

Trabajadores extranjeros en España: ¿inflexibilidad del estatuto jurídico frente a flexibilidad del mercado?

Autores: Pilar Charro Baena., Profesora Doctora Titular de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pablo Benlloch Sanz, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Rey Juan Carlos.

Resumen

El presente estudio realiza una radiografía del desencuentro que, tras las sucesivas reformas de la normativa de extranjería, se sigue produciendo entre el marco jurídico de las relaciones laborales por cuenta ajena y el estatuto jurídico del inmigrante, alejándose del objetivo integrador que ha de contar con el trabajo como primer factor de inclusión. Los autores analizan los aspectos más relevantes de esa falta de sintonía, como son, el contingente de trabajadores extranjeros, las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta ajena y sus condiciones de renovación.

Palabras clave: Inmigración, trabajadores extranjeros, inclusión social

Abstract

This study examines the misalignment, despite successive reforms of immigration laws in Spain, of the legal framework concerning labour relations for those who work for others with the legal statute on immigrants, thereby failing to meet the integrating aim in which work represents the primary inclusion factor. The authors analyse the most important aspects of this lack of coordination, such as the quota of foreign workers, initial residency and work permits for those who work for others and the renewal conditions thereof.

Key words: Immigration, foreign workers, social inclusion

I. Inmigrantes y mercado de trabajo

Constituye una afirmación plenamente compartida que el trabajo se erige en el principal factor de inclusión. Pese a que el devenir de los acontecimientos presagiaba un futuro pesimista para el desarrollo de actividades laborales -no en vano se vaticinaba su desaparición- cabe decir que el trabajo nunca ha cumplido un papel tan central en las vidas de tantas personas, y no sólo como medio de subsistencia y de sustentación de una posición social, sino como elemento de constitución de personas libres, autónomas y responsables¹. Desde esa óptica, resulta lógico que la estrategia predominante de la mayoría de los inmigrantes sea la integración en las sociedades de acogida a través del empleo. Sin embargo, no debe olvidarse que esa incorporación, sea formal o fáctica, se produce en un mercado de trabajo con una capacidad de absorción limitada y que presenta rasgos estructurales característicos, entre los que destacarían, a los efectos que ahora interesan, las altas tasas de temporalidad y elevados índices de rotación entre el empleo, el paro y la inactividad, un apreciable volumen de economía sumergida, irregular o informal, que parece concentrarse relativamente más en algunas actividades y territorios, fuertes diferencias territoriales en los indicadores del mercado de trabajo, combinadas con una baja movilidad de la población activa.

De ahí que el permanente reto de cualquier ordenamiento jurídico en sociedades donde la inmigración se ha convertido en un instrumento, cada vez de mayor relevancia, de aporte de mano de obra es conseguir el adecuado equilibrio entre la pre-

¹ CACHÓN RODRIGUEZ, Lorenzo, "Hacia un nuevo modelo para la integración de los inmigrantes", Ponencia presentada en el Seminario sobre "La integración de los inmigrantes en España", organizado por el Consejo General de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Murcia, 6 a 8 julio 2005.

sión de los flujos migratorios y las concretas necesidades del mercado de trabajo de acogida, lo que no es tarea fácil, si se tiene en cuenta que nos encontramos en un contexto de creciente competencia internacional en los mercados de bienes y servicios y de mayor movilidad de los factores de producción (capital y trabajo), en el que en muchos países se ha abandonado la histórica vocación de establecer un tratamiento jurídico mínimo y uniforme en favor del conjunto de trabajadores, diversificando materialmente dicho tratamiento al ritmo de la incorporación de esos nuevos trabajadores. La principal preocupación, desde una perspectiva social, tiene que ser la consecución de un adecuado equilibrio entre flexibilidad y seguridad; esto es, el establecimiento de un marco de regulación capaz de asegurar simultáneamente a los empresarios unos razonables niveles de flexibilidad con el fin de facilitar los cambios procedentes de un mercado progresivamente más abierto y competitivo, y a los trabajadores unos niveles igualmente razonables de seguridad en el empleo y en la protección social, teniendo en cuenta no sólo la importancia presente y futura de la inmigración laboral, sino también las especiales circunstancias que rodean tanto su incorporación como su permanencia en el mercado.

No es de extrañar por ello que las escasas referencias que la Estrategia Europea de Empleo efectúa a la inmigración laboral sean precisamente para remarcar esa singularidad y hacer hincapié en la necesidad de individualizar los itinerarios de inserción evitando con ello que se acrecienten las dificultades de integración normalizada de los trabajadores extranjeros, orientación que ha sido recogida, como veremos, por nuestra Ley de Empleo.

En ese contexto pocos países de la Unión Europea pueden exhibir un historial semejante al de España en materia de política de inmigración. La intensa variabilidad legislativa en la regulación del fenómeno migratorio en nuestro país ha generado un clima de inseguridad jurídica y de desconcierto que ha venido acompañado de un actuar de la Administración apresurado, en muchos casos desafortunado y, en algunos supuestos, contrario a Derecho. Los efectos en el mercado de trabajo de esa manera de abordar el fenómeno migratorio han tenido su mejor exponente en el último proceso de regularización². Al margen de si produjo o no un efecto llamada y de las fuertes críticas que suscitó dentro de la propia Unión Europea, lo cierto es que deja traslucir el grave fracaso de los instrumentos de ordenación de los flujos. Como se ha puesto de relieve³, se mire por donde se mire, si el número de personas que se han acogido a este proceso ha sido de 700.000, ello significa que la demanda real de mano de obra extranjera del mercado de trabajo español durante el período de tiempo al que el mismo se extendió -7 de febrero de 2002 al 7 de agosto de 2004- era

² Sobre este proceso, mal llamado de "normalización", véase, BENLLOCH SANZ, P. y RUIZ DE HUDOBRO DE CARLOS, J.M.: "El nuevo reglamento de extranjería español. El proceso de normalización (sic)", en *Migraciones* núm. 17, 2005, 252-269.

