

Els drets laborals dels immigrants en la legislació espanyola d'Estrangeria

Sara Roura Vidal

47948172 A

Treball Final de Grau

Ignasi Camós Victoria

Facultat de Dret, Grau en Dret

Curs 2013/2017

Gener del 2017

Abstract: Els drets laborals dels immigrants en la legislació espanyola d'Estrangeria.

Conceptes clau: Treballador / Estrangeria / Laboral / Drets / Immigració / Legislació

Sota el títol d' "Els drets laborals dels immigrants en la legislació espanyola d'Estrangeria", en el present Treball Final de Grau es fa un estudi sobre els drets laborals dels estrangers en l'ordenament jurídic espanyol. L'anàlisi es divideix en dues parts diferenciades: el marc internacional vigent en matèria de drets dels treballadors migrants i l'evolució legislativa espanyola en la regulació dels drets sociolaborals dels estrangers.

La segona part del treball consta d'un estudi integral de les relacions laborals dels immigrants regulars i irregulars i els drets laborals que d'aquesta se'n deriven. S'estudiarà l'evolució legislativa i jurisprudencial en el reconeixement d'aquests drets, prenent una especial atenció als drets laborals fonamentals de vaga i lliure sindicació dels treballadors estrangers, i la forma especial en què s'articula el dret al treball. Tot això sota els nous paràmetres imposats pel Tribunal Constitucional en les SSTC 236 i 259 del 2007, que assenten les bases de la nova doctrina social actual.

Abstract: The labour rights of the immigrants in the Spanish law on foreigners.

Key Concepts: Workers / Foreign / Labour / Rights / Immigration / Legislation

Behind the title "The labour rights of the immigrants in the Spanish law on foreigners", this final work of degree is an analysis of the labour rights of the foreigners in the Spanish legal system. This analysis is divided in two different parts: The international regulation in matter of rights of the immigrant's workers and the evolution of the foreigner's labour rights in the Spanish law.

The second part of this analysis is performed by an integral study of the labour relations between the employer and the foreigner worker (the one who hold a legal status and also the one who don't benefit from it). The research work is also focused on the legislative and jurisprudential evolution in the recognition of these rights, taking a special attention to the fundamental labour immigrant's rights of strike and association. And also the difference between these rights and the foreigner's labour right of work. All this, under the new settings imposed by the Constitutional Spanish Court through the judgments 236 and 259 on the 2007, which bases the new social doctrine current.

Índex:

1. Introducció.....	1
2. Marc Internacional: Introducció.....	4
2.1: Declaracions i Pactes Universal en matèria de Drets Humans.....	5
2.2: Convenis de l'Organització Internacional del Treball.....	8
2.3: Dret de la Unió Europea.....	10
2.3.1: Breu menció a la Directiva 2014/36/UE del Parlament Europeu i del Consell.....	14
3. La Doctrina restrictiva tradicional: La Llei Orgànica 7/1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya.....	16
3.1: Configuració constitucional i jurisprudencial bàsica dels drets sociolaborals dels estrangers a Espanya: la STC 107/1984, de 23 de novembre.....	17
3.2: Drets sociolaborals dels estrangers en la LO 7/1985.....	19
3.3: Breu menció de la STC 115/1987.....	20
4. Drets sociolaborals dels estrangers en la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.....	22
5. Drets sociolaborals dels estrangers en la Contrareforma de la Llei d'Estrangeria: La LO 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la LO 4/2000.....	24
6. La LO 14/2003, de 20 de novembre, de reforma de la LO 4/2000.....	25
6.1: De la nul·litat del contracte celebrat amb estranger irregular a la nova doctrina protectora dels drets laborals.....	26
6.2: Possibilitat d'accedir a la prestació d'atur.....	30
6.3: El dret a rebre prestacions de la Seguretat Social.....	31
6.4: Responsabilitat de l'empresari per la contractació irregular.....	33
7. La Doctrina Social actual: LA LLIBERTAT SINDICAL i EL DRET A VAGA en les SSTC 236 i 259 del 2007.....	34
7.1: L'adequació de la nova doctrina social en l'última reforma de la Llei d'Estrangeria: la LO 2/2009, d'11 de desembre.....	38
8. El dret al treball dels treballadors estrangers i les condicions del seu exercic.....	39
8.1: El treball com a mitjà d'integració: Les figures de l'arrelament laboral i social.....	43
8.2: El principi d'equiparació laboral i la problemàtica de la irregularitat sobrevinguda.....	45
9. Conclusions.....	49
10. Bibliografia.....	53
11. Agraïments.....	57

1. Introducció:

Les migracions internacionals són a dia d'avui un dels grans fenòmens presents en la realitat política, econòmica i social de la majoria dels països del planeta. En l'actual etapa de globalització econòmica s'està produint també una globalització de les migracions que contribueix a explicar-nos la transcendència global d'aquest fenomen social.

Els processos migratoris no són producte del nostre segle. Els desplaçaments humans en busca de millors condicions de vida i horitzons han existit sempre. De fet, l'emigració ha sigut tradicionalment un fet social, un dret natural de la persona vinculada al principi de llibertat. Actualment, aquests moviments estan responent a la profunda divisió provocada per les desigualtats econòmiques derivades dels diferents nivells de desenvolupament que es donen, ja no només entre països de Nord i Sud, sinó entre nacions ubicades en tota la geografia del planeta.

Espanya, com altres països del Sud d'Europa que han estat històricament zones potencials d'emigració, s'ha convertit gradualment en país receptor d'immigrants. La immigració ha deixat de ser en el nostre país un fet marginal i conjuntural, sent ja un fenomen eminentment estructural, permanent i de notòria importància en els ingressos de les arques públiques. En el context d'una població espanyola gradualment envellida i víctima de la crisi econòmica mundial, les greus dificultats de l'Estat per fer front a les previsions socials d'educació de la primera edat i de jubilació de la tercera edat són evidents i preocupants. Per això, el volum de població activa que aporta la immigració resulta tan beneficiós com necessari.

Tot i la clara distinció intuïtiva entre estranger i immigrant, el règim jurídic espanyol de la immigració s'enquadra dins la legislació d'estrangeria, sense fer distinció entre ambdós conceptes. Inicialment, la idea d'estrangeria correspon a la definició negativa de falta de nacionalitat espanyola i de ciutadania europea, mentre que la idea d'immigració es connecta amb el caràcter eminentment laboral de la persona que arriba a Espanya amb fins econòmics. Diferenciar entre estranger i immigrant és necessari perquè la immigració requereix d'atencions i polítiques públiques diferents a l'estrangeria, és a dir, el treballador extracomunitari i la seva família necessiten d'un enfocament global, que no només contempli la documentació d'estranger, sinó també les condicions de feina, atenció sanitària, necessitats de vivenda, educació i integració.

Aquest treball es centra en l'estatut jurídic laboral de l'immigrant, entès com el treballador extracomunitari per compte aliena que es trasllada a Espanya per millorar les seves condicions de vida. D'aquesta manera, quan parlem d'estrangeria en aquest estudi ens estem referint a aquesta figura concreta. Cal precisar també que quan parlem de treballador ens estem referint al

treballador en sentit material, com aquell que efectivament presta serveis a canvi de remuneració, disposi o no d'autorització legal per fer-ho.

Estudiem la figura del treballador migrant des d'una doble òptica, internacional i nacional, fronts aquests que han d'entendre's i actuar de manera indissoluble. En el procés actual de transnacionalització de les decisions polítiques, la regulació jurídica d'estrangeria ha cobrat un especial interès per la Comunitat Internacional. Per això, repassarem els diferents Pactes i Acords adoptats en la matèria per part d'Organismes Internacionals com L'Organització Internacional del Treball o les Nacions Unides. Prestarem també atenció a les polítiques de la Unió Europea sobre estrangeria i a l'estatut de ciutadà comunitari, quasi equiparable al del nacional i totalment divergent del de tercer Estat.

Un cop analitzat el marc legislatiu internacional i el posicionament polític que Espanya adopta respecte aquest, abordarem la complexa i constantment reformada legislació espanyola d'estrangeria, sempre sota l'òptica dels drets laborals individuals i col·lectius. Per fer-ho, s'ha seguit un ordre cronològic de les disposicions que permetés comprendre com la jurisprudència ha anat perfilant al llarg dels anys el reconeixement i exercici dels drets laborals dels estrangers, partint de la doctrina tradicional restrictiva fins arribar a la nova doctrina social actual (realçada en les SSTC 236/2007, de 7 de novembre i 259/2007, de 19 de desembre).

L'evolució en el reconeixement de drets laborals dels estrangers en les diferents Reformes de la Llei d'Estrangeria, clarament marcades pel color del partit polític governant, no pot entendre's sense la interpretació de Jutjats i Tribunal. Aquests, un cop derogada la primera Llei d'Estrangeria LO 7/1985 que presidiria fins l'any 2000, van començar a declarar la plena efectivitat del contracte laboral celebrat amb estrangers en situació irregular, superant la vella teoria de nul·litat contractual i d'efectes. Prestarem una especial atenció als pronunciaments del Tribunal Constitucional sobre la presumpta inconstitucionalitat de certs preceptes de la Llei d'Estrangeria, i com aquests han suposat un dur correctiu al legislador degut al seu excés en l'establiment de restriccions als drets fonamentals laborals de vaga i lliure sindicació, entre d'altres.

L'objectiu d'aquest treball és realitzar un estudi integral de les relacions laborals dels estrangers a Espanya, des de com s'articula el dret al treball i l'accés a un lloc de feina, fins a la contractació i el principi d'equiparació laboral que formalment regeix a partir d'aquest moment. Veurem com la condició administrativa de l'estranger és la base del seu estatut jurídic laboral, ja que opera com a requisit al reconeixement i exercici de la majoria dels drets recollits a l'article 4 de l'Estatut dels Treballadors.

Sense ser objecte d'aquest estudi les especificitats administratives en la concessió d'autoritzacions, analitzarem també les diferents situacions en les que es pot trobar el treballador a Espanya en relació a la seva contractació, drets laborals i prestacions de la Seguretat Social, així com la dificultat en la renovació de permisos i la problemàtica en augment de la irregularitat sobrevinguda.

Aquest treball pretén fer un replantejament del dret al treball dels estrangers, com a valedor dels demés drets laborals bàsics, des de la perspectiva de considerar-lo com a dret social fonamental de tota persona en la seva condició de treballadora. Partirem del paradigma de la ciutadania social inclusiva en el sí d'un Estat Social, per qüestionar-nos quina és la utilitat d'atorgar un estatus menys privilegiat al dret laboral fonamental del treball, sent la característica comú dels immigrants justament el treball.

En virtut dels principis d'igualtat, justícia i solidaritat social, la integració dels estrangers immigrants – tal com es titula la nostra Llei d'Estrangeria - passa pel reconeixement complet dels drets laborals i socials de tots els treballadors, independentment de la seva nacionalitat o condició administrativa. De fet, l'Estatut dels Treballadors està dirigit a tota persona que tingui la consideració de treballadora, sense més condicionants.

El Dret, com a sistema de control social i com a criteri per la resolució institucionalitzada de conflictes, té un paper molt important en tots els processos de canvi, integració i conflictes en la societat. En el fenomen migratori, s'ha de constituir com una opció estable i generadora de seguretat, que tingui en compte la protecció i posició vulnerable de l'immigrant, a la vegada que assumir els reptes i dificultats que es generen en les societats de rebuda. Junt a la regulació legislativa, d'igual rellevància són les polítiques d'immigració, que han d'estar a l'alçada dels desafiaments que plantegen els nous fluxos migratoris i adequar-se a les necessitats de la societat i dels immigrants.

Sense més dilacions, veurem com la falta de consens internacional en matèria migratòria impedeix l'estructuració de polítiques que, sense haver de renunciar a l'establiment de mecanismes adequats de control, no oblidin els drets dels immigrants com a persones, i no com a transaccions laborals.

2. Marc internacional: Introducció

Abans d'entrar a analitzar l'evolució legislativa espanyola d'estrangeria en matèria laboral, és imprescindible atendre, abans de tot, a la normativa supranacional relativa a la matèria. Això en base a dos motius fonamentals: en primer lloc, per pertànyer Espanya a un conjunt d'organismes internacionals i entitats supraestats amb les que ha adquirit responsabilitats i compromisos ineludibles; i, en segon lloc, perquè tals compromisos operen com a límit a la sobirania estatal, establint uns estàndards mínims que la regulació nacional ha de respectar.

El punt de partida per començar a desglossar la normativa internacional és el propi article 13 de la Constitució Espanyola¹, endavant CE, on s'estableixen dos límits bàsics a la llibertat del legislador en matèria d'estrangeria: El primer, és el contingut del dret constitucionalment establert, és a dir, que la remissió a la llei que realitza l'art 13 CE tindrà sempre com a límit intrínsec el contingut de l'article 10.1 de la CE (1978): *La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels demás són fonament de l'ordre polític i de la pau social*. El segon, és el contingut del mateix fixat pels Tractats Internacionals².

Aquesta situació és un reconeixement implícit i evident de la primacia del Dret Internacional en matèria de Drets Humans sobre el Dret intern, amb l'objectiu de que la seva protecció quedi fora de tota possible discrecionalitat estatal. Per la realització d'aquest treball, resulta indispensable aquest apartat per tal d'entendre els constants excessos en que el legislador infraconstitucional ha incorregut en les reformes de la Llei d'Estrangeria espanyola, i que en els pròxims capítols s'estudiarà detalladament.

Donada la complexitat i multiplicitat de normativa internacional existent en matèria de drets dels treballador migrants, s'ha dividit aquesta en tres grups normatius diferents: Les Declaracions i Pactes Universals en matèria de drets fonamentals de les persones, els Convenis de la Organització Internacional del Treball i el Dret i polítiques d'Immigració de la Unió Europea. L'ordre en que s'estudiaran, atén, no tant a criteris cronològics o de jerarquia de les

¹ Article 13 de la Constitució Espanyola (1978): *Els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el present Títol en els termes que estableixin els Tractats i la Llei*.

