrar a comentar la sentencia en cuestión, cabe señalar que la LO 8/2000 se reformó más tarde por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y con ello el art. 36.3, que quedó prácticamente inalterado respecto a la redacción anterior, salvo la último inciso que comentaremos más adelante.*

Según los hechos expuestos en la mencionada sentencia, Doña Encarnación, de nacionalidad brasileña, prestaba servicios como camarera para el empresario D. Obdulio desde el 17 de diciembre de 2006 hasta el 10 de diciembre de 2007 en que cesó la relación laboral al ser detenida la demandante debido a su situación irregular en España. No obstante, el 17 de abril de 2008, Doña Encarnación comenzó a trabajar de nuevo, también como camarera. El 24 de julio de 2009, tras una visita de la Inspección de trabajo, se sanciona al empresario por tener trabajando a un extranjero sin la autorización para trabajar. A consecuencia de lo anterior, el empresario despide verbalmente a la demandante, sin alegar ninguna de las causas previstas en la legislación laboral.

El Juzgado de lo Social 4 de Castellón, dicta sentencia el 10 de noviembre de 2009, estimando en parte la demanda de despido interpuesta por la trabajadora, declarando su improcedencia y, al mismo tiempo, la extinción de la relación laboral con esa misma fecha

"*debido a ser la demandante extranjera sin permiso de trabajo*", condenando al empresario a abonar una indemnización por despido de 2.609,67 €. Ante lo anterior, Doña Encarnación recurre en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 7 de julio de 2010 , estimando en parte el recurso de suplicación, condenando al empresario a abonar a la trabajadora la cantidad de 4.606,17 € en concepto de salarios de tramitación, correspondiente desde la fecha del despido (28-7-2009) hasta la de notificación de la sentencia de instancia (26-11-2009). Por lo anterior, Don Obdulio interpone recurso para la unificación de doctrina ante el TS.

Ante lo anterior, el TS falla a favor de Doña Encarnación, puesto que entiende que pese a que el contrato de trabajo del trabajador extranjero desprovisto de la autorización administrativa para trabajar esté afectado por la sanción de nulidad, la validez y consecuente eficacia del contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero que prevé el art. 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000 , en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 , de modo similar a la regulación inmediatamente anterior (LO. 8/2000), impide a que la trabajadora se vea privada de los derechos que se derivan de la contratación, particularmente en este caso los que se contemplan para el despido improcedente, como son los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido [arts. 56.1.b) y 53.5 del ET y 110.1 y 113 de la LPL] (FJ.2)

Distinto de los supuestos anteriores, es cuando el trabajador extranjero provisto de la autorización administrativa exigida para trabajar en España, pierde la misma por falta de renovación. El Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto a los efectos que produce esta pérdida de la autorización para trabajar, considerando que en estos casos el despido no es nulo, sino inexistente y el empleador puede resolver el contrato de trabajo.

Así, en la Sentencia de 448/2012 de 13 de junio, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la trabajadora M<sup>a</sup> Esther contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid, de fecha 04 de noviembre 2011, en reclamación de despido.

Según los hechos expuestos en la mencionada sentencia, Doña. M<sup>a</sup> Esther, prestaba servicios como reponedora para la empresa EXPERTUS MARKETING APLICADO S.A. desde el 03 de junio de 2008, disponiendo desde el inicio de la relación laboral del correspondiente permiso de trabajo y residencia. En diciembre de 2010 la actora se



persona en las oficinas de la empresa -tras diversos requerimientos de ésta para que aportará renovación del permiso de trabajo y residencia, - manifestando que carece de renovación, que le ha sido denegada, pero que va a recurrir. En ese momento solicita verbalmente la baja voluntaria, a la que no se da trámite. Posteriormente, el día 17 de mayo de 2011, Doña. M<sup>a</sup> Esther recibe comunicación de la empresa que indica que ese día se darán por terminadas las relaciones laborales, debido a que le había vencido su permiso de residencia y trabajo y no había presentado la renovación de la misma. La trabajadora alega que se trataba de una causa de ineptitud sobrevenida, y que por lo tanto se trataría de un despido objetivo.