³ SANDELL, Richard, "La búsqueda española de una inmigración regular", www.realinstitutoelcano.org/analisis/752.asp, pág. 2.

muy superior a las previsiones oficiales materializadas en los sucesivos contingentes - menos de 60.000 ofertas en los dos años- por lo que no es aventurado afirmar que los instrumentos de canalización de flujos han subestimado la necesidad de trabajadores extranjeros en alrededor de 250.000 personas al año. Esa falta de adecuación entre la realidad del mercado y la deformada visión que del mismo tiene la Administración, no sólo tiene incidencia en el momento de materializarse la incorporación formal o de hecho del inmigrante, sino que condiciona claramente su integración progresiva que, al menos formalmente, se constituye en uno de los pilares del actual sistema.

En esas condiciones, acometer con vocación de continuidad una regulación jurídica del trabajo de los extranjeros es ciertamente difícil. Si nos centramos en la situación de nuestro país esa dificultad aumenta. En efecto, por un lado, el ingente número de personas incorporadas de manera irregular al mercado ha inducido a nuestros tribunales, ante la falta de respuesta del legislador, a construir -seguramente de manera involuntaria- un estatuto jurídico del trabajador irregular que da cumplida respuesta a lo que nadie duda que son sus derechos básicos como trabajadores. Se enmarca en esa línea la numerosa doctrina judicial sobre los efectos de la falta de autorización respecto al contrato de trabajo, forzando soluciones, en algunos casos con cuestionable encaje en la normativa laboral, necesarias ante la deliberada e intencionada falta de pronunciamiento del legislador.

Las sucesivas reformas de la normativa de extranjería demuestran que se continúa apostando, por mucho que se pretenda demostrar lo contrario, por dar preponderancia al control de flujos relegando con ello el objetivo integrador. Varios ejemplos confirmarán lo que decimos. Carece de lógica, en este sentido, agilizar mediante su presentación telemática la tramitación de las solicitudes de renovación de autorizaciones si, como comprobaremos posteriormente, los criterios a la hora de resolverlas están revestidos en la actualidad de una inexplicable rigurosidad, carente de justificación para alcanzar la integración efectiva del trabajador extranjero y, en cualquier caso, ajena a lo que ha sido una consolidada y larga tradición flexibilizadora en orden a su procedencia, no sólo por nuestro Tribunales sino por la propia Administración.

Por otra parte, esa falta de miras de las sucesivas reformas en materia de trabajo de los extranjeros está provocando que con aquel pretexto controlador, desde la normativa de extranjería se esté diseñando un marco legal para el trabajador extranjero, de espaldas a la normativa laboral. Como razonaremos más adelante, las distorsiones que ello genera nos permiten calificar con todo fundamento al actual panorama del trabajo de los extranjeros como la “radiografía de un desencuentro”. Si a ello añadimos que no sólo no han desaparecido todos los factores de rigidez del sistema, sino que los tímidos intentos por solventarlos siguen transmitiendo la percepción de que resulta, hoy por hoy, “más práctico”, tanto a trabajador como a empresario, acudir a los mecanismos informales que proporciona el propio mercado, que permanecer den-

tro de la senda de la regularidad, concluiremos en que queda un largo camino por conformar un régimen que responda equilibradamente tanto a las verdaderas necesidades del mercado de trabajo español, como a las legítimas aspiraciones de quien, en la mayoría de los casos forzado por la necesidad, decide acceder al mismo desde fuera de nuestras fronteras.

Por último, y como se ha afirmado, “si el Derecho del Trabajo 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”⁴, se sitúa en una posición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico para acometer los desafíos de la nueva realidad de la inmigración; no es esa sin embargo la tendencia actual, sino que por contrario, su papel y el de los agentes sociales es a todas luces insuficiente. Inmejorable botón de muestra de esa actitud, es el reciente Acuerdo de 9 de mayo de 2006 para la Mejora y el Crecimiento del Empleo⁵ suscrito por el Gobierno y los agentes sociales, en el que sólo se menciona a la inmigración para considerarla junto al empleo irregular como uno de los frentes en que ha de potenciarse la labor de la Inspección de Trabajo, y para incluir el tema de la integración laboral del inmigrante dentro de un grupo de trabajo tripartito en el ámbito de Servicio Público de Empleo Estatal que abordará el desarrollo de la Ley de Empleo y las políticas activas de empleo que se aplicarán en el futuro.

II. Radiografía de un desencuentro

Razones de limitación de espacio de este estudio nos aconsejan centrarnos en tres de los aspectos que consideramos de especial relevancia en el proceso hacia la integración sociolaboral del inmigrante: El contingente de trabajadores como una vía peculiar de acceso al mercado, las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena, como materialización de la incorporación al mercado de trabajo, y sus condiciones de renovación, como instrumento de integración efectiva.

II.1. Contingente de trabajadores y necesidades de mano de obra extranjera

Como se sabe, el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios constituye una vía peculiar de acceso al mercado de trabajo cuyo objetivo final -una vez que las sucesivas reformas legislativas han neutralizado su papel como instrumento

⁴ RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios” en *Derechos y Libertades de los Extranjeros*, T.I., XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Española de Derecho y del Trabajo y de la Seguridad Social & Gobierno de Cantabria, Santander, 2003, pág. 494.

⁵ El texto de la misma puede consultarse en www.mtas.es

de regularización encubierto⁶- es canalizar la cobertura de las necesidades de mano de obra que no pueden ser satisfechas con trabajadores del mercado nacional de empleo mediante la previsión anual de un número de puestos de trabajo ofertados, que habrán de tramitarse en el país de origen en que residan los candidatos⁷. La política de contingentes responde a la conveniencia de compaginar el control efectivo de la inmigración mediante restricciones al mercado de trabajo con la necesidad de ocupar determinados puestos de trabajo ante la escasez (o la falta de voluntad de ocuparlos) de trabajadores españoles⁸ para lo que la situación nacional de empleo se valora *a priori*⁹.