² Article 10, apartat segon: *Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els Tractats i Acords Internacionals sobre les mateixes matèries ratificades per Espanya*.

disposicions, sinó a paràmetres d'influència, tant en la legislació espanyola, com en l'ordre normatiu internacional i comunitari³.

2.1: Declaracions i Pactes Universals en matèria de Drets Humans:

Els textos internacionals sobre Drets Humans són els adoptats en el sí de la Nacions Unides: La Declaració Universal de Drets Humans⁴ de 1948, el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals⁵, ambdós de 1966.

En el context europeu, resulten de vital importància el Conveni del Consell d'Europa per la protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals de 1950, considerat com a estàndard mínim europeu, i la Carta Social Europea de 1961, qualificada pel president del Comitè Europeu de Drets Socials entre 2003 i 2006 com el "Tractat Internacional més important en matèria de drets socials, no només des del punt de vista del número de drets reconeguts, sinó sobretot des de la perspectiva de la protecció efectiva de tals drets" (Belorgey, 2007, p. 349)⁶.

També resulta rellevant per l'estudi que ens ocupa, i seguint dins l'àmbit europeu, el Conveni Europeu relatiu a l'Estatut Jurídic del Treballador Migrant⁷ de 1977. En l'article primer del Conveni s'estableix l'àmbit personal d'aplicació, partint de la situació regular del treballador migrant com a condició per a poder ser subjecte dels drets que el Conveni recull. L'esperit de la normativa és vetllar per una plena equiparació de drets entre treballadors nacionals i migrants, reconeixent a aquests últims les mateixes garanties en matèria de prestacions de la Seguretat Social, assistència social, prevenció d'accidents i malalties professionals i mateixes condicions de feina, entre d'altres. Tot i així, s'exclouen de la llista de destinataris categories de treballadors com els de temporada, els artistes o els fronterers. D'aquesta manera, tot i ser positiva la creació d'un Conveni que vetlli pels drets dels treballadors migrants, com a mostra de la creixent preocupació que aquest fenomen suscitava, no és menys certa la limitació dels beneficiaris i la desprotecció que això generaria als demés treballadors que en queden exclosos.

El Conveni Europeu relatiu a l'Estatut Jurídic del Treballador Migrant, juntament amb els Convenis 97 i 143 de l'Organització Internacional del Treball, que s'estudiaran en l'apartat

³ Veure Martínez Moreno, C. (dies 8 i 9 de juliol del 2015). *Marc Internacional per la Tutela dels Drets Laboral* (p. 4) pertanyent a la Jornada sobre la Reforma Laboral: Sentències del Tribunal Constitucional. Drets Fonamentals i Dret Internacional. Madrid: Universitat d'Oviedo.

⁴ De 10 de desembre de 1948 mitjançant Resolució 217 A(III).

⁵ De 16 de desembre de 1966 mitjançant Resolució 2200 A(XXI).

⁶ Belorgey, J.M (2007). *La Carta Social Europea del Consell d'Europa i el seu òrgan de control: El Comitè Europeu de Drets Socials*. De Revista de Dret Públic. UNED.

⁷ Conveni n° 93 del Consell d'Europa, adoptat el 24 de novembre de 1977 a Estrasburg. Espanya ratificaria el Conveni el 6 de maig de 1980 i entraria en vigor l'1 de maig de 1983.

corresponent, van ser l'antecedent immediat de la Convenció Internacional sobre la Protecció dels Drets del Treballadors Migrants i les seves Famílies⁸ de 1990, en endavant, ICRMW.

L'ICRMW neix per la necessitat d'aconseguir el compromís de tots els Estats en l'adopció de mesures específiques de protecció dels treballadors migrants i les seves famílies, així com per crear un marc jurídic i polític que elimini d'arrel el tràfic, l'explotació i tota manifestació de discriminació racial i xenofòbia. Després de molts anys d'alerta per part de les Nacions Unides de la falta de regulació que protegeixi jurídicament els drets laborals i socials dels treballadors migrants, i de l'excessiva tolerància que la majoria d'Estats potencialment receptors de mà d'obra mostren davant l'explotació, l'ICRMW apareix com un Tractat tant necessari com esperançador.

Per sintetitzar, l'ICRMW aplica explícitament els drets enunciats a la Carta Internacional de Drets Humans a la situació específica dels treballadors migrants i les seves famílies.

Tal com estableix la professora Álvarez Rodríguez⁹, l'ICRMW estableix quatre grans objectius ben diferenciats (1999, p.4). En primer lloc, el reconeixement d'un estàndard mínim de drets per tots els treballadors migrants sense distinció alguna per motius de sexe, raça, color, idioma, religió o convicció, opinió política, nacionalitat, edat, situació econòmica, patrimoni, estat civil, naixement o qualsevol altra condició. Resulta molt innovadora la definició que l'article 2¹⁰ del Tractat ens dona del treballador migrant, desvinculant-la de la seva situació administrativa (regularitat o irregularitat), o de si ha rebut permís o autorització per treballar abans d'entrar a l'Estat de que no és nacional.

El segon objectiu és assegurar el respecte dels Drets Humans Fonamentals a tots els treballadors migrants, sigui quina sigui la seva situació administrativa, per evitar l'explotació que freqüentment determinades empreses confereixen als seus treballadors irregulars, quan,

⁸ Adoptat per l'Assemblea Nacional de les Nacions Unides el 18 de desembre de 1990 mitjançant Resolució 45/158.

El Tractat va entrar en vigor l'1 de juliol del 2003 després de ser ratificat per Guatemala (13 de març del 2003) complint així amb el requisit d'adhesió de vint Estats, tal com es estableix l'article 87 del Conveni.

⁹ Álvarez Rodríguez, A. (1999). *Contingut jurídic de la Convenció sobre la Protecció dels Drets dels Treballadors Migrants i les seves Famílies*. Article basat en la ponència presentada sota el mateix títol en les Jornades sobre Dret Internacional i els Drets dels immigrants. Present i futur de la immigració a Europa. (dies 24 i 25 d'abril de 1992). Madrid.

¹⁰ Article 2, apartat primer: "S'entendrà per treballador migrant tota persona que vagi a realitzar, realitzi o hagi realitzat una activitat remunerada en un Estat del que no sigui nacional".

aprofitant-se de la seva situació de vulnerabilitat i desemparament, imposen condicions de treball abusives i contràries a l'ordenament¹¹.

El tercer objectiu és la concessió de drets addicionals als treballadors migrants documentats i als seus familiars; es tracta d'un catàleg més ampli de drets (de caràcter econòmic, social i cultural) dels que seran beneficiaris, addicionalment als Drets Humans Fonamentals, només els treballadors que es trobin al territori del tercer Estat de manera regular.

El quart i últim objectiu és l'eliminació dels moviments clandestins i la contractació il·legal o submergida, mitjançant, o bé la pròpia actuació dels interessats (donat que la regularització de la seva situació els beneficiarà amb un catàleg més ampli de drets), o bé mitjançant l'eliminació dels moviments il·legals o clandestins per part de les autoritats dels Estats Contractants, d'ofici.

Si bé l'objectiu principal d'aquest Tractat, així com de la Conferència Internacional de Treball celebrada a Ginebra l'any 2004 i enfocada a la migració laboral, era aconseguir l'adhesió i el compromís del major nombre d'Estats possibles, les expectatives van quedar ben lluny de la realitat¹². Actualment, 64 Estats s'han adherit o han firmat i ratificat, i 16 Estats han firmat (amb intenció de ratificar). De tots els Estats part, només quatre acullen poblacions d'aproximadament més d'1 milió de migrants (Argentina, Mèxic, Nigèria i Líbia). La resta són Estats que, pel seu baix desenvolupament, són potencialment emissors de treballadors migrants.

Cap Estat Membre de la Unió Europea ha firmat ni ratificat el Tractat; d'Amèrica del Nord, només Mèxic. Tenint en compte el paper de grans receptors de treballadors migrants d'un elevat nombre d'Estats Europeus, i la gran importància que les seves ratificacions tenen per tal que l'ICRMW esdevingui base jurídica essencial i real de les polítiques migratòries nacionals, els seus silencis són decepcionants. Sense dubte, la raó principal de la resistència a ratificar-lo es troba en la contradicció permanent de promoure i combatre la immigració al mateix temps, perquè si bé comprenen la importància dels drets humans i sociolaborals dels estrangers i s'abanderan de ser Estats eminentment socials contraris a l'explotació i el tràfic humà, també es beneficien del tipus de treball precari i de baix cost que aquests realitzen i que els permet mantenir economies competitives.

Podem concloure veient que, tot i ser formalment un instrument rellevant, en realitat és un testimoni clau de la falta d'un marc internacional vinculant regulador dels fluxos migratoris.

¹¹ El Preàmbul de l'ICRMW disposa “que els problemes humans que planteja la migració són encara més greus en el cas de la migració irregular, i convençuts, per tant, de que s'ha de promoure l'adopció de mesures adequades amb el fi d'evitar i eliminar els moviments i el trànsit clandestí dels treballadors migrants, assegurant-los a la vegada la protecció dels seus Drets Humans Fonamentals”.

¹² Per consultar el llistat d'Estats que han ratificat l'ICRMW: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/index.htm> i/o www.migrantsrights.org

2.2 Convenis de l'Organització Internacional del Treball:

Estudiat l'ICRMW com a instrument integral d'orientació jurídica pels Estats en la formulació de les seves polítiques migratòries, és moment d'estudiar dos instruments internacionals d'igual transcendència en matèria de drets dels treballadors migrants: Els Convenis 97 i 143 de l'Organització Internacional del Treball, en endavant, OIT.

Tal com Rodríguez Piñero estableix, “Segons l'Organització Internacional del Treball, l'expansió i complexitat de la migració actual precisa no només aplicar els instruments nacionals existents, sinó també crear nous instruments sobre les condicions d'accés i residència al país de destí, i les condicions de treball dels immigrants en aquest país” (2010, p.41)¹³. L'OIT treballa per elaborar polítiques que maximitzin els avantatges de la migració laboral per totes les parts involucrades.

El Conveni nº 97 sobre treballadors migrants¹⁴ estableix les bases per la igualtat de tracte i drets entre nacionals i migrants regulars en les següents matèries: remuneració, afiliació a sindicats, vivenda, prestacions derivades de contingències professionals, procediments de contractació i accés a la justícia. El Conveni¹⁵ parteix de la situació administrativa regular del migrant i té com a fonament principal la prohibició de discriminació per raó de nacionalitat en la legislació estatal, reglamentària o en convenis col·lectius, que s'hauran d'aplicar indistintament als treballadors nacionals i migrants regulars.

Espanya va ratificar el Conveni 97 el 21 de març del 1967, passant a ser des d'aquell dia d'obligat compliment com a Estat firmant i incorporant-se a l'ordenament intern en posició jeràrquicament equiparable a les lleis.

El Conveni nº 143 sobre treballadors migrants¹⁶ va ser aprovat quan la comunitat internacional va prendre consciència de l'augment de la migració irregular. Parteix de la consideració de que són necessàries noves normes per promoure la igualtat d'oportunitats i de tracte dels treballadors migrants i per garantir un tracte no menys favorable que el que es dispensa als seus propis nacionals. Tal com s'estableix al Preàmbul, el Conveni 143 complementa el Conveni 97 dels treballadors migrants (revisat) i el Conveni 111 sobre la discriminació, de 1958.

¹³ Rodríguez Piñero, M. (2010). Els moviments migratoris i la globalització: la dimensió europea. A Escudero Rodríguez, R. (coord.), *Immigració i mobilitat dels treballadors*. Madrid: LA LEY.

¹⁴ Adoptat el 8 de juny de 1949 per la Conferència General de l'OIT a Ginebra.

¹⁵ La seva corresponent Recomanació, la número 86, estableix estratègies per la recopilació de dades que permetin tenir una visió global de la problemàtica de cada Estat, les tècniques de l'OIT per la vigilància i protecció dels drets del Conveni i els instruments per la seva implementació.

¹⁶ Adoptat el 4 de juny de 1975 per la Conferència General de l'OIT a Ginebra.

La principal diferència amb el Conveni 97 és l'obligació que s'estableix als Estats firmants de respectar els drets humans bàsics de tots els treballadors migrants, independentment de la seva situació legal en l'Estat d'acollida¹⁷.

El Conveni 143¹⁸ estimula la regulació dels fluxos migratoris i l'eliminació de la migració clandestina amb fins laborals i el treball il·legal, obligant als Estats signants a adoptar les mesures necessàries i convenients a tals fins. També dissenya la formulació d'una política nacional destinada a promoure i garantir la igualtat d'oportunitats i de tracte en matèria laboral. Com a mesures concretes, es proposen programes educatius i d'ajuda per a l'elaboració de polítiques adaptades a les necessitats particulars dels migrants, així com a esforçar-se per què conservin la seva identitat nacional, i facilitar la reagrupació familiar.

Val la pena apuntar que l'article 8 del Conveni introdueix prematurament el fenomen de la irregularitat sobrevinguda¹⁹, establint que *“el treballador migrant no podrà ser considerat en situació il·legal o irregular pel fet mateix de la pèrdua de feina, la qual no haurà de comportar la retirada del permís de residència o, arribat el seu cas, del seu permís de treball”*.

Els aspectes innovadors del Conveni estan clarament en sintonia amb l'ICRMW, i de fet han operat com a clar antecedent d'aquest. És aquest pas endavant en la proclamació de drets el que ha fet que la seva ratificació sigui escassa, sobretot entre els països d'acollida d'estrangers.