Ante lo anterior, el Tribunal falla a favor de la empresa EXPERTUS MARKETING APLICADO S.A., por considerar que no existe causa de ineptitud sobrevenida, sino una “*extinción por imposibilidad de la prestación de los servicios por causa no imputable al empresario*”, puesto que la pérdida de la autorización para trabajar se había producido por un acto derivado de la propia voluntad del trabajador extranjero, que no había gestionado de forma diligente la renovación del permiso para trabajar, y no por un incumplimiento del empresario. Por ello, señala el Tribunal en el fundamento jurídico 3, no se le puede imponer al empresario “*la obligación de continuar con una contratación que sería irregular o a tener que soportar las consecuencias económicas de un despido cuando es el trabajador el que ha provocado la causa*”

Así mismo, el TS indica que, considerándose la autorización administrativa para trabajar en España un requisito esencial de validez y eficacia, la pérdida del mismo, deja sin efecto el contrato de trabajo ya que el mismo pierde su naturaleza, permitiendo a la empresa resolver el contrato de trabajo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 49.1.b) TRET.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> FJ 2: “A partir de la doctrina que nos precede, se puede afirmar, que la autorización administrativa para poder trabajar, exigida a un extranjero en España, es un requisito esencial para la vigencia del contrato, y por lo tanto forma parte de la base del negocio, lo que viene a significar, que la pérdida de la misma, permite a la otra parte que actuó de buena fe, a partir del momento en que tuvo conocimiento de la misma resolver el contrato de trabajo, pues es evidente, que tanto la trabajadora como la empresa firmaron el contrato sobre la condición tácita o implícita que la eficacia del mismo dependía de que el trabajador pudiese cumplir durante su vigencia con este requisito. Su incumplimiento como condición resolutoria implícita en el contrato, permite a la empresa, en aplicación del artículo 49.1.b) TRET, que pueda resolver el contrato de trabajo, y no sólo porque la prestación de servicios se vuelve imposible sino porque de esta forma se le permite evitar los posibles perjuicios que se pudieren derivar de tener contratado a un extranjero en situación irregular”.

- **La jurisprudencia amplía la protección de los trabajadores extranjeros carentes de la autorización de residencia y trabajo a los accidentes de trabajo.**

El Tribunal Supremo va más allá de lo que disponía hasta ese momento el art. 36.3 de la LO 8/2000, puesto que no solo confirmó la validez del contrato de trabajo suscrito por un extranjero sin contar con la necesaria autorización administrativa para trabajar, sino que también extendió tal protección legal a los supuestos de accidente de trabajo.

Así, en la Sentencia de 09 de junio de 2003, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por el INSS demandado contra la Sentencia de 09 de septiembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sobre accidente de trabajo.

Según los hechos expuestos en la mencionada sentencia, D. X.S, de nacionalidad ecuatoriana, prestaba servicios varios para la empresa EL PUNTO EXACTO S.L., careciendo del permiso de residencia y trabajo en España (teniendo la empresa pleno conocimiento de dicha situación de irregularidad). D. X.S sufre un accidente de tráfico el 05 de mayo del año 2000, conduciendo el vehículo propiedad de la empresa, resultado con lesiones. La sentencia de instancia, confirmada en suplicación, estimó la demanda y declaró el derecho del actor a recibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo a cargo de la dicha empresa, sin perjuicio de que la Mutua Patronal Fremap anticipará las prestaciones y con derecho a repetir contra la empresa demandada, y sin perjuicio de la responsabilidad del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ante los hechos, el Tribunal falla a favor de D. X.S, con apoyo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero que en su texto inicial establecía en su art. 33.3 que la carencia de la autorización de residencia y trabajo por los extranjeros no invalidaba el contrato de trabajo. Así mismo, el Tribunal dejó por sentado que la carencia de autorización también tenía protección frente a los accidentes de trabajo, por considerar tal protección inherente al contrato de trabajo, como lo establecía la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y por lo establecido en el art. 57.d) de la Ley Orgánica 8/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, según la cual la sanción de expulsión no puede ser impuesta a *“Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por*

*desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.*<sup>12</sup>

- **La jurisprudencia se pronuncia sobre las prestaciones por desempleo, declarando que la misma corresponde al extranjero que cuente con la autorización de residencia, y no al extranjero que se encuentre en situación irregular.**

La LO 8/2000 se modifica más tarde por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, y con ello el art. 36.3, el cual supuso un avance al añadir en su último inciso que, la ausencia de la autorización para trabajar no *“será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”*. Esta última cuestión suscitó dudas y confusiones, puesto que no concretaba con exactitud de qué tipo de prestaciones se trataba. Entre las cuestiones que se plantearon se encontraba determinar si le correspondería al extranjero que carecía de la debida autorización de residencia y trabajo en España, el derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social (en adelante SS). Lo anterior provocó la intervención del Tribunal Supremo.