Regulado en el artículo 39 LO 4/2000, en su redacción vigente, y en los artículos 77 a 83 RD 2393/2004, desde que en 1993 se estableciera en España por primera vez un cupo anual de autorizaciones para el empleo de extranjeros no comunitarios¹⁰, el sistema no se ha ajustado a la realidad de nuestro mercado laboral o a las necesidades de la producción; en efecto, los sucesivos contingentes no han alcanzado los resultados esperados. Si nos centramos en los aprobados desde la promulgación de la LO 4/2000, el correspondiente al año 2002 fue un rotundo fracaso, pues tan sólo se llegó a cubrir entorno al 43% de la oferta inicial¹¹. El balance del contingente 2003¹² fue más positivo, aunque no puede decirse que satisfactorio: Frente a los 10.575 puestos estables previstos sólo se presentaron 3.490 ofertas; para los trabajadores de

⁶ Para evitar esa disfunción, el antiguo artículo 37 LO 4/2000 que en la regulación del contingente se refería a los “extranjeros no residentes en España” fue modificado, y tanto la LO 8/2000, como la LO 14/2003 insisten en el artículo 39, más estrictamente, que se dirija a los trabajadores extranjeros “que no se hallen ni sean residentes en España”, quedando configurado como un mecanismo dirigido exclusivamente a canalizar los flujos de mano de obra procedentes del exterior.

⁷ Véase la STSJ de la Rioja de 26 de enero de 1998, en la que se declara “la conveniencia de compaginar el control de las inmigraciones con la demanda de mano de obra española para cubrir la escasez que –pese al general panorama de desempleo– puede sentirse en determinados sectores de actividad o en concretas zonas geográficas, inspiró la idea de la contingentación, mediante la cual se venía a delimitar, en términos meramente cuantitativos, el número de trabajadores extranjeros absorbibles en función de la escasez a subvenir” (RJCA 1998, 13).

⁸ CAMÓS VICTORIA, Ignacio, “El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* 5, 2004, 72.

⁹ Sobre esta cuestión, más detenidamente, CHARRO BAENA, Pilar, “Comentario al artículo 39”, en CAMPO CABAL, Juan Manuel (Coord) *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*. Civitas, Madrid, 2001, 284 y ss.

¹⁰ Resolución de 4 de abril de 1993, que dispone la publicación del Acuerdo de Ministros de 26 de mayo de 1993, por el que se establece un cupo de autorizaciones de 20.600 trabajadores inmigrantes (no publicado en el BOE) y Resolución de 4 de mayo de 1993, por la que se dictan instrucciones generales y de procedimiento sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros (BOE de 17 junio).

¹¹ Aprobado por Resolución de 11 de enero de 2002, por la que se dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 (BOE de 12 enero 2002), estableció un contingente de 32.079 ofertas de empleo que podían ser cubiertas durante ese año por trabajadores extranjeros, de las cuales 10.884 correspondían a puestos de trabajo de carácter estable y 21.195 de carácter temporal.

¹² Resolución de la Subsecretaría (Ministerio de la Presidencia), de 14 de enero de 2002, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, que fija el contingente de trabajadores extranjeros para 2003 (BOE de 16 de enero de 2003).

temporada las estimaciones de 13.672 puestos se rebasaron con creces, presentándose 21.629 ofertas¹³; ante las previsiones iniciales de un cupo total de 24.247 puestos ofertados, se autorizaron finalmente de 25.532, lo que suponía un resultado de valoración muy desigual en función del carácter de la oferta. Similar conclusión se alcanza respecto del correspondiente a 2004¹⁴.

El fiasco que han supuesto los contingentes de los últimos años adquirió tintes más dramáticos porque a la limitada efectividad del sistema se unió el intento de dejar en lugar residual el llamado “acceso directo” al mercado de trabajo mediante la solicitud individualizada de la preceptiva autorización para trabajo dando preferencia, casi absoluta, al sistema de contingentes. El apartado 3 de la Instrucción del Acuerdo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determinaba el cupo 2002, en consonancia con lo previsto en el apartado 11 del artículo 65 del Reglamento de Extranjería de 2001¹⁵, señalaba que las solicitudes de permiso de trabajo y residencia relativas a ofertas de empleo que pudiesen cubrirse por el contingente, serían inadmitidas a trámite si se formulaban por un procedimiento distinto al previsto para aquél. Como complemento a aquel Acuerdo, la Circular 1/2002, de 16 de enero, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, sobre “Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios y el procedimiento para su cobertura”, dispuso en su instrucción 7.5, que “las solicitudes de permiso de trabajo y residencia del denominado régimen general presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, que no puedan cubrirse a través del contingente 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, podrán ser denegadas durante su vigencia, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo”. Básicamente, lo anterior suponía que si la situación nacional de empleo se había tenido en cuenta a la hora de elaborar el contingente, ya se contaba con suficiente mano de obra en territorio español por lo que la situación nacional de empleo impediría conceder autorizaciones individualizadas para su cobertura; respecto a las solicitudes de autorización por el régimen general para puestos que pudieran cubrirse a través del contingente habían de inadmitirse a trámite por inadecuación de procedimiento, al exigirse que se canalizaran esas ofertas precisamente a través de dicho sistema. Así,

¹³ TRINIDAD GARCÍA, María Luisa y MARTÍN MARTÍN, Jaime, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*. Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 180.

¹⁴ Resolución de la Subsecretaría (Ministerio de la Presidencia), de 29 de diciembre de 2003, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003, en el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003). Véase, al respecto, CAMÓS VICTORIA, Ignacio, “El contingente de trabajadores extranjeros...”, cit., pág. 85 y ss.