Espanya no ha firmat ni ratificat el Conveni 143. Sí ho han fet Estats Europeus com Itàlia o Portugal. Només 11 Estats Membres de la Unió Europea han ratificat un o ambdós Convenis de l'OIT sobre treballadors migrants²⁰. La OIT no considera viable l'establiment de noves normes internacionals sobre migració, i només proposa la ratificació de les ja existents, així com la promoció d'instruments com el diàleg social i polítiques flexibles.

¹⁷ En l'article 11 del Conveni s'estableix que *“l'expressió de treballador migrant compren a tota persona que emigra o ha emigrat d'un país a un altre per ocupar un lloc de feina que no sigui per compte pròpia”*. La definició no exigeix que el treballador disposi de la corresponent autorització per treballar ni que es trobi a l'Estat del que no és nacional de manera regular.

¹⁸ La seva corresponent Recomanació, la número 151, precisa mesures a adoptar per assegurar el respecte del principi d'igualtat de tots els treballadors, així com la defensa de polítiques socials destinades que els treballadors migrants puguin beneficiar-se dels mateixos drets que els treballadors nacionals.

¹⁹ Veure amb detall: p.45 del treball.

²⁰ Per consultar el llistat d'Estats que han ratificat els Convenis 97 i 143, veure: <http://www.ilo.org/ilolex>

2.3 Dret de la Unió Europea: La influència de la política migratòria comunitària en la legislació espanyola:

Les successives reformes de la Llei d'Estrangeria espanyola en un curt lapsus temporal, així com els canvis d'estratègia en les polítiques migratòries, no es poden entendre sense l'entitat supranacional a la que Espanya pertany, com és la Unió Europea²¹. Aquest apartat té com a objectiu fer un breu repàs de l'evolució política migratòria europea per tal d'emmarcar-hi la pròpia nacional, sense perjudici de l'anàlisi detallat que es realitzarà sobre aquesta en el corresponent capítol.

De gran importància aquest apartat també per comprendre la contraposició d'estatus entre ciutadà comunitari, introduït en el Tractat de Maastricht (1992)²², i extracomunitari (el nacional de tercer Estat). Així, aquest treball es centra en els treballadors extracomunitaris, entesos com les persones que, al no ser ciutadans d'Estat Membre, no es veuen beneficiats dels privilegis que l'estatus de ciutadà comunitari comporta en relació amb el principi de lliure circulació i residència per accedir a un treball assalariat, a un treball per compte propi, a prestar o rebre un servei, a exercir una professió o obrir un negoci...etc.

Tradicionalment, la immigració sempre ha estat una qüestió que depenia exclusivament de la sobirania estatal, ja que és un fenomen que incideix directament en l'economia, la demografia i l'estructura social dels Estats. Tant és així, que durant els primers anys de vida de la Unió Europea, la política migratòria que imperava era la basada en la cooperació interestatal, permetent que cada Estat afrontés de manera individualitzada les seves pròpies polítiques migratòries.

La globalització, l'evolució dels moviments migratoris de temporals a permanents, i la voluntat de supressió de fronteres interiors, van provocar la necessitat de comunitarització de la política migratòria europea.

Aquesta comunitarització de la política migratòria a la que ens referim, segons Triguero Martínez²³, dona els primers passos l'any 1986, amb la firma de l'Acta Única Europea (2008, p.38). La preocupació i necessitat d'afrontar el fenomen de la immigració de manera conjunta augmentava; Mostra d'això destaquen un gran nombre de comitès, grups i reunions celebrades a

²¹ Veure amb caràcter general, Fernández Sánchez, P.A (2006). *Dret Comunitari de la immigració*. Barcelona: Atelier.

²² L'article 20.1 TFUE atribueix automàticament la ciutadania de la Unió als nacionals dels Estats Membres, fent-los titulars dels drets i deures previstos als Tractats.

²³ Triguero Martínez, L. A. (2008). *L'estatut jurídico laboral del treballador estranger immigrant*. Albacete. Bomarzo.

tal fi. Destacarem el Grup Trevi²⁴, creat pel Consell Europeu de Roma de 1975, com a origen de la col·laboració intergovernamental en matèria d'immigració, dret d'asil i cooperació policial i judicial.

Paral·lelament, a nivell nacional, el final de la dictadura i la democratització de l'Estat espanyol auguraven la intenció de sumar-se al projecte europeu²⁵. En aquest context s'emmarca la LO 7/1985 de drets i llibertats dels estrangers a Espanya, primera experiència espanyola en legislació d'estrangeria. La LO 7/85 pretenia fer front a l'imparable augment d'immigració que Espanya estava vivint, a la vegada que ajustar-se als requisits establerts comunitàriament. Mostra de la poca experiència espanyola en matèria d'immigració, va néixer una Llei d'esperit restrictiu, únicament preocupada pel control dels fluxos migratoris i sense prestar atenció a la necessitat d'un programa d'integració.

Els següents passos comunitaris que desencadenarien en la tant augurada comunitarització de la política migratòria serien: El Tractat d'Amsterdam (1997) i El Consell Europeu de Tampere (1999). De la mà del Tractat d'Amsterdam, "es comunitaritza la política d'immigració i asil mitjançant la búsqueda d'una política comú d'immigració dins d'un Espai comú de Llibertat, Seguretat i Justícia (ELSJ). Aquest compromís comportarà un canvi en el Dret Originari, introduint en el Tractat de la Comunitat Europea un Títol IV sobre *Visats, asil, immigració i altres polítiques relacionades amb la lliure circulació de persones*." (Goig Martínez, 2008, p.29)²⁶. D'aquesta manera s'està posant de manifest que la política estatal és insuficient per abordar la immigració en el context d'una Europa sense fronteres en la que tots els Estats passen a ser guardians, no només dels seus propis territoris, sinó també de tota la Unió Europea.

El primer programa de migració comunitari²⁷ va ser l'acordat pel Consell Europeu de Tampere, de 15 i 16 d'octubre de 1999, que neix de la necessitat de donar un enfocament global de la migració que tracti els problemes polítics, de drets humans i de desenvolupament dels països d'origen i trànsit. En aquest programa es destaca la necessitat de que es gestionin de manera més eficaç els fluxos migratoris en totes les seves etapes i en estreta col·laboració amb els

²⁴ És l'antecedent més senyalat de la Cooperació en els Assumptes de Justícia i d'Interior (CAJI). Reunia als Ministres de Justícia o d'Interior dels Estats Membres per tractar qüestions relatives a l'ordre públic, fonamentalment centrat en la lluita contra el terrorisme.

²⁵ Espanya sol·licita l'adhesió a la CEE el 28 de juliol de 1977 i serà l'1 de gener de 1986 quan l'adhesió entrarà finalment en vigor.

²⁶ Goig Martínez, J. M. (2008). *Immigració i Drets Fonamentals. Jurisprudència, Legislació i Polítiques Migratòries a Espanya*. Madrid: Universitas Internacional.

²⁷ Veure de manera general Mercader Urquina, J. R., Muñoz Ruiz, A. B. (2001). El tractament de la política migratòria de la Unió Europea. *Revista del Ministeri del Treball i Assumptes Socials*, nº 32, (p.36-37)

països d'origen²⁸ i trànsit. S'insta també a reforçar la cooperació mútua entre els serveis de control fronterer²⁹ dels Estats Membres i a sumar forces contra la immigració il·legal.

Pel que és d'interès en aquest estudi, i compartint opinió amb Goig Martínez³⁰, “el més important a destacar del Consell Europeu de Tampere és el desig de que la llibertat –entesa en sentit ampli- no hauria de considerar-se domini exclusiu dels ciutadans de la Unió. Així doncs, es vol aconseguir una Unió Europea oberta, segura i compromesa amb les obligacions adquirides en matèria de Drets Humans” (2008, p.34). Tot i així, aquest tracte just amb els nacionals de tercers països sempre porta la condició de que resideixin legalment al territori dels Estats Membres. Una vegada més, es procura la total equiparació de drets entre nacionals i estrangers -que es troben al territori de manera legal-, i es fa vista cega a totes aquelles persones que no ostentin la corresponent autorització.

La nova Llei Orgànica 4/2000 sobre Drets i Llibertats dels estrangers i la seva integració social, que coincideix en temps amb el Consell de Tampere, s'allunyaria de la lògica policial anterior i incidiria en la integració social dels immigrants, a la vegada que reconeixeria drets independentment de la situació administrativa en la que es trobessin els estrangers.

La contrareforma a aquesta Llei³¹ arribaria només als pocs mesos d'haver estat aprovada i, tot i reconèixer per primera vegada el fenomen de la immigració com estructural i permanent, va tornar a l'esperit restrictiu de la LO 7/85 i a la construcció de l'estatut jurídic de l'estranger únicament sobre la seva condició administrativa. En l'Exposició de Motius, es justifica la Reforma en la necessitat de compliment dels compromisos internacionals adquirits per Espanya, especialment per l'aplicació de l'Acord Schengen.

També la reforma LO 14/2003, sota el mateix nom, va destacar per la seva influència comunitària, ja que amb tal reforma es va produir la transposició de la Directiva 2002/90³², sobre la definició del concepte d'ajuda a l'entrada, a la circulació i a l'estança d'irregulars.

Però sense dubte, la reforma que més clarament seguirà les directrius europees, serà la darrera reforma de la llei d'Estrangeria, la LO 2/2009, al transposar i incorporar a l'ordenament jurídic

²⁸ És el que freqüentment s'anomena com a “codesenvolupament”, entès en el sentit de que el desenvolupament que els immigrants produeixen en les societats en les que han immigrat, també s'hauria d'estendre al país del que han emigrat.

²⁹ Aquestes directrius de control fronterer han comportat la creació d'Agències de col·laboració policial i judicial (com l'Agència Europea per la Gestió de la Cooperació Operativa en les Fronteres Exteriors l'any 2004-FRONTEX-).

³⁰ Goig Martínez, J.M (2008) *Immigració i Drets Fonamentals. Jurisprudència, Legislació i Polítiques Migratòries a Espanya*. Madrid: Universitas Internacional.

³¹ LO 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social.

³² Directiva 2002/90/CE del Consell, de 28 de novembre del 2002, destinada a definir l'ajuda a l'entrada, la circulació i a l'estança irregulars

espanyol un gran nombre de Directives en estreta relació amb les migracions. Com ha indicat Triguero Martínez³³, aquestes són: la Directiva 2003/109/CE del Consell, de 25 de novembre del 2003, relativa a l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga duració; la Directiva 2004/81/CE del Consell, de 29 d'abril del 2004, relativa a l'expedició d'un permís de residència a nacionals de tercers països que siguin víctimes del tràfic o hagin sigut objecte d'una acció d'ajuda a la immigració il·legal que cooperin amb les autoritats competents; o la Directiva 2009/50/CE del Consell, de 25 de maig del 2009, relativa a les condicions d'entrada i residència de nacionals de tercers països per fins de feina altament qualificada, entre d'altres (2009, p.4-5).

A tall de conclusió, i com ha indicat de Lucas³⁴, “en la Unió Europea sembla haver-se generalitzat un model de gestió de la immigració caracteritzat per una política instrumental i defensiva, una política de policia de fronteres i adequació a les necessitats del mercat del treball, que no s'ha centrat en l'immigrant i en el seu projecte vital. Polítiques que estrangeritzen a l'immigrant i estigmatitzen la distinció entre l'immigrant necessari laboralment, i els demés, i de manera especial i quasi invisible, a l'immigrant en situació irregular.” (2002, p.26)

La Unió Europea hauria d'enfocar la ciutadania de la Unió cap a una dinàmica jurídica, política i social que permeti fer realitat el principi de no discriminació per raó de nacionalitat³⁵ i cap a una perspectiva universalitzadora dels Drets Humans.

³³ Triguero Martínez L.A. [ca. 2009]. La nova reforma de la Llei Orgànica 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social: notes clau per la seva comprensió. *Revista d'Estudis Jurídics* 9/2009 de Granada (Segona Època).

³⁴ de Lucas, J. (comp.). (2002). Algunes propostes per començar a parlar en serio de política d'immigració. A de Lucas, J., Torres, F. *Immigrants, com els veiem? Alguns desafiaments i males respostes*. Madrid: Talasa.

³⁵ Articles 12 i 13 del Tractat de Constitució de la Unió Europea.

2.3.1: Breu menció a la Directiva 2014/36/UE sobre les condicions d'entrada i estança de nacionals de tercers països per fins laborals com a treballadors temporers:

Abans de procedir amb el breu anàlisi de la Directiva, és necessari comentar la posició jurídica dels denominats per la doctrina “estrangers privilegiats”³⁶. Això per entendre què volem dir quan parlem de polítiques migratòries que tracten la immigració sota el prisma de les necessitats del mercat laboral receptor, amb el tracte diferenciat que això comporta al conjunt de treballadors estrangers (Iglesias Sánchez, 2010, p.137).

Ens referim a l'estatut d'investigadors³⁷ o treballadors altament qualificats³⁸. Tot i que no ens interessa en aquest estudi entrar en un anàlisi exhaustiu d'aquestes dues modalitats, sí que ens importa l'observació del criteri que s'utilitza per part de la Unió Europea quan, per consideracions econòmiques, atorga estatuts jurídics més favorables a determinats grups de treballadors que es consideren més beneficiosos pels objectius econòmics de la Unió. Aquests privilegis es plasmen en la possibilitat de reagrupació familiar simultània, flexibilitat en la mobilitat del treballador entre Estats Membres, terminis preferents de resolució o d'accés a l'estatut de residència de llarga duració, entre d'altres. Aquesta política selectiva i discriminatòria social atorga una major facilitat en el règim d'autoritzacions administratives al col·lectiu concret de la investigació científica, radicalment diferent al tracte conferit als immigrants que venen a desenvolupar la seva activitat en altres sectors productius.