Así, en la sentencia de 18 de marzo de 2008, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por D. Inocencio, contra la sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14.

Según los hechos expuestos en la sentencia, D. Inocencio, careciendo del permiso para trabajar en España, prestaba servicios en la categoría profesional de oficial para LÁPIZ Y PAPAEL SERVICIOS DEL ESPECTÁCULO S.L, desde el 4 de enero de 2003. Don

---

<sup>12</sup> FJ. 2: “Por lo tanto el contrato de trabajotrato del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”.

FJ. 3: “De lo expuesto se deduce la inexistencia de precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta conclusión se corrobora por el mandato del art. 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, según la reacción dada por la Ley 8/2000 , y según el cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a ... «d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo». Mandato este último que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo”.

Inocencio es despedido el 07 de septiembre del 2004. Posteriormente, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, dicta sentencia declarando improcedente el despido del trabajador. Ante lo anterior, D. Inocencio presenta al Servicio Público de Empleo Estatal escrito solicitando resolución expresa sobre el derecho de prestación por desempleo. Así mismo, solicita al Servicio Regional de Empleo resolución expresa sobre el reconocimiento del derecho de inscripción como demandante de empleo, alegando en ambos casos tener dicha solicitud el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. El Juzgado de los Social 14 de Madrid negó la existencia de tal derecho, por lo que, D. Inocencio recurre la sentencia en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06), la cual confirmó el pronunciamiento de instancia por considerar que en este caso el derecho al desempleo no podía considerarse incluido en las previsiones del art. 36.1 de la LO 4/2000, tras su reforma por la LO 14/2003, ni en el art. 42 del Real Decreto 84/96, puesto que D. Inocencio, dada la situación irregular en que se encontraba, no podía cumplir con el requisito que exige el artículo 207.c) LGSS “*acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada*”, ni suscribir el compromiso de actividad que requiere el art. 209.1 LGSS en relación con el art. 231.h) LGSS, ni buscar activamente empleo, obligación que le impone el apartado i) del propio art. 231 LGSS.

Ante los hechos expuestos, el TS se pronuncia y señala en el fundamento jurídico 5 que, la interpretación del art. 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 cal sea la situación del trabajador extranjero.

- 1) Si el trabajador 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, esto según lo establecido en el art. 14.1 de la LOEX, la cual establece que “*los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”
- 2) Si el trabajador no cuenta con 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 que pudieran corresponderle*”. Pero tales prestaciones, ya no serían las que se le reconocen a los extranjeros “residentes”, sino los servicios y prestaciones sociales básicas, ello de acuerdo con el art. 14.3 LOEX y 30 bis LOEX.

El TS señala que debe entenderse por tales servicios y prestaciones sociales básicas “*los servicios sociales que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 2652004 (rec. 351/2003 ) calificó de "asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17de la Constitución sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)*”

El Tribunal refuerza lo anterior, remitiéndose a la “*la perspectiva finalista de la LOEX*”, la cual siempre ha estado orientada a estimular la emigración legal<sup>13</sup>, por lo que, equiparar a los extranjeros residentes y a aquellos que se encuentran en situación irregular, sería desconocer la finalidad que pretende la LOEX<sup>14</sup>.

A lo anterior, el TS añade que el derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares y no residentes, a lo contrario de lo que sucede con las prestaciones derivadas de contingencias profesionales -como en el caso del accidente de trabajo anteriormente comentado- que se reconocen los afectados sean oriundos, bien de países que, como España hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia<sup>15</sup>, no se reconoce en ningún Convenio Internacional, suscrito por España (FJ. 6 y FJ.7).

---

<sup>13</sup> FJ. 5: “*La LO 7/1985 de 1 de julio sobre, "Derechos y libertades de los extranjeros en España", ya lo señalaba en su exposición de motivos: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio"*”

<sup>14</sup> FJ. 5: “*no es lógico, reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos reconocer a los extranjeros en situación irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles)*”

<sup>15</sup> Art. 42.2 del RD 84/1996 de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social)

Por todo lo anterior, si ni la LOEX, ni los Convenios internacionales integrados en la normativa interna, ni la LGSS previeron el reconocimiento de este derecho, correspondía al Tribunal determinar “*las prestaciones que le pudieran corresponderle*” que recogía el último inciso del art. 36.3 de la Ley 14/2003.