¹⁵ Real Decreto 864/2001, de 20 julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE del 21 julio): “Las solicitudes de permisos de trabajo relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual se tramitarán por este procedimiento, salvo en los supuestos regulados en los artículos 68, 71 y 79 del presente Reglamento”.

las Oficinas de Extranjeros a lo largo del año 2002, vinieron denegando sistemáticamente y con carácter general las solicitudes de Permiso de Trabajo y Residencia, a pesar de acreditarse, mediante la presentación de los correspondientes certificados de las oficinas de empleo, la no existencia de demandantes de empleo disponibles para cubrir las ofertas de referencia¹⁶. La decisión fue anulada por el Tribunal Supremo, que descartó la consideración del sistema de contingentes como vía de acceso única o excluyente¹⁷.

Bien es verdad que los acuerdos de contingentes a partir de 2003 configuran a éstos como una más de las “diversas alternativas que ofrece la normativa vigente” para otorgar autorizaciones de trabajo, por lo que no nos queda sino compartir las manifestaciones vertidas por San Martín en orden a que la pretendida preferencia del legislador por el sistema de cupos debe de ser desterrada y que la denominación de “régimen general” que se predica de las solicitudes individualizadas de autorización ha de sugerir que éstas son la vía ordinaria, a la que ha de sumarse, complementariamente, el contingente determinado en cada momento¹⁸.

Aunque esta vía peculiar de acceso al mercado de trabajo se ha ido depurando - buena muestra de ello es el contingente de trabajadores extranjeros de régimen comunitario para el año 2006¹⁹, sobre el que las expectativas eran altas al ser el primero que se aprobaría tras la entrada en vigor del RD 2393/2004-, en lo relativo a la determinación de una cifra provisional, la regulación de un procedimiento para la modificación o reasignación del contingente inicialmente aprobado y la separación entre empleos con vocación de estabilidad y un régimen especial para los trabajadores de temporada, sigue aquejada de determinados defectos o deficiencias²⁰, destacando el reducido número de ofertas muy localizadas en determinadas zonas y/o pro-

¹⁶ El texto íntegro de la misma puede consultarse en la página web del Colegio de Abogados de Zaragoza (www.reicaz.es).

¹⁷ AGUELO NAVARRO, Pascual y CHARRO BAENA, Pilar, “El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003”, *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* núm. 2, 2003, pág. 74.

¹⁸ STS (Contencioso-Administrativo) de 6 abril 2004 declaró la nulidad del apartado noveno punto 3 del mencionado Acuerdo en tanto que entiende que “hace prácticamente inaplicable la modalidad general que resulta del régimen establecido en el Reglamento y, particularmente, excluye de la misma, en contra de lo previsto en el expresado precepto, los supuestos de ofertas que correspondan a necesidades reales de mano de obrar extranjera y no puedan ser gestionadas a través del procedimiento del contingente, por no pertenecer a sectores de actividad y ocupación incluidos en él, o porque se haya agotado el contingente establecido para el correspondiente sector y ocupación, o por no haberse asignado contingente en la provincia” (RJ 2004, 3382). Véanse, también, SSTS (Contencioso-administrativa) de 6 abril 2004 (RJ 2004, 3441) y (RJ 2004, 3288) y 12 abril 2004 (RJ 2004, 3361) y (RJ 2004, 3362). Sobre esta cuestión, TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Comentario a la STS de 6 de abril de 2004 sobre la legalidad de acuerdo de aprobación del contingente para 2002”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004

¹⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 59, en prensa.

²⁰ Resolución de 30 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para 2006 (BOE de 17 enero 2006).

vincias y limitadas a tres o cuatro sectores en los que es tradicional la economía sumergida y el sector informal²¹.

Lógicamente, los sectores de actividad donde opera el sistema de cupos son en los que, al menos teóricamente, existe menos demanda de trabajo nacional. Sin embargo, llama la atención el desajuste existente entre la dotación de plazas en el contingente y el contenido del “Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura”²². Éste se incorpora como novedad en el artículo 50 a) RD 2393/2004, a fin de introducir una mayor objetividad en la valoración de la situación nacional de empleo como principio a tener en cuenta en la concesión de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo por cuenta ajena. Dicho Catálogo debe ser elaborado en cada provincia trimestralmente por el Servicio Público de Empleo Estatal, previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, basándose para ello en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo y básicamente permite a los empleadores instar la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en el mismo. Pues bien, existen ocupaciones y sectores geográficos incluidos en el Catálogo que, sin embargo, no aparecen dotados de plazas en el contingente.

En cualquier caso, el porcentaje de autorizaciones de trabajo concedidas a su amparo no se corresponde con el papel principal que, a pesar de las modificaciones legales y las rectificaciones del ejecutivo, se le quiere otorgar en la política de inmigración. La capacidad de absorción laboral es mucho mayor que la que se ha definido hasta el momento, muy lejos de las aproximadamente 30.000 personas en las que se han cuantificado los últimos cupos. En este sentido advertía el CES en el Informe 2/2004 que no se podían “depositar en el contingente todas las expectativas de racionalización del acceso de los extranjeros al trabajo en España”. En efecto, su clara orientación hacia las grandes y medianas empresas supone desconocer el tejido industrial español y provoca que los pequeños empresarios, ante situaciones de necesidad urgente de mano de obra, se vean abocados a acudir a la inmigración irregular.

²¹ IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, “El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006”, Aranzadi Social núm. 22, 2005, www.westlaw.es, BIB 2005/2742.

²² Para el año 2006 se ha fijado un cupo global de 16.879, si bien en consonancia con lo previsto en la norma reglamentaria, esta cifra es de carácter provisional, y “la Dirección General de Inmigración podrá reasignar puestos a escala nacional dentro de cada uno de los contingentes. También podrá disponer su modificación, que requerirá informe de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, que deberá emitirlo en un plazo de cinco días hábiles, a solicitud de las organizaciones empresariales o de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas”. La cifra, si se compara con la establecida en años anteriores, es significativamente inferior. El contingente de trabajadores se estructura en doce sectores de actividad, entre los que destacan el de la construcción (4.868), hostelería (3.704), los servicios (1.822) e industrial del metal (1.753). En cuanto a las provincias, las que fijan un mayor número son: Barcelona (5.660), Madrid (2.881), Lleida (810), Girona (788), Vizcaya (749), Valencia (711) y Zaragoza (632).