La Directiva 2014/36/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer del 2014, sobre les condicions d'entrada i estança de nacionals de tercers països per fins laborals com a treballadors temporers, és molt novedosa per entrar a regular per primer cop, i de manera específica, l'estatut jurídic del treballador temporer. Aquest, quedava tradicionalment exclòs de la majoria de disposicions europees, contemplant-se únicament l'estatut del nacional extracomunitari resident de llarga duració.

Així, la Directiva entra a regular un tipus de feina molt freqüent que realitzaven treballadors, que pel caràcter temporal de les seves relacions laborals, no podien complir amb els requisits establerts en la Directiva 2003/109/CE del Consell, de 23 de novembre del 2003, relativa a

³⁶ Iglesias Sánchez, S. (2010). *La Lliure circulació dels estrangers dins la Unió Europea: El règim de mobilitat en les Directives de la UE en matèria d'immigració*. Madrid: Editorial Reus.

³⁷ Directiva 2005/71/CE del Consell, de 12 d'Octubre del 2005, relativa a un procediment específic d'admissió dels nacionals de tercers països a efectes d'investigació científica.

³⁸ Directiva 2009/50/CE del Consell, de 25 de maig del 2009, relativa a les condicions d'entrada i residència dels nacionals de tercers països per fins de feina altament qualificada.

l'estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga duració³⁹. Aquesta última, es pot considerar com la disposició de major transcendència i que pretén la màxima equiparació de drets entre nacionals i estrangers que hagin aconseguit l'estatut de residents de llarga duració⁴⁰.

Tal com estableix Camas Roda⁴¹, aquesta Directiva és d'especial importància per Espanya pel gran volum d'ofertes laborals estacionals que es donen en sectors productius com el turisme o l'agricultura. Mitjançant la transposició de la Directiva es podria millorar significativament el sistema d'entrada dels treballadors temporers així com aconseguir una major dotació de drets socials i laborals. La data límit de transposició de la Directiva, tal com s'ordena en l'article 28 de la Directiva, era el 30 de setembre del 2016⁴².

Tal com s'expressa en l'Exposició de motius, la Directiva vol contribuir a una gestió efectiva dels fluxos migratoris⁴³ en la categoria específica de la migració temporal de caràcter estacional i garantir condicions de feina i vida dignes pels treballadors. Tot i les bones intencions, es reconeix la discrecionalitat dels Estats Membres en la determinació dels volums d'admissió dels treballadors temporers i també es fa explícit el principi de preferència d'accés al mercat laboral als ciutadans de la Unió.

Pel que ens és d'interès, només analitzarem el Capítol IV de la Directiva, el relatiu als drets reconeguts als treballadors temporers; i dins d'aquests, els estrictament laborals. Es reconeix igualtat de tracte en el règim de contractació, condicions de feina –inclosos salari i acomiadament-, horaris de feina, permisos i vacances, així com seguretat en matèria de salut i en el lloc de feina. També es reconeix el dret a vaga, a l'acció sindical, i a la llibertat d'associació, afiliació i pertinença a una organització que representi als treballadors. Criden l'atenció les restriccions que es deixen al lliure albir dels Estats Membres, com la possibilitat de restringir les prestacions d'atur o les familiars.

³⁹ Modificada per la Directiva 2011/51/UE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig del 2011, amb el fi d'estendre el seu àmbit d'aplicació als beneficiaris de protecció internacional.

⁴⁰ Segons l'article 4 de la pròpia Directiva, obtindran l'estatut de residents de llarga duració, els nacionals de tercers països que hagin residit legal i ininterrompudament en el territori d'un Estat Membre durant els 5 anys immediatament anteriors a la presentació de la sol·licitud corresponent. L'accés a aquest estatut dona lloc a una autorització de caràcter general, no limitada temporalment, ni lligada a l'exercici de cap activitat en particular.

⁴¹ Camas Roda, F. [ca. 2014]. Ressenya sobre la Directiva 2014/36/UE. Del *Blog de Ferran Camas Roda sobre Dret del Treball i Immigració*. Recuperat de <http://www.ferrancamas.com>

⁴² No consta fins el moment norma expressa espanyola de transposició d'aquesta Directiva.

⁴³ Tal com s'expressa en l'Exposició de motius de la Directiva, únicament és possible presentar una sol·licitud d'admissió com a treballador temporer quan el nacional d'un tercer país resideixi fora de la Unió Europea. La única excepció es donarà en el treballador que, havent-la ja aconseguit, demani una pròrroga.

Això, per evitar que després d'un entrada en territori d'un Estat Membre de manera irregular, es pugui presentar la sol·licitud.

3. La Doctrina restrictiva tradicional: La Llei Orgànica 7/1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya:

El marc legislatiu espanyol sobre estrangeria es caracteritza per ser notòriament canviant, de manera extremadament accentuada des de l'inici del Segle XXI. La regulació de la immigració a Espanya no ha estat molt present en el segle passat degut a que ha sigut tradicionalment un país d'emigració, on el legislador estava acostumat a focalitzar les preocupacions en les condicions jurídiques d'emigració dels nacionals espanyols, amb el clar objectiu del seu retornament posterior⁴⁴.

La globalització i el desenvolupament progressiu que Espanya ha anat vivint al llarg de les tres últimes dècades l'ha convertit en un país potencialment receptor d'immigrants; Conseqüència d'això, l'any 1985 es promulgaria la primera Llei Orgànica d'Estrangeria, amb la pretensió de començar a regular un fenomen que, molt previsiblement, es convertiria en pocs anys en un dels temes socials de major interès i preocupació. La falta de previsió i preparació per part dels poder públics ha provocat que la legislació d'estrangeria sigui canviant i successivament modificada.

Aquest apartat té com a objectiu fer un estudi dels drets laborals i socials reconeguts als immigrants al llarg de les diferents reformes de la Llei d'Estrangeria, i també prestar una especial atenció als pronunciaments que el Tribunal Constitucional ha fet respecte la matèria i que han assentat doctrina. Així, analitzarem els primers passos que el legislador adopta en matèria de drets laborals dels immigrants, quan el fenomen migratori encara era incipient i conjuntural, fins veure quina és la realitat de l'estatut jurídic laboral de l'immigrant en l'última reforma, sent avui en dia la immigració un fenomen permanent i de grans dimensions.

⁴⁴ Veure article 42 de la Constitució Espanyola, que preveu expressament la figura del treballador espanyol emigrant i estableix que l'Estat vetllarà pels seus drets socials i econòmics a l'estranger; al igual que orientarà la política cap al seu retorn.

3.1: Configuració constitucional i jurisprudencial bàsica dels drets sociolaborals dels immigrants a Espanya: STC 107/1984, de 23 de novembre:

Com ja s'ha mencionat anteriorment, l'article 13 de la Constitució Espanyola és el que tradicionalment ha determinat l'estatut constitucional de l'immigrant a Espanya, fent-lo titular dels drets i llibertat que la Constitució reconeix en el seu Títol I⁴⁵. Tot i l'aparent claredat del precepte, la remissió que aquest fa a la llei "*en els termes que estableixin els Tractats i la llei*", així com la multiplicitat de drets que recull el propi Títol, ha portat sempre a confusió en ordre a la determinació de la seva naturalesa.

Donada l'ambigüitat del precepte constitucional, ha estat el Tribunal Constitucional qui, assentant doctrina amb la Sentència 107/1984⁴⁶, de 23 de novembre, ha classificat els drets de que són titulars els immigrants.

En la STC 107/1984, de 23 de novembre, es resol si l'exigència d'un requisit administratiu com és l'obtenció d'autorització per residència a una persona estrangera- pel reconeixement de la seva capacitat per formalitzar vàlidament contractes de feina- vulnera o no el principi d'igualtat consagrat a l'article 14 de la Constitució. És a dir, si des del punt de vista constitucional, els ciutadans estrangers han de ser tractats igual que els espanyols en relació a la contractació laboral.

Podem extreure dues conclusions clares de la sentència: La primera (FJ 3), entra a clarificar el significat que el legislador va donar a l'article 13 CE i estableix que el terme "llibertats públiques" de que són titulars els estrangers no pot entendre's de manera restrictiva ni com a llista *numerus clausus*. A la vegada, també deixa clar que la Constitució no regula en sí mateixa específicament els drets i llibertats dels estrangers, sinó que els enuncia i els remet, per la concreta titularitat i exercici, al que vingui establert pels Tractats i pel legislador infraconstitucional. Sense que amb això es pugui suposar una "desconstitucionalització" de la posició jurídica de l'estranger relativa als seus drets i llibertats, que tenen la font primària al text constitucional. Per tant, el problema de titularitat i exercici dels drets dels estrangers no es podrà resoldre de manera sistemàtica, sinó que s'haurà d'acudir al dret afectat.

La segona conclusió (FJ 4), és la triple classificació de drets que el Tribunal Constitucional estableix: drets de configuració constitucional plena, drets que pertanyen únicament als ciutadans nacionals espanyols i drets de configuració legal o reconeixement limitat⁴⁷. Dins el

⁴⁵ Pel que respecta als drets socials, els trobem al Capítol III, dins el Títol I, sota el nom de *Principis rectors de la política social i econòmica*.

⁴⁶ Resol recurs d'empara número 576/1983. BOE número 305, de 21 de desembre del 1984.

⁴⁷ En aquest mateix sentit, veure la STC 99/1985, de 30 de setembre.

primer grup de drets, trobem aquells de que els immigrants són titulars i que exerciran en les mateixes condicions que els nacionals, sense que, de cap manera, les lleis de desenvolupament puguin establir limitacions. Són els que pertanyen a la persona com a tal i no com a ciutadà, és a dir, aquells que es troben íntimament lligat a la dignitat humana com són el dret a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat, la llibertat ideològica, etc. Dit d'una altra manera, són aquells drets que són imprescindibles per la garantia de la dignitat humana, que conforme l'article 10.1 CE és el fonament de l'ordre polític espanyol. La jurisprudència més recent ha establert que sí que és possible l'establiment de condicionant addicionals al seu exercici, però sense que això pugui suposar de cap manera una negació absoluta d'aquests.

Els drets del segon grup són aquells que de cap manera poden pertànyer als estrangers, per anar lligats a la noció i exercici de la sobirania estatal, els drets polítics.

Els drets del tercer grup són els de configuració legal i és on s'ubiquen la majoria de drets socials i laborals. Pel que fa a aquests drets, "s'admet una diferenciació en el seu exercici respecte als nacionals, però sempre respectant els principis constitucionals i precisant que l'autoritat del legislador no és absoluta ja que sempre s'ha de respectar el contingut essencial (article 53.1 CE) que ostenta cada un dels drets" (Monereo Pérez, 2008, p.20)⁴⁸. Al regular aquests drets, la llibertat del legislador és més àmplia ja que pot modular les condicions d'exercici en funció de la nacionalitat de la persona, introduint tractaments desiguals entre espanyols i estrangers. De la jurisprudència del Tribunal Constitucional es desprèn que aquest és el règim jurídic de drets tals com el dret al treball (FJ 3), el dret a la salut (STC 95/2000, de 10 d'abril, FJ 3), el dret a rebre una prestació d'atur (130/1995, d'11 de setembre, FJ 2), i també amb matisos, el dret de residència i desplaçament a Espanya (SSTC 94/1993, de 22 de març, FJ 3; 242/1994, de 20 de juliol, FJ 4; 24/2000, de 31 de gener, FJ 4).

Pel que ens és d'interès en el nostre estudi, en relació al dret al treball, el Tribunal Constitucional afirma que "*no existeix Tractat ni Llei que estableixi la igualtat de tracte entre nacionals i estrangers per l'accés a un lloc de feina*", assumint així la no igualtat en l'accés al mercat de treball. Tot i així, reconeix que la titularitat i exercici dels drets laboral, un cop produïda la contractació, ha de ser equivalent a les que gaudeixen els nacionals. D'aquesta manera, en la relació de treball, no resultarà constitucionalment legítim el tracte diferenciat per raó de la nacionalitat del treballador, tal com queda establert en l'article 17.1 de l'Estatut dels Treballadors i a l'article 15.3 de la Carta de Drets Fonamental de la Unió Europea, elevada a rang constitutiu pel Tractat de Lisboa.

⁴⁸ Monereo Pérez, J.L. (2008). Pròleg. A Triguero Martínez, L.A. *L'estatut jurídic laboral del treballador estranger immigrant*. Albacete. Bomarzo.

El Tribunal Constitucional acaba desestimant el recurs d'ampar considerant que constitucionalment no resulta exigible la igualtat de tracte entre espanyols i estrangers en matèria d'accés al treball, ni existeix Tractat que així ho imposi. L'exigència d'autorització administrativa de residència per reconèixer la capacitat de celebrar vàlidament contractes de treball no s'oposa a la Constitució, doncs no s'exigeix igualtat de tracte en aquesta matèria.

La STC 107/1984, de 23 de novembre, emesa només un any abans de la primera Llei d'Estrangeria, ens serveix per entendre el caràcter altament restrictiu que aquesta tindrà i la clara separació que s'estableix entre els drets fonamentals i els drets socials. Així, el legislador infraconstitucional es veurà autoritzat per excedir-se en la limitació de certs drets sociolaborals dels estrangers fins que l'any 2007⁴⁹, el propi Tribunal Constitucional el corregirà durament, assentant les bases de la doctrina social actual.

3.2: Drets sociolaborals dels estrangers en la Llei Orgànica 7/1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya:

Abans de començar amb l'anàlisi de la normativa, cal fer l'important incís de que els drets socials que es reconeixen als estrangers no venen regulats com a tals separats de la resta de drets, sinó que simplement estan recollits junt al global de drets que a nivell general queden configurats.

La LO 7/85, que va ser desenvolupada reglamentàriament pel Reial Decret 1119/1986, de 26 de maig, posteriorment substituït pel Reial Decret 155/1996 de 2 de febrer, és la primera regulació contemporània⁵⁰ de la immigració a Espanya i es mantindria durant 15 anys, fins el canvi de mil·lenni. Norma aquesta que ha constituït la base legal pel treball dels estrangers fins la seva derogació l'any 2000.