De tal manera que, en la mencionada sentencia el TS falla a favor de la empresa LÁPIZ Y PAPAEL SERVICIOS DEL ESPECTÁCULO S.L, por considerar que “*la prestación por desempleo solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular*” (FJ. 10).

Esta doctrina, después se traspuso a la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, y cuyo artículo 36 paso a ser redactado en su apartado 5 de la siguiente manera: “*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*””. Cabe resaltar que, el segundo párrafo del mencionado precepto, señaló que “*salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero*”.

## **4.2 DERECHOS BÁSICOS DEL TRABAJADOR EXTRANJERO NO COMUNITARIO EN SITUACIÓN IRREGULAR**

Como se expuso anteriormente, en materia de condiciones de trabajo el ordenamiento jurídico español proclama la igualdad entre españoles y extranjeros. De esta manera, independientemente de la situación administrativa (regular o irregular) en la que se encuentre el trabajador extranjero, éste podrá exigir al empresario el cumplimiento de todas las obligaciones laborales, en virtud de lo recogido en el art. 4 .2 ET *“en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) origen racial o étnico”*.

Una de las manifestaciones de este principio de igualdad, además de todo lo que ya se expuso anteriormente, fue el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, tras las STC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre, de los **derechos de reunión y manifestación, de asociación, sindicación y huelga** de los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles<sup>16</sup>.

La LO 8/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, condicionaba el ejercicio del derecho a reunirse y manifestarse, asociarse, sindicarse y a huelga a la obtención de la autorización de residencia y trabajo, situación que el TC *“siguiendo el criterio interpretativo derivado del art. 10.2 CE , que obliga a interpretar los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”*, no considero constitucionalmente admisible, pues consideraba que se le privaba al trabajador de una protección cuya razón de ser es la propia defensa de sus intereses.

---

<sup>16</sup> Reconocimiento de estos derechos por la L.O. 4/2000 tras la reforma por la L.O. 2/2009:

- Art. 11. Libertad de sindicación y huelga. *“1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. 2. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”*
- Artículo 7. Libertades de reunión y manifestación. *“1. Los extranjeros tienen el derecho de reunión en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los promotores de reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público darán comunicación previa a la autoridad competente con la antelación prevista en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión, la cual no podrá prohibirla o proponer su modificación sino por las causas previstas en dicha Ley”*.
- Art. Artículo 8. Libertad de asociación. *“Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”*.

- En este sentido, en cuanto a la **libertad sindical**, el TC siguiendo *el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 2 Convenio núm. 87 OIT*, todos ellos en los que se reconoce libertad sindical a toda persona, reconoció a los extranjeros en situación irregular el derecho a afiliarse a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, y añadió que el legislador puede fijar límites para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros en situación irregular, siempre que respete el contenido esencial que recoge el art. 28 CE <sup>17</sup>.
- En esta misma línea, se pronunció el TC sobre el **derecho a huelga** por “*presentar una directa relación en su ejercicio con el derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 CE*” (FJ. 7). El TC entiende que pese a que el derecho a huelga es un derecho de titularidad individual atribuido a los trabajadores, el ejercicio del mismo se lleva a cabo de forma colectiva, por lo que corresponde tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales como “*contenido esencial del derecho a la libertad sindical*” (FJ. 7). Además de lo anterior, el TC entiende que al igual que ocurre con la libertad sindical, el trabajador extranjero que presta servicios a un empresario a cambio de una retribución, adquiere la condición de trabajador, independientemente de la situación administrativa en la que se encuentre, y como trabajador es titular de los derechos básicos recogidos en el art. 4.1 ET., entre los que se encuentra el derecho a huelga, ello en virtud de lo que establecía el art. 36.3 LO 8/2000 “*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 a los derechos del trabajador extranjero*”.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> FJ. 9: “*Por supuesto, ello no significa que el legislador orgánico no pueda establecer limitaciones o excepciones a su ejercicio en los términos a los que ya se refiere el propio art. 28.1 CE. Pero no alcanzando tales limitaciones o excepciones a los trabajadores extranjeros, la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el art. 28.1 CE interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España.*”

<sup>18</sup> FJ. 7: “*en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Siendo ello así 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*



Por todo ello, el TC declaró la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la LO 8/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, que establecía que “*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*”, así como la nulidad del inciso 2 del mismo artículo, que establecía lo siguiente “*De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga*”.