En suma, en el sistema de contingentes la iniciativa del control de flujos migratorios la toman los poderes públicos y los interlocutores sociales; muy resumidamente, el procedimiento de determinación del contingente, se inicia cuando las Comunidades Autónomas, sobre la base de las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial y las consideraciones de las organizaciones sindicales del mismo ámbito, elevan sus propuestas a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración²³; teniendo en cuenta estas propuestas, más un informe del Servicio Público de Empleo sobre la situación nacional de empleo, más, por último, un informe del Consejo Superior de Política de Inmigración²⁴ sobre la situación nacional de empleo e integración social de los inmigrantes, la Secretaría de Estado elabora una propuesta de contingente que, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, se eleva al Gobierno, que se aprueba en Consejo de Ministros. Aun así, debemos plantearnos si con el diseño actual no se está haciendo descansar en los designios del mercado de trabajo la gestión de un problema tan complejo, de consecuencias políticas, sociales y laborales tan importantes; a las dificultades procedimentales que al sistema de contingentes acompaña, a pesar de los sucesivos intentos -no desdeñables- de simplificación, en muchas ocasiones el desajuste entre número de puestos de trabajo ofertados y las necesidades reales de mano de obra se produce por la falta de ofertas concretas de los empresarios; seguramente esa falta de interés empresarial se deba a la dificultad de las empresas para desplazarse al exterior, la desconfianza en firmar contratos sin haber tenido previamente un contacto directo con los trabajadores y la falta de información a las empresas y, en fin, de contacto directo con el órgano de selección o la toma de decisiones al margen de la voluntad empresarial²⁵.

II.2. Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena

Como se sabe, la normativa de extranjería exige que el acceso al trabajo de los extranjeros en España quede indefectiblemente supeditado a la presentación de un contrato de trabajo. Esta ordenación jurídica se enmarca en lo que en su momento denominados²⁶ la “lógica básica de la extranjería”: entrada (con visado como ele-

²³ Llama la atención sobre este extremo, IGARTÚA MIRÓ, María Teresa, “El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario...”, cit., pág. 2.

²⁴ Previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (órgano en el que participan la Administración y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal). Sobre su composición, competencias y régimen de funcionamiento, véase Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio.

²⁵ Órgano en el que participan las administraciones estatal, autonómica y local (art. 68 LOEx).

²⁶ En el anexo IV de la Resolución de 29 de diciembre de 2003, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 2003, en el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros para 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003) se relacionan los organismos extranjeros responsables de la preselección de los trabajadores respecto a los nacionales de países con los que España ha suscrito un acuerdo sobre ordenación y regulación de flujos migratorios: Rumania: Oficio para la Migración de la Fuerza de Trabajo, Ministerio de Trabajo y de la Solidaridad Social; Colombia: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Marruecos: Dirección de Empleo, Ministerio de Empleo,

mento básico de control), permanencia (mediante autorización) y trabajo (mediante autorización). Sin embargo, ello no significa ni que la autorización administrativa para trabajo de extranjero -tampoco la inicial- se encuentre necesariamente vinculada a un contrato de trabajo determinado, ni que corran idéntica suerte²⁷. En esa línea el vigente Reglamento de 2004, en sintonía con lo que ya ocurrió con el del año 2001, ha desvinculado la vigencia de la autorización inicial de residencia y trabajo de la duración del contrato de trabajo que sirve de soporte a su solicitud, ya que el artículo 49.2 RD 2393/2004 prescribe que dicha autorización tendrá en todo caso una duración de un año, con independencia de la de aquél. Y si no hay razón para sostener que, por definición, la contratación de extranjeros haya de ser necesariamente temporal y acausal, ésta se regirá por las reglas generales que en orden a la duración del contrato de trabajo establece la normativa laboral. Por consiguiente, aquél será indefinido o temporal por la naturaleza del puesto de trabajo de que se trate, no por el carácter permanente o temporal de la autorización administrativa a la que está sometida la contratación.

Por eso, en principio, no habría inconveniente en que a la solicitud de la correspondiente autorización inicial se acompañase cualquier contrato de trabajo, aunque fuese de duración determinada, siempre y cuando su duración inicialmente prevista fuese igual o superior al año -recuérdese que sí es exigencia para la concesión de la misma que el empresario garantice la actividad continuada durante la vigencia (artículo 50.b RD 2393/2004)- a excepción de los contratos de inserción y para el fomento de la contratación indefinida, pues al requerir del trabajador la condición de “desempleado, inscrito en la oficina de empleo” (artículo 15.1 d) ET y Disposición Adicional 1ª Ley 12/2001), entendemos que “representaría un obstáculo importante a efectos de obtener una autorización que, necesariamente, ha de superar el filtro de la situación nacional de empleo”²⁸.

Por descontado, nada impide que encontrándose vigente la inicial autorización administrativa para trabajar si, por cualquier causa se extinguiese el contrato de

Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad Marroquí; Polonia: Departamento de Cooperación Internacional con el Extranjero, Ministerio de Trabajo y Política Social; Ecuador: Dirección General de Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior. Ministerio de Relaciones Exteriores; República Dominicana: Secretaría de Estado de Trabajo; y Bulgaria: Agencia de Empleo. Ministerio de Trabajo y Política Social. Dichos organismos juegan un papel fundamental en la ordenación de flujos migratorios desde el momento en que el apartado 6 del artículo 39 LO 4/2000, en su redacción vigente, impone que las ofertas se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos de este tipo.