Els poder públics, mancats d'experiència en el fenomen migratori, no van fer previsió del gran augment d'immigració que viuria el país i van redactar una Llei que responia a una lògica de control policial i de restricció de drets als estrangers (Molina Navarrete, Esteban de la Rosa, 2001, p.9)⁵¹.

Pel que és d'interès en aquest estudi, s'estableix en l'article 10 de la LO 7/85 que els treballadors estrangers que es trobin legalment a Espanya tindran dret a afiliar-se lliurement al sindicat o organització de la seva elecció, així com el dret a vaga. Ambdós drets s'exerciran en

⁴⁹ SSTC 236/2007, de 7 de novembre i 259/2007, de 19 de desembre.

⁵⁰ El Reial Decret de 17 de novembre de 1852 regulava l'entrada i sortida dels estrangers a Espanya.

⁵¹ Molina Navarrete, C., Esteban de la Rosa, G. (2001). Nou règim jurídic d'estrangeria i immigració a Espanya: Anàlisi i valoració de la Reforma. *Revista de Treball i Seguretat Social*. CEF, núm. 26/2001.

les mateixes condicions que els treballadors espanyols. El derogat Títol III s'ocupa del treball i establiment a Espanya dels estrangers, disposant que els estrangers majors de 16 anys que vulguin fixar residència a Espanya per exercir activitat professional o laboral, per compte pròpia o aliena, hauran d'obtenir simultàniament amb el permís de residència, el corresponent permís per treballar⁵², que l'expedirà el Ministeri de Treball i Seguretat Social i tindrà una duració màxima de 5 anys.

De la derogada llei podem extreure dos idees clau: la primera és la necessitat de que l'estranger es trobi legalment en territori espanyol⁵³ com a condició a l'exercici dels drets laborals que s'han mencionat. Per tant, la regularitat és el pilar sobre el que es construeix l'estatut jurídic de l'estranger; la finalitat clara és reduir la immigració irregular mitjançant requisits molt restrictius d'entrada i de permanència en territori espanyol, accentuant la clàssica distinció nacional – estranger. La segona idea és que les circumstàncies que s'aprecien per la concessió i renovació de permisos de treball només atenen a les necessitats pròpies del mercat laboral espanyol, tals com el número de treballadors espanyols desocupats en l'activitat que vulgui desenvolupar el sol·licitant del permís, o la insuficiència de mà d'obra espanyola en l'activitat concreta.

Tot i els quinze anys de vigència de la LO 7/85, aquesta no ha aconseguit els propòsits de control migratori i de lluita contra la immigració il·legal, anant aquesta en augment any rere any. Tampoc s'ha preocupat per la integració sociolaboral i personal de l'immigrant en la societat espanyola, fent cas omís a les seves necessitats com a treballador ni com a persona.

3.3: Breu menció al reconeixement dels drets de reunió i associació als estrangers en la STC 115/1987, de 7 de juliol:

Cal analitzar els drets de reunió i associació dels estrangers en la LO 7/1985, com a drets íntimament lligats a la llibertat d'expressió i a la llibertat sindical, i que tal com estan articulats en la Llei, han estat objecte de recurs d'inconstitucionalitat número 880/85 interposat pel Defensor del Poble.

⁵² L'article 17 de la LO 7/85 disposa que *la concessió del permís de treball quedarà condicionada, pels treballadors per compte aliena, a que el sol·licitant presenti contracte de treball per escrit o justifiqui el compromís formal de col·locació per part de l'empresa que pretengui donar-li feina.*

⁵³ La LO 7/85 disposa "*sempre que es trobin legalment en territori espanyol*". Les següents lleis d'estrangeria canviaran el concepte pel de situació administrativa regular.

La STC 115/1987⁵⁴, de 7 de juliol, resol recurs d'inconstitucionalitat interposat contra quatre articles de la LO 7/1985. Analitzarem el veredict del Tribunal Constitucional respecte els articles 7 (dret de reunió) i 8 (dret d'associació) per ser pertinents pel nostre estudi.

Quant a l'al·legació d'inconstitucionalitat de l'article relatiu al dret de reunió, el Defensor del Poble argumenta vulneració del contingut essencial del dret com a dret fonamental, així com vulneració del Conveni Europeu de Drets Humans i del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, als que Espanya es deu. Es considera que el règim legal d'exercici del dret de reunió pels estrangers és radicalment diferent al regulat pels espanyols, ja que es sotmet a autorització prèvia de l'autoritat governativa, que *“podrà prohibir-les si resulten lesives per la seguretat o els interessos nacionals, l'ordre públic, la salut o la moral públiques o els drets i llibertats dels espanyols”*. El Tribunal Constitucional estima inconstitucional l'incís *“i sol·licitar de l'òrgan competent la seva autorització”* de l'article 7, per considerar que la Constitució opta per un sistema de reconeixement ple del dret de reunió sense necessitat d'autorització administrativa prèvia, ni sense cap referència a la nacionalitat del que exerceix el dret⁵⁵.

Pel que fa a l'al·legació d'inconstitucionalitat de l'article relatiu al dret d'associació, es considera que permetre al Consell de Ministres acordar la *“suspensió de les activitats d'associació integrades majoritàriament per estrangers, quan atenta contra la seguretat o els interessos nacionals, l'ordre públic, la salut, la moral pública o els drets i llibertats dels espanyols”* és contrari al contingut essencial del dret protegit a l'article 22.4 de la Constitució. El Tribunal Constitucional declara nul l'apartat segon de l'article 8 de la LO 7/1985 per considerar que una intervenció administrativa resulta totalment incompatible amb la garantia del dret fonamental d'associació. En aquest mateix sentit, García Morillo⁵⁶ afirma que *“la llibertat d'associació constitueix una prolongació de les llibertats de pensament, expressió i reunió, de manera que els homes són lliures per reunir-se i expressar-se col·lectivament”* (1994, p.284).

⁵⁴ BOE número 180, de 29 de juliol de 1987.

⁵⁵ En aquest mateix sentit s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional en la STC 85/1988, de 28 d'abril, *“històricament el dret de reunió sorgeix com un dret autònom entre els drets de lliure associació i expressió, que manté en l'actualitat una tan íntima connexió doctrinal (i real) amb ells, que bé podria dir-se que el dret de reunió és una manifestació col·lectiva de la llibertat d'expressió exercida a través d'una associació transitòria, sent concebut per la Doctrina... com un dret... que opera a mode de tècnica instrumental posada al servei de l'intercanvi o exposició d'idees, la defensa d'interessos o la publicitat de problemes o reivindicacions, constituint, per tant, un mitjà del principi democràtic participatiu”*.

⁵⁶ García Morillo, J.L (1994). *Els drets de reunió i associació* a VV.AA *Dret Constitucional*. (Volum I). València: Tirant lo Blanch.

4: Drets sociolaborals dels estrangers en la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social:

Compartint opinió amb Segarra Trías⁵⁷, la LO 7/1985, més que una llei que regulava drets i llibertats dels estrangers, incidia en els aspectes més purs del dret d'estrangeria: règim d'entrada i permanència, règim de sortida i situacions jurídiques de l'immigrant. Lluny de respondre adequadament als nous reptes que el fenomen migratori suposava, va optar per un tracte sectorial i sectari dels drets i llibertats dels seus drets i llibertats (2002, p. 121 i ss).

El nou mil·lenni es va presentar amb el consens parlamentari d'articular una nova Llei d'Estrangeria que atengués el fenomen de la immigració com a estructural i permanent⁵⁸ i que prestés especial atenció en la integració de l'immigrant en una societat espanyola inclusiva i social, atorgant-li la màxima quota de drets. La voluntat era clara: trencar amb la dinàmica de control social anterior i apostar per l'equiparació de drets dels nacionals i dels estrangers, més enllà de la seva condició administrativa. Així, la LO 4/2000 va néixer amb el clar propòsit d'actualitzar el marc legislatiu ja desfasat i protegir els drets dels treballadors immigrants.

L'any 1998, el Congrés dels Diputats aprovava un Acord⁵⁹ en el que "s'entenia que els migrants no poden ser considerats només com a mà d'obra sinó com a persones titulars de drets, en especial, al desenvolupament personal i social respecte la seva pròpia identitat cultural, a la igualtat de tracte, eliminant tota forma de discriminació per motiu de nacionalitat o de raça, particularment en els àmbits de les relacions laborals, professionals, educatives, culturals, de vivenda, de sanitat... L'immigrant té dret a la participació social mitjançant l'exercici dels drets de sindicació, associació i reunió". Aquest és l'esperit que regirà la LO 4/2000, d'11 de gener⁶⁰, paradoxalment aprovada sense el suport del partit que governava la legislatura, el Partit Popular.

La primera i més destacable novetat que introdueix la nova llei és la proclamació en el seu article 3 de la igualtat entre espanyols i estrangers en el gaudi dels drets i llibertats reconeguts en el Títol I de la Constitució, en els termes establerts en la pròpia Llei Orgànica. Així, l'article recull el principi d'equiparació d'estrangers i espanyols en l'ordenament jurídic com a criteri interpretatiu general.

Doncs bé, aquesta norma ve a reproduir l'article 13 CE, en el sentit de condicionar el gaudi de drets al que fixin els Tractats Internacional i a les lleis, i s'haurà d'interpretar conforme la STC

⁵⁷ Segarra Trías, E. (2002). *Legislació sobre estrangeria i immigració: Una lectura*. Universitat de Barcelona.

⁵⁸ La creació d'un Ministeri de Treball i Immigració il·lustra aquesta realitat.

⁵⁹ Acord de la Comissió de Política Social i Treball sobre immigrants i refugiats, aprovat pel Congrés dels Diputats el 23 de juny de 1998 (BOCG de 15 de juliol de 1998).

⁶⁰ Desenvolupat pel Reial Decret 864/2001, de 20 de juliol, pel que s'aprova el Reglament d'execució de la LO 4/2000.

107/1984, de 23 de novembre. Aquest condicionament no voldrà dir que no es puguin gaudir de manera absoluta d'aquests drets, sinó que, al ser drets de configuració legal, es poden modelar sense que, en cap cas, això pugui suposar una discriminació prohibida a l'article 14 CE i, que a efectes laborals, ratifica l'article 17 de l'Estatut dels Treballadors.

Pel que ens és d'interès en aquest estudi, i seguint la classificació de Goig Martínez⁶¹, la Llei reconeix als immigrants, en les mateixes condicions que els espanyols i amb independència de la seva condició administrativa⁶², els drets fonamentals de reunió i associació, com a drets que afavoreixen el lliure desenvolupament de la persona i que permeten la seva participació social. També, com a drets de configuració legal, la llei reconeix als immigrants que reuneixin determinats requisits (com la residència) el dret a la participació política, la llibertat de circulació i residència, el dret al treball i a la Seguretat Social. Quan ostentin la consideració de treballador se'ls reconeixerà, en els termes que estableixi la llei, els drets de sindicació i vaga (2008, p. 131-132).

La LO 4/2000 donaria inici a un conjunt de normes legals successivament vigents i de reforma de les anteriors. Tot i mantenir el títol de la Llei original, les reformes han estat vertiginoses i han intentat adaptar-se a l'imparable fenomen migratori, a la vegada que a la jurisprudència. En aquest capítol estudiarem les múltiples reformes i com la doctrina i la jurisprudència han anat perfilant l'estatut jurídic laboral del treballador estranger. Abans de començar, cal destacar l'enorme complexitat legislativa, resultat de l'elevadíssim nombre de normes legals vigents sobre la matèria i la densitat del seu contingut.

Tot i el caràcter eminentment social i innovador de la LO 4/2000, després de menys d'un any d'haver estat aprovada i sense poder quasi analitzar la seva veritable aplicació efectiva, es produiria una reforma que donaria tal gir a la política migratòria, que s'ha arribat a qualificar-la com a contrareforma de la Llei d'Estrangeria.

⁶¹ Goig Martínez, J.M (2008) *Immigració i Drets Fonamentals. Jurisprudència, Legislació i Polítiques Migratòries a Espanya*. Madrid: Universitas Internacional.

⁶² La Llei introdueix un nou criteri, que serà tingut en compte fins el moment, per aconseguir que els immigrants en territori espanyol accedeixin a una sèries de serveis (educació obligatòria, ajudes en la vivenda, assistència sanitària): la inscripció al Padró Municipal. Això, sense perjudici de l'article 18.2 de la Llei de Bases del Règim Local, que estableix que "*la inscripció dels estrangers als Padró Municipal no constituirà prova de la seva residència legal a Espanya ni els atribuirà cap dret que no els confereixi la legislació vigent*".

5: La Contrareforma de la Llei d'Estrangeria: LO 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social:

El 23 de desembre del 2000, després de la celebració d'eleccions i l'obtenció de majoria absoluta pel Partit Popular, va ser publicada al BOE la LO 8/2000, de 22 de desembre, de reforma de la LO 4/2000. Aquesta reforma va suposar una nova redacció d'un considerable nombre d'articles, sota la principal finalitat de reduir el gran nombre d'immigrants irregulars. En línies generals, es va caracteritzar per tornar a l'esperit restrictiu de la Llei del 1985⁶³ però sota la paradoxa de tractar, per primera vegada, el fenomen de la immigració com a estructural i permanent⁶⁴.

Novament, l'eix vertebrador passaria a ser la situació administrativa de l'immigrant. Tot i l'aparent intent de seguir amb l'esperit integrador de la Llei precedent al reconèixer la titularitat d'un gran nombre de drets pel conjunt d'estrangers, això passava sota la clàusula negativa de que pel seu exercici efectiu fos indispensable estar en possessió de la corresponent autorització de treball o de residència.