- En cuanto a los **derechos de reunión y manifestación, y el derecho a asociación**, el TC siguiendo la jurisprudencia constitucional, los textos internacionales y al TEDH, considera estos derechos vinculados con la libertad de expresión, la dignidad de la persona (art. 10.2 CE) y también al libre desarrollo de la personalidad, en el caso del derecho a asociación. Por lo que, establecer condiciones sobre su ejercicio, se considera inconstitucional, ya que el legislador debe respetar el contenido el contenido mínimo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, cualquiera que sea la situación en la que se encuentre (FJ. 6 y FJ. 7)

Por todo ello, el TC declara la inconstitucionalidad del art. 7.1 de la LO 8/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, que establecía que “*Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*”, por considerar que vulneraba el art. 21 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE. Así mismo, el TC declara la inconstitucionalidad del art. 8 que establecía que “*Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*”, por considerar que vulneraba el art. 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE.

---

*extranjeros, aunque la anterior situación resulte exigible para la celebración válida de su contrato de trabajo*”

### **4.3 RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO**

El empresario que contrata trabajadores extranjeros desprovistos de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, se ve expuesto a asumir las consecuencias de tal ocupación, tal como recoge la LO 4/2000.

- 1) Así, en primer lugar, incurre en una infracción muy grave “*por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito*” en virtud de lo establecido en el art. 54.1.d) LOEX, y deberá asumir una sanción que va desde 10.001 hasta 100.000 euros, según lo establecido en el art. 55.1.c.) LOEX. Este importe “se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios”, ello en virtud de lo establecido en el art. 48 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Cuando una Comunidad Autónoma tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley en los supuestos de infracción a que se refiere el párrafo siguiente corresponderá a la Comunidad Autónoma y se ejercerá por la Autoridad que la misma determine, dentro del ámbito de sus competencias (art. 55.2 LOEX).

Cuando el empresario infractor sea extranjero, el órgano competente para resolver podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa, ello en atención al principio de proporcionalidad (art. 57.1 LOEX y 254.5 RD 557/2011).

Además de lo anterior, la autoridad gubernativa podrá adoptar, sin perjuicio de la sanción que corresponda, la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años (art. 55.6 LOEX).

- 2) En segundo lugar, el empresario infractor asume *“las responsabilidades a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social”*, así lo establece la LOEX en el art. 36.5 en su primer párrafo.

En este sentido, en materia de seguridad social, el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia 18 de marzo de 2008, se pronunció al respecto y declaró que además de las responsabilidades relativas a la cotización exigibles por el art. 48 Ley 62/2009<sup>19</sup> -de la que ya hicimos mención anteriormente-, en caso de aparición de determinadas contingencias comunes, podrá exigírsele al empresario responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios, y *“sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras o colaboradoras”*. El TS aclara que dicha responsabilidad se exigiría *“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”*.

En materia de despido, como ya habíamos indicado anteriormente, el Tribunal supremo indica que el empresario que quisiera extinguir el contrato de trabajo suscrito con un trabajador extranjero que carece de la autorización de residencia y trabajo, deberá extinguir su contrato previa indemnización, y abonar todos los salarios de tramitación desde la fecha del despido.

---

<sup>19</sup> FJ. 5: *“las responsabilidades no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por el art. 48 Ley 62/2009, porque en tal caso resultaría que estaría delimitando indebidamente el objetivo del art. 36.3 LOEX y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la más grave infracción”*

## **5. CONCLUSIONES**

PRIMERA- El análisis que hemos llevado a cabo a lo largo de estas páginas nos ha permitido conocer la situación laboral de los extranjeros en situación irregular en España (no comunitarios), en virtud de lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, desde antes de la promulgación de la Ley Orgánica de 4/2000 de 11 de enero, hasta su regulación vigente.