²⁷ CHARRO BAENA, Pilar y RUÍZ DE HUIDOBRO, José María, “La mal llamada `Ley de Extranjería : ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? en *La Ley* núm. 5063, de 29 de mayo de 2000, pág. 2.

²⁸ Durante tiempo, se confundió la temporalidad de la autorización de trabajo con la del contrato de trabajo suscrito por el trabajador extranjero, hasta el punto de que se admitiera sin más la contratación temporal *per se* cuando se trataba de extranjeros. Bien es verdad que tanto la regulación del trabajo de los extranjeros en España, caracterizada por establecer una sucesión escalonada de permisos de vigencia limitada, como que el permiso de trabajo inicial durante la vigencia de la LO 7/1985 se limitase a una profesión, actividad y ámbito geográfico determinado y su duración fuese coincidente con la del contrato, podían inducir a tal conclusión.

trabajo, el trabajador extranjero suscriba otro contrato de trabajo de cualquier modalidad.

Dicho lo anterior, lo cierto es que la LO 4/2000, en su redacción vigente, entre otras, y a los efectos que ahora nos interesan, las pautas básicas de una autorización de trabajo por cuenta ajena (artículo 38) y un régimen especial para los trabajadores de temporada (artículo 42). De esta forma, superando la limitación que contenía su antecesora, por la diferenciación de dos tipos de inmigración laboral: Una, con vocación de estabilidad, en la que la sucesión de las distintas autorizaciones para trabajar abocará en la autorización de residencia permanente, que colocará al trabajador extranjero en las mismas condiciones que un español²⁹; otra, coyuntural, que sirve de cauce para hacer frente a necesidades de mano de obra concretas y acotadas temporalmente³⁰.

Ocurre, sin embargo, que el artículo 55 RD 2393/2004 contempla hasta cuatro supuestos en los que procede la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada³¹, y aunque se trata de relaciones laborales para las que el ordenamiento laboral admite contratos temporales, la norma reglamentaria “ha escapado a los condicionantes explícitos e implícitos de la Ley que desarrolla”³² regulando “en aluvión y con extraña lógica una serie de supuestos con características radicalmente diferentes”³³, en los que además se observa una discordancia entre las previsiones de la norma reglamentaria sobre determinados contratos y su configuración en las normas laborales³⁴. En efecto, en casi todos los supuestos regulados no se acompañan los plazos previstos reglamentariamente -un año, sin posibilidad de renovación, aunque se admite la prórroga si se hubiese fijado una duración inicial inferior a la máxima- con los que se recogen en su diseño legal laboral, lo que determina que si se atiende a esta última el extranjero se encuentre en una situación atípica. La regulación de estas autorizaciones de duración determinada que proporciona la norma reglamentaria frustra en algunos casos la finalidad del correspondiente contrato laboral -el supuesto más relevante sería el de los formati-

²⁹ ROQUETA BUJ, R.: “Las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de los extranjeros en España”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 10, 2005, págs. 70-71.

³⁰ Dispone el artículo 32 LOEx que “tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada” (párrafo 2) y que ésta “autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles” (párrafo 1).

³¹ CARDENAL CARRO, Miguel, “Permiso de trabajo y modalidades contractuales” en *Aranzadi Social* núm. 6, 2005, www.westlaw.es, BIB 2005/1168, pág. 1.

³² En concreto, el precepto reglamentario dirige la autorización de duración determinada a la realización de las siguientes actividades: temporada o campaña, obra o servicios, las de carácter temporal realizadas por el personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos y otros colectivos a determinar por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y para la formación y la realización de prácticas profesionales.

³³ CARDENAL CARRO, Miguel, “Permiso de trabajo y modalidades contractuales” en *Aranzadi Social* núm. 6, 2005, www.westlaw.es, BIB 2005/1168, pág. 3.

³⁴ BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 219.

vos, donde el aspecto formativo es el dominante en este contrato, desempeñando el laboral una función instrumental³⁵- de manera que la utilización de dicha figura en el entorno de los trabajadores se verá intensamente modulada; en otros, como la de alta dirección, se ha producido una “equiparación formal *a la baja* de los profesionales de élite con los trabajadores agrícolas de campaña y en la construcción, a cuya regulación precaria la normativa de extranjería no quiere renunciar”³⁶; en fin, si alguna modalidad contractual tiene duración determinable es, precisamente, la de obra o servicio determinado, de forma que si el contrato fijase una duración o un término, éstos deberán considerarse tan sólo de carácter orientativo³⁷, por lo que no queda más remedio que admitir que si la obra se extendiera más allá de un año el empresario debería solicitar inicialmente una autorización de residencia y trabajo ordinaria.

Los anteriores constituyen tan sólo un botón de muestra de las numerosas discrepancias existentes entre la normativa laboral y la de extranjería. Tanto es así, que transcurridos pocos meses desde que se aprobara el Reglamento de extranjería, por ejemplo, hubo de publicarse la Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2005, por la que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros, sobre la base de la habilitación contenida en la DA1³⁸; esta Resolución remite, en cuanto a los requisitos y procedimiento aplicables a las solicitudes de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena que tenga por objeto el desarrollo de una actividad como deportista profesional de duración superior a un año (Instrucción segunda.4, *a sensu contrario*), a lo dispuesto en los artículos 50 a 53 RD 2393/2004, esto es, a las autorizaciones ordinarias o estables³⁹. En suma, deja en papel mojado el restrictivo régimen especial previsto en la norma reglamentaria y vuelve a producirse un proceso de acción y corrección de la normativa de extranjería por medio de infranormas, cuando no, aunque este no sea el caso, la generalizada desautorización judicial de la política migratoria.

En conclusión, lo que queremos resaltar en estas breves notas es que la ausencia de una política integral de la inmigración ha generado que dos parcelas del ordenamiento jurídico (laboral y extranjería) que han de ir necesariamente acompasadas discurran, en muchos casos, por caminos diferentes.