Per entendre l'esperit de la LO 8/2000 ens pot ser d'utilitat l'Informe del Consell d'Estat que es va emetre sobre l'Avantprojecte de la Llei Orgànica de reforma de la LO 4/2000, i es va pronunciar sobre la incidència del Dret Internacional en el Dret intern, senyalant que: *"Les normes de Dret Internacional gaudeixen a Espanya d'una especial força o resistència passiva. Això vol dir que la part dogmàtica de la Constitució, aplicable als estrangers en virtut de l'article 13.1 CE, no esgota els seus drets, posat que aquests poden provenir, per hipòtesis, directament dels Tractats i que la norma projectada que es consulta (Avantprojecte de la LO 8/2000) com l'avui vigent 4/2000, és complementària i instrumental de la normativa internacional però no substitutiva de la mateixa"*.

Des de l'entrada en vigor de la LO 8/2000, es suprimeix l'estatus intermedi que la llei anterior havia conferit als immigrants irregulars, la qual establia l'empadronament com a únic requisit per l'accés tant a la titularitat com a l'exercici d'una sèrie de drets, sent la mera presència a Espanya condició per l'exercici d'altres.

Pels drets que ens són d'interès en aquest estudi, estar a Espanya era suficient per l'exercici dels drets de Reunió i Manifestació (article 7), Associació (article 8) i Sindicació i Vaga (article 11).

⁶³ Molina Navarrete, C. i Esteban de la Rosa, G., *Nou Règim jurídic d'estrangeria i immigració a Espanya: anàlisi i valoració de la reforma*, Revista de Treball i Seguretat Social, CEF, número 26 (2001, p. 9).

⁶⁴ Monogràficament, Tarabini - Castellani Aznar, M. (2002). *Reforma i contrareforma de la llei d'estrangeria (Anàlisi especial del treball dels estrangers a Espanya)*. València: Tirant lo Blanch.

D'aquesta manera, en la nova regulació, els drets que acabem de mencionar no es reconeixen als estrangers que no es trobessin en situació administrativa de regularitat, condemnant-los a la clandestinitat més absoluta. Aquesta discriminació resulta contrària a la Declaració Universal de Drets i Humans, que no podem oblidar inspira la nostra Llei d'Estrangeria -tal com es manifesta en seu article 3.2- i va ser objecte de vuit recursos d'inconstitucionalitat. El Tribunal Constitucional fallaria en favor de la universalització dels drets d'associació, reunió, sindicació i vaga, assentant les bases de la nova doctrina social actual que estudiarem en el Capítol pertinent.

La LO 8/2000, de 22 de desembre, va ser desenvolupada reglamentàriament pel Reial Decret 864/2001, de 20 de juliol, que quedaria automàticament derogat amb la nova reforma de l'any 2003.

6: La Llei Orgànica 14/2003, de 20 de novembre, de reforma de la LO 4/2000 de drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social, modificada per la LO 8/2000; de la Llei 7/1985 Reguladora de les Bases del Règim Local; de la Llei 30/1992 de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i de la Llei 3/1991 de Competència Deslleial:

La tercera reforma de la Llei d'Estrangeria és d'especial interès en el nostre estudi per incorporar els pronunciaments del Tribunal Suprem en matèria de nul·litat en la contractació de treballadors estrangers sense autorització per treballar. Anterior a la LO 14/2003, hem de mencionar la LO 11/2003, de 29 de setembre. Aquesta, d'abast material limitat, va limitar-se a facilitar i agilitzar les expulsions dels estrangers i no serà objecte del nostre estudi.

En l'Exposició de motius de la LO 14/2003 es justifica la reforma, no només en l'increment del número de residents estrangers a Espanya i en la necessitat de lluitar contra la immigració il·legal, sinó també en la necessitat d'adaptar la normativa interna en matèria de drets i llibertats dels estrangers a les consideracions tècniques efectuades pel Tribunal Suprem respecte el Reglament d'execució de la LO 8/2000.

El Tribunal Suprem, mitjançant STS de 20 de març del 2003 (Sala de lo Contenciós Administratiu, Secció 6ª) va ser l'encarregat de resoldre el primer d'un gran nombre de recursos contra la legislació espanyola d'estrangeria. Aquesta, juntament amb les resolucions del Tribunal Constitucional sobre vuit recursos d'inconstitucionalitat presentats contra la LO 8/2000, assentaria el criteri interpretatiu en la configuració dels drets i llibertats dels estrangers a Espanya.

La STS de 20 de març del 2003 declara nuls de ple dret varis articles reglamentaris, de manera que la seva conseqüència jurídica principal serà la seva inexistència. No entrarem en un anàlisi detallat del pronunciament del Tribunal Suprem, per no ser la matèria rellevant en el nostre estudi, però sí que és important realitzar una valoració general per la gran transcendència de la Sentència. Bàsicament, el Tribunal Suprem posa de manifest com la potestat reglamentària del Govern, no només no ha respectat el principi de legalitat, sinó que ha afectat directament a l'exercici de drets fonamentals. Així, seguint les paraules de Goig Martínez, el Reglament no s'ajusta als preceptes legislatius i contravé els mandats constitucionals, convertint-se en un autèntic frau que atempta directament contra l'Estat de Dret (2008, p. 155)⁶⁵.

6.1: De la nul·litat del contracte celebrat amb estranger no autoritzat per treballar a la nova doctrina protectora dels drets laborals:

Sí mereix tota la nostra atenció el debat parlamentari que va suscitar la LO 14/2003 entorn a la voluntat de superar l'elaborada per la doctrina teoria de la nul·litat del contracte celebrat amb estranger no autoritzat per treballar. De fet, serà aquesta la primera reforma que declararà la plena efectivitat de les prestacions en matèria de Seguretat Social que li poguessin correspondre per raó del contracte, amb la voluntat de salvaguardar els drets laborals dels estrangers que no disposen de l'autorització corresponent, que es mantindran íntegres i sense limitació.

Per comprendre l'evolució procedim, en primer lloc, a un anàlisi exhaustiu de l'apartat tercer de l'article 33 de la llei original - posteriorment renumerat a l'article 36 -, i en segon lloc, a l'evolució jurisprudencial relativa a la matèria.

L'apartat tercer de l'article 36- relatiu a les responsabilitats de l'empresari-, ha evolucionat cap a la direcció d'atribuir l'exclusiva responsabilitat de l'empresari en el compliment dels requisits per la correcta contractació laboral. Així, des de la redacció original de gener del 2000⁶⁶, on s'estableix que l'empresari "*haurà de sol·licitar i obtenir l'autorització prèvia*", avancem cap a un enduriment de l'obligació de l'empresari d'obtenir prèviament tal autorització, en la reforma

⁶⁵ Goig Martínez, J.M (2008) *Immigració i Drets Fonamentals. Jurisprudència, Legislació i Polítiques Migratòries a Espanya*. Madrid: Universitas Internacional.

⁶⁶ L'article 33.3 LO 4/2000 estableix que "*els empresaris que contractin a un treballador estranger hauran de sol·licitar i obtenir autorització prèvia del Ministeri de Treball i Assumptes Socials. La carència de la corresponent autorització per contractes per part de l'empresari, sense perjudici de les responsabilitats a que doni lloc, no invalidarà el contracte de feina respecte els drets del treballador estranger*".

de desembre del 2000⁶⁷. Les conseqüències de l'incompliment de l'obligació descrita no han canviat en relació a la frase “*no invalidarà el contracte de feina respecte els drets del treballador estranger*”, que es tracta de la novetat fonamental respecte la LO 7/1985.

Sí que sofreix modificacions la versió de l'any 2003⁶⁸, que realitza un pas endavant al incloure “*aquelles en matèria de Seguretat Social*” i també “*ni serà obstacle per l'obtenció de prestacions que puguin correspondre-li*”. La voluntat del legislador és clarament responsabilitzar a l'empresari de totes les conseqüències que puguin derivar-se de la falta d'obtenció de la corresponent autorització. També, protegir al treballador estranger com a víctima i principal perjudicat d'una realitat social que demostra la freqüent contractació irregular per part d'empresaris que aprofiten la situació d'incertesa que viuen els estrangers per imposar condicions de treball abusives.

La Reforma del 2009 modificarà dos aspectes destacats de l'articulat, que actualment es localitzen als apartats quart i cinquè: En primer lloc, l'exigència de que l'empresari acompanyi, junt amb la sol·licitud d'autorització per contractar al treballador estranger, el “*contracte de treball que garanteixi una activitat continuada durant el període de vigència del contracte*”. En segon lloc⁶⁹, s'exclou de les prestacions de que pot ser beneficiari el treballador estranger que no disposi d'autorització de residència o treball, la prestació d'atur.

Quant a l'evolució jurisprudencial, en clara sintonia amb la normativa recent estudiada, partirem de la retrògrada legislació dels anys vuitanta, que considerava nul el contracte celebrat amb un treballador estranger irregular⁷⁰, fins els nous pronunciaments ja més protectors i que prenen consciència de que el major perjudicat en la celebració de contractes fraudulents és el propi treballador.

⁶⁷ L'article 36.3 LO 8/2000 estableix que “*els empresaris que desitgin contractar a un estranger no autoritzat per treballar hauran d'obtenir prèviament autorització del Ministeri de Treball i Assumptes Socials*”.

⁶⁸ L'article 36.3 LO 14/2003 estableix que “*La carència de la corresponent autorització per part de l'empresari, sense perjudici de les responsabilitats a que doni lloc, incloses aquelles en matèria de Seguretat Social, no invalidarà el contracte de feina respecte els drets del treballador estranger, ni serà obstacle per l'obtenció de les prestacions que poguessin correspondre-li*”.

⁶⁹ L'article 36.5 LO 2/2009 estableix que “*La carència de l'autorització de residència i treball, sense perjudici de les responsabilitats de l'empresari a que doni lloc, incloses les de Seguretat Social, no invalidarà el contracte de feina respecte dels drets del treballador estranger, ni serà obstacle per l'obtenció de les prestacions derivades de supòsits contemplats pels Convenis Internacionals de protecció als treballadors o altres que poguessin correspondre-li, sempre que siguin compatibles amb la seva situació. En tot cas, el treballador que no disposi d'autorització de residència i treball no podrà obtenir prestacions d'atur*”.

⁷⁰ Ramos Quintana, M. (1989). *El treball dels estrangers a Espanya*. Madrid: Bomarzo. (p. 84 a 92).

En el context normatiu imposat per la LO 7/1985, el Tribunal Suprem va mantenir tradicionalment que l'absència de la corresponent autorització administrativa per treballar impedia la validesa del contracte de treball, i que, en cas d'existir prestació de serveis per compte aliena, tal relació mereixia la consideració de nul·litat per aplicació dels articles 6.3 i 1275 del Codi Civil, sense perjudici del que prescriu l'article 9.2 de l'Estatut dels Treballadors⁷¹. En aquest mateix sentit, la STS de 20 de desembre de 1982, va establir que allò pactat entre empresari i treballador sense autorització per treballar manca de virtualitat i eficàcia, doncs existeix impossibilitat legal de prestació dels serveis contractats, que en tot cas estaven subordinats a la condició suspensiva de l'obtenció de la corresponent autorització administrativa. Partint de la nul·litat contractual, considerava el Tribunal Suprem que no resultava pertinent considerar si es tractava d'un acomiadament improcedent, ni de si li pertocava al treballador la corresponent indemnització.

També la STSJ de Catalunya de 15 de setembre del 2000, considerava que "la falta de permís, bé originari, bé per falta de renovació, converteix en nul el contracte de feina, per ser contrari a una norma prohibitiva". D'aquesta manera, tal com senyala Rodríguez Piñero i Bravo Ferrer, encara que no existeixi disposició legal que estableixi que l'exigència de permís de feina és condició de la validesa del contracte, ha estat acceptat de forma comú la ineficàcia del contracte en aquests supòsits (2001, p.64)⁷².

Seguint les consideracions de Camós Victoria, si bé es cert que resulta clar que l'obtenció de permís de feina i residència és requisit de necessari compliment per la validesa del contracte, supeditar la capacitat laboral per contractar (article 7 ET) a un acte administratiu com és la concessió o denegació de les autoritzacions de residència i treball, resulta del tot qüestionable. Això en base a que l'empresari infractor només quedarà obligat al pagament de la corresponent sanció i salari meritat, lliurant-se d'abonar les cotitzacions corresponents a les que hagués hagut de fer front si el treballador disposés de les autoritzacions corresponents (2004, p. 14 a 22)⁷³.

Seguint aquesta línia interpretativa, la capacitat per contractar no semblaria vinculada al permís de feina, sent més coherent l'aplicació de la tesi de l'anul·labilitat (article 1300 i ss del Codi Civil) segons la qual "*les persones capaces no podran al·legar la incapacitat d'aquells que van contractar*", sobretot si tenim en compte que també és aplicable la teoria de l'enriquiment injust.

⁷¹ Article 9.2: *En cas de que el contracte resultés nul, el treballador podrà exigir, pel treball que ja hagués prestat, la remuneració conseqüent a un contracte vàlid.*

⁷² Rodríguez Piñero, M. Bravo Ferrer, L. (8 i 9 de juny del 2001). *El dret del treball i els immigrants extracomunitaris*. Ponència presentada al XII Congrés Nacional de Dret del Treball i de la Seguretat Social organitzat per l'Associació Espanyola de Dret del Treball i de la Seguretat Social. Santander.

⁷³ Camós Victoria, I. [ca. 2004]. Els efectes jurídics de la falta de reconeixement ple de la relació laboral subscrita per treballadors immigrants sense autorització per treballar. *Relacions Laborals: Revista Crítica de teoria i pràctica*, (Nº1), p. 543-572.