SEGUNDO- Tras haber expuesto y analizado toda la normativa relacionada con la situación laboral de los extranjeros en situación irregular en España, desde nuestro punto de vista es necesario afirmar que, la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 4/2000, de 11 de enero, marco un antes y un después en los derechos laborales de los extranjeros, ya que con la Ley de Extranjería se reconocían por primera vez derechos de los que hasta el momento los extranjeros no disfrutaban, en especial en lo que se refería a la contratación, regulada en el art. 33.3 del texto inicial. Esta protección se vio posteriormente ampliada y de forma paulatina, por la Ley Orgánica 8/2000 (Art. 36.3), más tarde por la Ley Orgánica 14/2003 (art. 36.3), y finalmente por la actual Ley Orgánica 2/2009 (art. 36.5), todas ellas de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

TERCERO- Igualmente, cabe señalar la importancia de la jurisprudencia al sentar doctrina sobre muchos de los aspectos que no se recogían o que no se determinaban en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, como aquellas cuestiones relativas en materia de despido improcedente, o aquellas relativas a contingencias profesionales, o prestaciones a la seguridad social, o el reconocimiento de la igualdad entre españoles y extranjeros en el ámbito del derecho colectivo.

CUARTO- En lo que se refiere a la eficacia o validez del contrato de trabajo suscrito por un extranjero no comunitario en situación irregular, objeto principal de nuestro trabajo, nos atreveríamos a afirmar que ha sido una de las grandes novedades que ha recogido la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, puesto que antes de su promulgación se declaraba la nulidad radical del contrato de trabajo del extranjero.

Reconocer la validez del contrato de trabajo de un extranjero que carece de la autorización de residencia y trabajo, supuso reconocerles derechos a los extranjeros de los que hasta el momento se veían privados, como en el caso del despido improcedente, el derecho a

los salarios de tramitación, o el reconocimiento de las contingencias originadas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, o el reconocimiento de los derechos de reunión y manifestación, de asociación, sindicación y huelga.

QUINTO- Para concluir, desde mi punto de vista considero que la situación laboral de los extranjeros en España, comparado con otros tiempos, ha supuesto un gran avance, pero, el camino hacia la igualdad aún no ha terminado.

La autorización para residir y trabajar que regula el legislador en la Ley de Extranjería y su Reglamento, va dirigida a contratar trabajadores en origen y regularizar su situación una vez se encuentren en España, situación que además de ser bastante burocrática y exigente, no corresponde con la realidad, ya que la mayoría de extranjeros en situación irregular en España, se les exige el cumplimiento de otros requisitos más complejos y con tiempos para regularizarse más largos.

Pese a que sabemos que, sin contar con la autorización administrativa para trabajar, el trabajador adquiere todos los derechos en lo que respecta a las condiciones de trabajo en igualdad de condiciones con los españoles, la Ley de Extranjería y su Reglamento tienen varias lagunas y han sido incapaces de dar respuesta a algunos problemas que se presentan en la realidad, puesto que como indicábamos, el acceso al mercado de trabajo de los extranjeros que se encuentran en situación irregular no es una cuestión fácil, siguen siendo un grupo vulnerable de la sociedad al que le sigue faltando más protección.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### I) Libros y artículos de revista

- MARTÍN VALVERDE, ANTONIO; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ-SAÑUDO FERMÍN; GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN. *Derecho del trabajo*. 27ª Edición Tecnos, 2018, Madrid.
- GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO; VICENTE PALACIO, ARÁNTZAZU. *Derecho del trabajo*. 9ª Edición Thomson Reuters, 2016, Pamplona.
- MONEREO PERÉZ, JOSÉ LUIS; MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL; QUESADA SEGURA, ROSA; MORENO VIDA, MARÍA NIEVES; OLARTE ENCABO, SOFÍA; MÁRQUEZ PRIETO, ANTONIO; FERNÁNDEZ AVILÉS, ANTONIO; HERMOSILLA MOLINA, OLIMPIA; PERÁN QUESADA, SALVADOR. *Manual de política y derecho del empleo*, Editorial Tecnos, 2011, Madrid.
- NOGUEIRA GISTAVINO, MAGDALENA. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente. *Revista de relaciones laborales*. Núm 25, 2011.
- CHARRO BAENA, PILAR y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, CAROLINA. Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. N° Extra 3, 2007.

### II) Otras fuentes consultadas

- CARITAS. *Guía Práctica Legislación sobre extranjería*. Tercera Edición, 18 de septiembre de 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA . *Estadística de Autorizaciones de Trabajo a Extranjeros*.

### III) Documentos electrónicos

- Tiran Online  
<https://www.tirantonline.com/tol/>
- Aranzadi  
<https://www.thomsonreuters.es/es.html>
- Iberley  
<https://www.iberley.es/>
- Portal de inmigración  
<http://extranjeros.mitramiss.gob.es/>
- Inspección de Trabajo y seguridad social  
<http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/EXT/ext.html>