³⁵ En extenso sobre el tema puede verse CHARRO BAENA, Pilar, “El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el ordenamiento laboral” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*,

³⁶ MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 584.

³⁷ BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios...*, pág. 224.

³⁸ Artículo 2.2 *in fine* RD 2720/1998, de 18 diciembre.

³⁹ BOE de 22 de agosto de 2005.

II.3. Renovación de las autorizaciones de trabajo y continuidad de la actividad laboral⁴⁰

Partiendo de la importancia trascendental que la renovación de las autorizaciones de trabajo y residencia tiene en orden a garantizar la estabilidad de la residencia y la integración sociolaboral de los extranjeros, las sucesivas reformas legales en materia de extranjería han ido perfilando lo que podríamos denominar “principio positivo a favor de la renovación”, mediante el cual ésta se convierte en regla general (incluso, en ocasiones, de forma automática) -en atención a una valoración global y ponderada de las circunstancias del trabajador y de la efectiva actividad profesional o laboral por él desempeñada- y su denegación, en excepción.

El camino ya había sido iniciado por el RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se desarrollaba la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España -en el que la denegación de la renovación de la autorización para trabajo era la excepción, que operaba sólo en los casos plenamente justificados-, fue continuado por la LO 4/2000, que asumiendo este principio mantuvo, salvo casos excepcionales, la renovación de los autorizaciones de trabajo, la LO 8/2000 “troca por una facultad reglada y automática”, y conserva en su totalidad la LO 14/2003.

Regulada la renovación en el artículo 38.3 LO 4/2000, en su redacción vigente, y en el artículo 54 RD 2393/2004, centraremos la atención en las condiciones para renovar las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que giran en torno a la actividad prestada por el trabajador extranjero durante la vigencia de la referida autorización.

El precepto reglamentario, en su apartado tercero, exige como requisito para obtener la renovación de la autorización inicial, “la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende”. Asimismo, se procederá a la renovación cuando el trabajador acredite la realización habitual para la que se concedió la autorización durante un número mínimo de meses por año (seis) y se encuentre en alguna de las situaciones que el precepto pormenoriza: bien que en el momento de la solicitud esté en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social por virtud de un contrato laboral suscrito con un nuevo empleador de acuerdo con las características de la autorización inicial, o bien si dispone de una nueva oferta de empleo. Igualmente, si el período de prestación de servicios por año es de al menos tres meses, se procederá a la renovación siempre que el trabajador acredite la existencia de un contrato de trabajo en vigor, o bien que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se rompió por causas ajenas a su voluntad, o, finalmente, que ha buscado activamente empleo.

La cuestión más relevante que se plantea a raíz de esta formulación positiva es si la continuidad laboral a la que alude la norma ha de ser, necesaria y exactamente,

⁴⁰Véase, CARDENAL CARRO, M.: “El permiso de trabajo de los deportistas profesionales”, *Revista Jurídica del Deporte* núm. 15, 2005.

aquella que tiene lugar en la actividad concreta para la que se obtuvo la autorización inicial⁴¹ y que figura en la Tarjeta de identidad del extranjero, como parece que está exigiendo la Administración⁴², que viene denegando renovaciones en aquellos casos en los que la denominación técnica de la actividad laboral desarrollada por el trabajador extranjero no coincide con la estampada en aquella tarjeta. Con independencia de los desajustes que esta práctica administrativa provoca en la articulación de distintos preceptos de la propia normativa sobre extranjería, a los que aludiremos posteriormente, mal se compadece con los dictados de la moderna política de empleo dirigidos al objetivo de lograr la permanencia en el mercado de trabajo y que más allá de rigorismos interpretativos de conceptos tales como actividad o categoría apuesta por la idea de “ocupabilidad” como capacidad de integrarse o reintegrarse fácilmente en aquél. Lo que para el resto de trabajadores es un dato formal carente de importancia -la concreta actividad en la que se presta servicios- se convierte para el extranjero en el requisito esencial, más relevante incluso que facilitar su continuidad en el mercado de trabajo en situación regular, lo que resulta contrario a los dictados de la normativa laboral y a las actuales directrices de la política de empleo, en la que los inmigrantes, no olvidemos, constituyen un colectivo de específica atención por sus especiales dificultades de inserción (Ley 56/2003, de 16 diciembre, de Empleo).

No es extraño que la falta de coincidencia entre la actividad para la que se habilita realizar al extranjero se deba a la excesiva demora que se produce en la tramitación de los expedientes relativos a las autorizaciones de residencia y trabajo, que provoca, en la generalidad de los supuestos, el que la empresa que inicialmente hubiese efectuado la oferta de trabajo ya no disponga de plazo, al haber sido cubierta por el trabajador ante la tardanza en su tramitación

Decíamos que la rigidez con la que el legislador reglamentario ha vinculado la renovación a la continuidad de una concreta actividad provocaba desajustes en la articulación de distintos preceptos de la propia normativa sobre extranjería. En primer lugar, si tenemos en cuenta las otras circunstancias para proceder a la renovación de la autorización inicial, siempre que el trabajador extranjero acredite la realización de actividades laborales durante seis meses, paradójicamente para que fuese procedente la renovación bastaría con que en el momento de proceder a la misma figurase dado de alta en la Seguridad Social desde un mes antes con la empresa con la que tiene suscrito un contrato de trabajo “acorde” -que no coincidente- con las características de su autorización, mientras que el ejercicio habitual de actividades

⁴¹ En este epígrafe, básicamente se sigue lo ya manifestado en AGUELO NAVARRO, Pascual, CHARRO BAENA, Pilar y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, “La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 11, 2006, págs. 55 a 110.