En qualsevol cas, el que semblava àmpliament acceptat per la clàssica doctrina de la nul·litat del contracte era la validesa dels efectes remuneratoris del contracte nul, és a dir, el dret a rebre els salaris corresponents pel treball ja prestat. Tot i així, greus problemes ha plantejat la intervenció del Fons de Garantia Salarial, en endavant FOGASA, existint iguals pronunciaments que negaven la seva participació com altres que el consideraven responsable subsidiari. Entre les sentències que negaven la responsabilitat de FOGASA podem destacar la STSJ de Canàries de 4 de maig de 1995, que argumentava que la impossibilitat de qualificar a l'estranger sense permís per treballar com a treballador exclouïa i impedia l'actuació de FOGASA⁷⁴. Els qui defensaven⁷⁵ la intervenció d'aquest organisme, a mencionar la STSJ Canàries / Tenerife de 12 de juliol de 1994, consideraven que el fi últim era el dret del treballador a ser remunerat pels serveis prestats.

Amb l'entrada en vigor de la LO 4/2000 es produirà una considerable modificació del règim precedent, que es decantava per la nul·litat del contracte de feina. Així, el TSJ de Catalunya, en la seva sentència de 14 de maig del 2002, procedeix a valorar si s'ha d'atorgar plena eficàcia a la relació laboral mantinguda per treballadors estrangers que no disposaven d'autorització per treballar, i ho farà de forma radicalment diferent. D'aquesta manera, el Tribunal dictamina que l'apartat tercer de l'article 36 de la LO 8/2000 "només pot ser interpretat en el sentit de considerar que el contracte de feina és totalment vàlid i eficaç per regular la relació existent entre l'empresari i el treballador".

Resulta clara, doncs, la voluntat del legislador de superar la interpretació vigent amb la LO 7/1985 i remarcar la necessitat de respectar, en la seva integritat, els drets dels treballadors amb independència de les conseqüències jurídiques derivades de la irregularitat de la contractació. Així doncs, admesa la validesa de tals relacions laborals, es passa a conferir la fins ara denegada acció contra l'acomiadament. Aquesta acció mereix una especial atenció per les dificultats que es generen entorn a la readmissió un cop declarada la improcedència de l'acomiadament, donada la impossibilitat de defensar el manteniment de vincle laboral davant la falta d'autorització administrativa per treballar.

Ja per finalitzar, els drets laboral i de la Seguretat Social als que es fa referència en l'article 36.3 de la LO 14/2003, són tots aquells que troben el seu origen en el contracte de feina. El problema sorgiria al voltant de tots aquells drets, com el dret a vaga i el de llibertat sindical, que, trobant-se expressament negats en la Llei d'Estrangeria, tindrien difícil cabuda en aquest article 36.3 de la Llei. És en aquest context que el Tribunal Constitucional assentarà doctrina a través de les

⁷⁴ També en contra, STSJ Catalunya de 16 de juny de 1994, STSJ Andalusia / Sevilla de 3 de juliol de 1998.

⁷⁵ També a favor, STSJ Andalusia / Granada de 27 de maig de 1998, STSJ Madrid de 2 de febrer del 2000.

SSTC 236 i 259 del 2007, declarant la inconstitucionalitat dels preceptes que venien a limitar el seu exercici.

Així doncs, la doctrina actual defensa la plena eficàcia del contracte celebrat amb persones estrangeres no autoritzades per treballar. Sembla que, superant la desfasada teoria de la nul·litat contractual, la jurisprudència s'ha adaptat a la realitat i ha tingut en compte la freqüent contractació irregular per part dels empresaris i la importància de garantir plenament els drets laborals dels estrangers en situació d'irregularitat, majors damnificats per aquesta situació.

6.2: Possibilitat d'accedir a la prestació d'atur:

L'accés a la prestació d'atur per part dels treballadors estrangers que hagin vist extingida la seva relació laboral ha estat una qüestió molt debatuda doctrinalment i que ha diferenciat clarament dues situacions: la de trobar-se autoritzat per residir i la de trobar-se no autoritzat ni per residència ni per treball. De fet, la pròpia LO 14/2003, considera com a infracció greu⁷⁶ en el seu article 53 b) la situació de treballar a Espanya sense permís de feina si tampoc es compta amb autorització de residència. En canvi, treballar sense permís de feina però contant amb permís de residència, constitueix falta lleu⁷⁷.

La STS de 25 de setembre de 1995 dictada en recurs de cassació per a unificació de doctrina⁷⁸ analitza si l'actor, de nacionalitat marroquí i només autoritzat per residir a l'Estat espanyol, compleix o no el requisit de poder treballar que exigeix la situació d'atur. Entenia l'Institut Nacional d'Ocupació que el permís de residència no l'autoritzava per treballar a Espanya, i en conseqüència, expirada la vigència del seu permís de feina, no podia considerar-se com a aturat.

Conclou el TS que l'autorització administrativa no pot confondre's amb una prohibició absoluta que impedeixi el treball i elimini la situació d'atur, ja que, el treballador en concret, al comptar amb el permís de residència, pot buscar una altra feina i sol·licitar el corresponent permís de feina. Tot i les clares dificultats en la concessió de la prestació, considera el Tribunal, aquestes no poden eliminar de manera absoluta la possibilitat de feina i per això resulta apreciable l'existència d'una situació d'atur⁷⁹.

⁷⁶ Article 55 LO 2/2009: Les infraccions greus seran sancionades amb multes de 501 a 10.000€.

⁷⁷ Les infraccions lleus seran sancionades amb multes de fins a 500€.

⁷⁸ Seguint el pronunciament ja dictat en la STS de 21 de desembre de 1994.

⁷⁹ Picó Lorenzo, C. (2003) (coord.). Despropòsits entre la legislació d'estrangeria i la jurisprudència. Experiències en l'aplicació de l'ordenament d'immigració. Diferent tracte del fenomen migratori pels jutges i tribunals: entre l'encert i l'oportunitat. A *Escola Judicial del Consell General del Poder Judicial*. Madrid: CJPJ.

Ara bé, la situació és contemplada de forma diferent si el treballador no disposa tampoc d'autorització de residència. Així, la més recent STSJ de Catalunya de 7 de març del 2013, falla en favor de l'entitat gestora i determina que la prestació contributiva d'atur podria obtenir-la l'estranger resident que realitzés serveis per compte aliena sense la pertinent autorització per treballar, però no el que es trobi a Espanya en situació d'irregularitat. Això en base a la infracció de l'antic article 203 i ss de la Llei General de la Seguretat Social, en endavant LGSS, “*es reconeix la contingència de prestació d'atur als qui, podent i volent treballar, perdin la seva feina o vegin reduïda la seva jornada*”.

Argumenta el Tribunal que el cas enjudiciat, al contrari del que la mateixa Sala aplica a les contingències d'accident de treball o malaltia professional, no té cabuda en l'article 14 de la LO d'Estrangeria, doncs, per la prestació d'atur és requisit indispensable la situació de residència legal. La pretensió tampoc pot recolzar-se en el Conveni 19 de la OIT relatiu a la igualtat de tracte en matèria d'indemnització per accidents de treball de 1925, doncs aquest s'aplica als sols efectes de la protecció davant accidents de treball i malalties professionals.

Doncs bé, en sintonia amb la denegació expressa de la prestació d'atur que la reforma 2/2009 introdueix en el seu article 36.5, la doctrina és pacífica al negar tal prestació a l'estranger que es trobi a Espanya treballant per compte aliena en situació irregular.

6.3: El dret a prestacions de la Seguretat Social: Anàlisi especial de les contingències d'accident de treball i malaltia professional:

Les exigències d'autorització de residència i de treball també actuen com a límit al reconeixement del dret a la Seguretat Social. L'article 14 LOE reconeix als estrangers residents el dret a accedir a les prestacions de la Seguretat Social en les mateixes condicions que als espanyols, també els reconeix els drets als serveis i prestacions socials, generals, bàsics i específics. Per tant, al igual que succeeix amb els drets laborals, si s'està en possessió d'autorització administrativa, el principi d'equiparació sembla clar i no genera problemes.

L'article 36.3 de la LO 14/2003, al incloure “*les prestacions en matèria de Seguretat Social*” entre els drets laborals dels que serà titular el treballador no autoritzat, està esvaint qualsevol dubte entorn de si el manteniment de drets en favor del treballador inclou les prestacions de Seguretat Social. Tot i l'ambigüitat de l'article, s'ha establert jurisprudencialment que aquestes prestacions només inclouran les derivades d'accident de treball o malaltia professional. El legislador sembla que no hagi tingut en compte que per l'accés a les prestacions de la Seguretat

Social és necessari la prèvia alta i el compliment del període de carència, fet impossible quan el treballador es troba en situació irregular.

Abans de seguir avançant cal que valorem una controvèrsia entorn a la obligatorietat o no de cotització per part de l'empresari que contracta il·legalment a un treballador. Per un costat, l'article 15 LGSS estableix que la obligació de cotitzar neix des del moment d'iniciació de l'activitat corresponent, sense que es faci dependre de tal obligació l'existència de contracte vàlid⁸⁰. Ara bé, per l'altre costat, podria argumentar-se que l'obligació de cotitzar té sentit si ens trobem dins l'àmbit de la Seguretat Social i, tant l'article 7.1 de la LGSS com el 14.1 de la Llei d'Estrangeria, exclouen de l'àmbit d'aplicació del Sistema de Seguretat Social als estrangers que no resideixen a Espanya en situació regular. Cal entendre, que tal i com està articulat el Sistema de Seguretat Social, la no existència de permís de feina i residència impedeixen l'alta, fet aquest que exclou el dret a les prestacions, amb l'excepció d'un accident de feina o malaltia professional. Així, pels estrangers en situació d'irregularitat, únicament es contemplarien els serveis i prestacions socials bàsiques, és a dir assistència sanitària d'urgència i serveis assistencials (article 14.3).

Com ja hem comentat, les prestacions derivades d'accident de feina o malaltia professional s'articulen com a excepció, i això és per aplicació del Conveni número 19 de la OIT, ratificat per Espanya l'any 1929. S'estableix en el seu article primer la inclusió dels estrangers provinents dels països que l'han ratificat, sempre que es tracti de treballadors per compte aliena i exclusivament per les contingències d'accident de feina o malaltia professional. D'aquesta manera, i sempre que es tracti de contingències professionals, l'estranger tindrà reconeguda la prestació d'incapacitat temporal, permanent, i les de mort i supervivència. Pel que fa a les prestacions per contingències comuns, aquestes no es veuen incloses al Conveni 19 i caldrà veure si es fa prevaldre l'exigència d'alta i afiliació condicionades a l'autorització per treballar o si, pel contrari, es fa prevaldre la regla de l'article 36.3 i, tot i sent irregular el treballador, manté el seu dret a prestacions per contingències comuns⁸¹.

L'empresari haurà de respondre directament de les prestacions per accident de treball que pateixi el treballador estranger per ell empleat sense la preceptiva autorització per treballar i sense haver-lo donat d'alta a la Seguretat Social, sense perjudici del deure d'avançament de la Mútua i la responsabilitat subsidiària de l'INSS.

⁸⁰ En aquest sentit veure STS de 2 de desembre de 1998 (Sala 3ª).

⁸¹ Tot i no ser nombroses les resolucions judicials reconeixent aquestes prestacions, és interessant veure la Sentència del Jutjat de lo Social de Barcelona, de 2 de febrer del 2005, en la que es reconeix la prestació per mort i supervivència derivada de malaltia comú.

Per veure el reconeixement de les prestacions per accident de treball és interessant veure la STS de 9 de juny del 2003, que resol la qüestió litigiosa relativa al dret d'un treballador equatorià sense permís de feina ni residència a rebre la prestació per accident de feina. Com ja sabem, la doctrina del Tribunal Suprem és clara en l'obligació de l'empresari a instar l'afiliació i/o alta dels seus treballadors, així com en l'aplicació de l'anomenada alta de ple dret, a través de la que s'immunitza als treballadors davant l'incompliment empresarial (principi d'automaticitat de les prestacions). Doncs bé, en el cas enjudiciat, el TS parteix d'aquesta doctrina general i es planteja la possible aplicació de la mateixa als supòsits d'estrangers sense autorització per treballar, concloent que efectivament ha de ser reconeguda per ser una prestació inherent al contracte de feina.

Aquest cas té la característica peculiar de la nacionalitat del treballador ja que, al no ser Equador país signant del Conveni 19 de la OIT, no tindria eficàcia el principi de reciprocitat. No obstant això, ja en l'Ordre de 28 de desembre de 1966 es va disposar que la reciprocitat s'entendrà reconeguda en tot cas respecte les contingències d'accident de treball i malaltia professional. A més, el Conveni de la Seguretat Social Hispà Equatorià disposa "que els treballadors espanyols a Equador i els treballadors equatorians a Espanya estaran subjectes a les legislacions sobre Seguretat Social aplicables als respectius països i es beneficiaran de les mateixes en iguals condicions que els nacionals".

6.4: Responsabilitat empresarial per la contractació irregular:

En virtut dels articles 54 i 55 de la Llei d'Estrangeria, la contractació de treballadors estrangers sense haver obtingut la corresponent autorització de treball constitueix una infracció qualificada com a molt greu. Aquesta, comportarà per cada un dels treballadors estrangers en situació irregular, multes des de 10.001 fins a 100.000€. L'import s'augmentarà en la quantia que resulti de calcular el que hagués correspost ingressar en quotes de la Seguretat Social, des del començament de la prestació de serveis del treballador estranger fins l'últim dia de prestació d'aquests.

L'article 254.9 del Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, aprovat pel Reial Decret 557/2011, preveu com a sanció accessòria la clausura de l'establiment o local de 6 mesos a 5 anys. L'expedient sancionador s'iniciarà per acta de la Inspecció de Treball i Seguretat Social, d'acord amb el procediment sancionador per infraccions de l'ordre social o, en el seu cas per les Comunitats Autònomes. Si l'empresari infractor és estranger es podrà procedir a obrir expedient d'expulsió en comptes de multa pecuniària.