⁴² SEMPERE NAVARRO, A.V. “Los permisos para trabajo de extranjeros” *Aranzadi Social* núm. 11, 2000, pág. 7.

laborales durante la vigencia de la autorización inicial tan sólo operaría a su favor si coincidiese con la que aparece reflejada en su documento habilitante. Es más, acreditando el mismo extremo, sería suficiente que existiera una posibilidad real de iniciar una relación laboral, para lo que el extranjero ha de disponer de una nueva oferta de empleo a la que, por cierto, no se aplicará la situación nacional de empleo. En fin, son suficientes tres meses de actividad durante la autorización inicial si la relación laboral a que dio lugar la autorización se interrumpió por causas ajenas a su voluntad, que ha buscado activamente empleo participando en acciones determinadas por el servicio público de empleo, o que percibe una prestación contributiva por desempleo o prestación económica asistencial de carácter público.

En segundo lugar, tampoco se armoniza con la el diseño legal del arraigo -recuérdese, mecanismo normalizado de regularización singular *permanente*⁴³-, en el que lo relevante es la incorporación real al mercado de trabajo y no tanto la prestación laboral en una concreta actividad que ha pasado por el filtro de la situación nacional de empleo y que no ha de coincidir necesariamente con materialmente está llevando a cabo el trabajador extranjero en el momento de solicitar la renovación. En efecto, la autorización de residencia por arraigo “laboral”⁴⁴, que lleva aparejada una autorización de trabajo durante su vigencia, considera digna de protección la inserción de *facto* en el ámbito laboral, hasta el punto de que la residencia por circunstancias excepcionales habilitará para trabajar sin tener en cuenta la situación nacional de empleo. La acreditación de la prestación efectiva de servicios durante un período superior a un año por parte del inmigrante en situación irregular evidencia que, en atención a la formación y capacitación profesionales, disponibilidad del inmigrante y, sobre todo, de la capacidad de absorción del mercado laboral interno, aquél se ha incorporado efectivamente, aunque sea al margen del control administrativo de acceso al trabajo. En cuanto al arraigo social⁴⁵, la eficacia de la autorización concedida estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante; lo relevante para el legislador vuelve a ser la inserción del extranjero en España que, en su vertiente laboral, se materializa en la firma de un contrato por el trabajador y el empresario, que se constituirá en el fundamento de la habilitación para trabajar sin tener en cuenta la situación nacional de empleo.

⁴³ La “actividad” para la que se concede la autorización se extrae de la Clasificación Nacional de Ocupaciones 1994, aprobada por RD 917/1994, de 6 mayo (BOE 27 mayo 1994, núm. 126, pág. 16626), en base a cuyo contenido se elabora también, trimestralmente, el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura.

⁴⁴ Excepcionalmente, alguna Administración local -Subdelegación de Barcelona- acoge un criterio mucho más flexible, admitiendo que para solicitar la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena es suficiente que el trabajador haya estado cotizando el tiempo suficiente al Régimen de Seguridad Social al que pertenece la actividad para la que se concedió la autorización inicial.

⁴⁵ Expresión que se acuñó en CHARRO BAENA, Pilar y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José María, “La mal llamada `Ley de Extranjería : ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?. *La Ley* núm. 5063, de 29 de mayo de 2000, pág. 2.

Carece de justificación el acogerse a formalismos innecesarios que se alejan de los objetivos perseguidos por la reciente política migratoria; si el acceso regular al mercado de trabajo sigue siendo tributario del filtro que supone la situación nacional de empleo ¿no sería defendible, por ejemplo, que fuera relevante a efectos de renovación no sólo la realización de la actividad estampada en la tarjeta de identificación sino cualesquiera otras incluidas, al menos, en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura?

Como colofón de todo lo anterior, nos encontramos con que la prestación de servicios en ocupación o actividad diferente de la que figura en la Tarjeta de identidad del extranjero, no solamente impide la renovación de la autorización de residencia y trabajo sino que también supone la comisión de una infracción muy grave⁴⁶ por parte del empresario que ha dado de alta y cotiza por el trabajador, y que se ve así expuesto a la misma importante sanción que merece quien contrata a un extranjero que carece absolutamente de autorización para trabajar (sin perjuicio de las pertinentes modulaciones en función de la gravedad del incumplimiento). Es más, en estos casos la Tesorería General de la Seguridad Social viene declarando indebidas las cotizaciones efectuadas por el empresario, lo que supone que éste ha de hacer frente también al incremento de la multa contemplado en el artículo 48 Ley 62/2003. Esta situación está dando lugar, como era de esperar, a que los empresarios prefieran no dar de alta a los trabajadores extranjeros si van a prestar servicios en una actividad distinta de la que figura exactamente en su Tarjeta de identidad. El resultado de la rigidez en la interpretación de la norma y en su aplicación por la Inspección de Trabajo es la mayor desprotección del trabajador extranjero, incluso en aquellos casos en los que éste cuenta con autorización para trabajar en una actividad análoga a la efectivamente desarrollada.

III. Conclusiones

1ª.- El trabajo se erige como principal factor de inclusión, de ahí la relevancia de los aspectos relativos a la ordenación del trabajo de los inmigrantes.

2ª.- Las sucesivas reformas de la normativa de extranjería evidencian la preponderancia del control de flujos relegando el objetivo integrador.

3ª.- La rigidez del sistema legal de extranjería genera la percepción de que resulta más práctico, tanto al trabajador como al empresario, acudir a los mecanismos informales que proporciona el mercado de trabajo.

4ª.- El fracaso que han supuesto los contingentes de los últimos años se acrecentó al intentar dejar en lugar residual el denominado “acceso directo”.

⁴⁶ Podrán obtenerla los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren “la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año” (art. 45.2.a RD 2393/2004).

5ª.- La ausencia de una política integral de la inmigración ha generado que dos parcelas del ordenamiento jurídico (laboral y extranjería) discurren por caminos diferentes.

6ª.- El excesivo rigor en la interpretación y aplicación de las normas sobre renovación se aleja del objetivo a favor de la integración social del inmigrante.