7. La doctrina social actual: els drets laborals fonamentals laborals dels estrangers: LA LLIBERTAT SINDICAL i EL DRET A VAGA i la seva nova redacció en la LO 2/2009, d'11 de desembre, de reforma de la LO 4/2000:

Seguint amb la nostra evolució cronològica, i un cop estudiada la principal novetat en matèria de prestacions que introduiria la LO 14/2003, hem de retrocedir en el temps i analitzar els recursos d'inconstitucionalitat que es presentarien l'any 2001 contra diversos preceptes de la LO 8/2000, de 22 de desembre. Al respecte, l'any 2007, el Tribunal Constitucional assentaria nova doctrina en matèria d'estrangeria a través de les SSTC 236/2007, 259/2007, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 i 265/2007.

Seran objecte del nostre estudi la STC 236/2007 i la STC 259/2007 per tenir com a objecte, entre d'altres, els drets laborals fonamentals de vaga, i lliure sindicació. Un cop analitzats els pronunciaments del Tribunal Constitucional veurem com el legislador els ha introduït en la última reforma de la Llei d'Estrangeria, la LO 2/2009, d'11 de desembre.

Com ja sabem, la reforma introduïda amb la LO 8/2000 va plantejar des del principi certs dubtes d'inconstitucionalitat sobre l'adequació a l'estatus constitucional espanyol en matèria de drets i llibertats dels immigrants. En el recurs d'inconstitucionalitat 1707-2001, interposat pel Parlament de Navarra, el Tribunal Constitucional ha dictat la STC 236/2007, de 7 de novembre, resolent per primera vegada la possible inconstitucionalitat d'una llei que nega l'exercici de certs drets als estrangers que no disposen de la corresponent autorització. Els drets que el Tribunal entra a analitzar en aquesta sentència i que són pertinents al nostre estudi són, el dret a reunió, associació i lliure sindicació.

La premissa fonamental que el Tribunal Constitucional utilitza per enjudiciar els preceptes impugnats correspon en determinar si el legislador ha respectat els límits imposats per l'article 10.2 CE i per les normes internacionals. Per tant, les normes impugnades hauran de ser contrastades amb els corresponents preceptes constitucionals que proclamen drets i llibertats dels estrangers a Espanya, interpretat d'acord amb el contingut dels Tractats. Tot plegat es redueix en si és constitucional que el legislador atengui a la situació administrativa dels estrangers per configurar la seva situació jurídica, tenint en compte que la Constitució no distingeix als estrangers en funció de la regularitat de la seva residència.

La primera precisió de vital importància que realitza el TC és afirmar que la remissió a la llei que preveu l'article 13 CE, no pot suposar en cap cas una desconstitucionalització del règim jurídic dels estrangers, que sempre té la font primera en la Constitució. Per tant, el legislador no es pot veure dotat d'igual llibertat per regular la titularitat i exercici dels diferents drets del Títol I, doncs aquesta sempre dependrà del dret afectat (STC 197/1984). Recorda que el criteri de la

dignitat humana serà l'últim que determini si un dret pertany o no als estrangers, i que es configura com el principal i transcendental límit a la llibertat del legislador⁸².

En el desenvolupament de drets dels estrangers recollits al Títol I, el límit de la dignitat humana té una excepció: l'establiment de condicionament addicionals pel seu exercici, amb la condició de que es mantingui sempre el respecte al seu contingut essencial constitucionalment establert. És aquí on rau el quid de la qüestió, i és que el permís de residència o l'autorització per treballar no poden permetre al legislador la privació total de tals drets ja que els corresponen per la seva condició de persona. Si es permetés tal circumstància, el contingut el dret quedaria atacat per la distinció entre titularitat i exercici, veient-se del tot degradades les garanties inherents a la dignitat humana.

Vistos els arguments previs que seran utilitzats per analitzar els drets concrets afectats, procedim a analitzar els drets laboral o de rellevància que ens són d'interès. Quant al dret a reunió (article 21 CE), en la redacció donada per la LO 8/2000 en el seu article 1.5⁸³ de modificació de l'article 7.1 de la LO 4/2000, es limitava el seu exercici a la obtenció d'autorització d'estança o residència a Espanya. Tal com al·lega el Parlament de Navarra (FJ 6), sent el dret de reunió un dret inherent a la dignitat humana, no pot establir-se distinció en el seu exercici entre espanyols i estrangers, sigui quina sigui la seva condició administrativa, sense que això no constitueixi frau constitucional. Segons el TC, "el dret de reunió és una manifestació col·lectiva de la llibertat d'expressió exercida a través d'una associació transitòria de persones, que opera com a tècnica instrumental al servei de l'intercanvi o exposició d'idees, defensa d'interessos o publicitat de problemes i reivindicacions"⁸⁴. Aquesta consideració del dret de reunió com a element indispensable del principi democràtic participatiu fa que tingui una vinculació directa amb el principi de dignitat humana, havent de ser reconegut a tota persona pel fet de ser-ho, qualsevol que sigui la situació en la que es trobi. D'aquesta manera, el legislador orgànic pot fixar condicions específiques per l'exercici del dret a reunió per part dels estrangers que es trobin en situació irregular a Espanya, sempre i quan es respecti el contingut essencial de la Constitució. El precepte impugnat, considera el TC, no modula l'exercici del dret a reunió sinó que nega directament el seu exercici als estrangers que no disposin d'autorització d'estança o residència, i és per això que es declara inconstitucional.

Pel que fa al dret d'associació (article 22 CE), que tot i no ser estrictament laboral està clarament en sintonia amb els dret de filiació i lliure sindicació, el TC repeteix el mateix anàlisi

⁸² Tal i com ha quedat manifestat en la STC 99/1985.

⁸³ Article 1.5 LO 8/2000 pel que es modifica l'article 7.1 LO 4/2000: *Els estrangers tindran el dret de reunió i manifestació, conforme a les lleis que ho regulin pels espanyols i que podran exercir quan obtinguin autorització d'estança o residència a Espanya.*

⁸⁴ En aquest mateix sentit les SSTC 284/2005, de 7 de novembre; 195/2003, de 27 d'octubre i 66/1995, de 8 de maig.

(FJ 7). En primer lloc, examinar el seu contingut per veure la seva vinculació amb la garantia de la dignitat humana i, en segon lloc, comprovar si la condició establerta pel legislador en el seu exercici (que els estrangers hagin obtingut autorització d'estança o residència) és constitucionalment admissible. El precepte impugnat és el punt 6 de l'article 1 LO 8/2000, de reforma de l'article 8 LO 4/2000, en el que es condiona l'exercici del dret d'associació dels estrangers a l'obtenció de l'autorització d'estança o residència. El Tribunal, recordant el seu pronunciament STC 115/1987, resoldrà en la mateixa direcció que amb el dret de reunió i determinarà els seus clars vincles amb la dignitat humana i al lliure desenvolupament de la personalitat. És per això que, tot i els condicionaments addicionals que el legislador orgànic pot imposar, en cap cas es pot negar el seu exercici als estrangers irregular. Aquesta manca de respecte al contingut del dret d'associació constitucionalment establert serà el que farà que el TC declari la inconstitucionalitat del precepte.

L'últim dels drets laborals que la STC 236/2007 analitza és el dret a la lliure sindicació (article 28.1 CE). La LO 8/2000, modificant l'article 11.1 LO 4/2000⁸⁵, suprimirà tota possibilitat d'exercici d'aquest dret als estrangers que resideixin a Espanya en situació d'irregularitat administrativa, exigint-se de manera imprescindible l'autorització que els permeti trobar-se o residir legalment a Espanya. El TC declara que el dret a la llibertat sindical i el contingut del mateix constitucionalment declarat i interpretat conforme els Tractats Internacionals ratificats en matèria de llibertat sindical⁸⁶, no requereix "la condició laboral del seu titular" (FJ 9).

Tal com estableix Ramos Quintana, la llibertat sindical no és un dret dels treballadors que presten efectivament els seus serveis, sinó que es vincula a les persones en la mesura en que compren la dimensió d'aquelles que potencialment poden arribar o ja han estat treballadores (2008, p. 45 i ss)⁸⁷.

L'anàlisi que realitza el TC és el ja utilitzat en els drets anteriorment exposats, sent igual també la consideració del dret a la llibertat sindical com a inherent a la dignitat humana, amb la conseqüent prohibició de negació als estrangers que es trobin en situació irregular. És important la precisió que es realitza sobre la utilitat de tal dret com a "la defensa dels seus interessos, entre els que pot trobar-se la regularitat de la seva situació, tot i la irregularitat de la mateixa".

⁸⁵ Apartat 9 de l'article 1 LO 8/2000 de modificació de l'article 11.1 LO 4/2000: *Els estrangers tindran dret a sindicar-se lliurement o a afiliar-se a una organització professional, en les mateixes condicions que els treballadors espanyols, que podran exercir quan obtinguin autorització d'estança o residència.*

⁸⁶ Tant la Declaració Universal de Drets Humans (article 23), com el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (article 22) proclamen el dret a fundar i afiliar-se a sindicats.

En l'àmbit de la OIT, el Conveni 87 relatiu a la llibertat sindical reconeix a tots els treballadors, sense distinció alguna i sense autorització prèvia, els drets de fundació de sindicats i afiliació als mateixos. Espanya ratificaria el Conveni 87 el 20 d'abril de 1977.

⁸⁷ Ramos Quintana, M. I. (2008). Els drets fonamentals laborals dels estrangers a Espanya: llibertat sindical i vaga. *Revista de Dret Social*. n° 42.

Per últim cal que tinguem en compte la fórmula particular per la que opta el TC per evitar el buit legal que suposaria l'anul·lació dels preceptes considerats inconstitucionals (FJ 17). Així, considera el TC que declarar la nul·litat dels preceptes relatius al dret de reunió, associació i sindicació conduiria a la denegació de tals drets a tots els estrangers a Espanya, amb independència de la seva situació. Per tant, declara la inconstitucionalitat sense nul·litat i encomana al legislador, “dins la seva llibertat de configuració normativa”, que desenvolupi la funció que constitucionalment té encomanada, és a dir, estableixi les condicions d'exercici dels drets de reunió, associació i sindicació per part dels estrangers sense autorització d'estança o residència.

La STC 259/2007, de 19 de desembre, que resol recurs d'inconstitucionalitat 1640-2001 interposat per la Junta de Andalucía, realitza nou pronunciament sobre el dret a vaga (article 28.2 CE) dels estrangers en situació administrativa irregular. Considera la Junta de Andalucía que la nova redacció que la LO 8/2000 dona a l'article 11.2 LO 4/2000⁸⁸ és contrària a la Constitució per considerar com a únics titulars del dret a vaga als estrangers prèviament autoritzats per treballar. Cal tenir en compte que el dret a vaga està configurat com un dret fonamental exercible no únicament per demanar la milloria estricta de condicions de feina a l'empresa, sinó també davant qualsevol instància on els interessos del treballador com a grup social en desavantatge hagin de ser atesos.

El TC, invocant directament instruments internacionals ratificats per Espanya en matèria de vaga⁸⁹, estima que la vaga és un dret subjectiu del treballador, estrictament lligat a la lliure sindicació, que simultàniament es configura com un dret fonamental constitucionalment consagrat. És per això que ha de ser reconegut a tot aquell que presti serveis retribuïts per compte aliena i dins de l'àmbit d'organització o direcció d'una altra persona, independentment de la situació administrativa en la que es trobi. D'aquesta manera, recolzant el TC la teoria del treballador en sentit material, s'estableix que no resulta constitucionalment admissible l'exigència de situació de legalitat del treballador, tot i que tal requisit sí que sigui exigible per la celebració vàlida dels contractes.

Per tot això, el TC proclama l'equiparació en l'exercici del dret a vaga entre estrangers regulars i irregulars i protegeix a tot treballador estranger que estigui efectivament treballant en el nostre país. A l'igual que la llibertat sindical, el dret a vaga podria ser exercit per la defensa dels interessos, entre els que es pot trobar la regularitat de la seva situació, tot i la irregularitat de la

⁸⁸ Apartat 9 de l'article 1 LO 8/2000, de reforma de l'article 11.2 LO 4/2000: *D'igual manera, quan estiguin autoritzats a treballar, podran exercir el dret a vaga*”.

⁸⁹ El Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (article 8.1) proclama el dret a vaga de tots els treballadors per la defensa dels seus interessos; també la Carta Social Europea (article 6) proclama el dret dels treballadors a utilitzar accions col·lectives en cas de conflicte d'interessos, inclosa la vaga.

mateixa. A diferència del que succeeix amb els preceptes impugnats en la STC 236/2007, en aquest cas es declara inconstitucional i nul el precepte.

Aquestes Sentències⁹⁰, tal com recullen Monereo Pérez i Triguero Martínez, han suposat l'obertura a una nova línia social, clarament adequada a la concepció dels drets i superadora de l'anterior tendència, comportant un duríssim correctiu al legislador de la Llei d'Estrangeria. La transcendental i rellevant circumstància és que aquesta doctrina es veurà aplicada en altres drets diferents als estrictament enjudiciats pel Tribunal Constitucional (2008, p. 6)⁹¹, com podrien ser els demés drets laborals bàsics: negociació col·lectiva, adopció de mesures de conflicte col·lectiu i participació en l'empresa.

7.1: L'adequació de la nova doctrina social en l'última reforma LO 2/2009, d'11 de desembre:

Després de més de 6 anys des de la última reforma, era absoluta la necessitat de la seva modificació per adaptar-la al conjunt de canvis socials i econòmics succeïts al nostre país i en el sí de la Unió Europea. Un dels motius fonamentals de reforma va ser també l'ampliació del reconeixement - en titularitat i exercici – de drets als estrangers immigrants independentment a la seva condició i situació administrativa, donant així resposta al mandat del Tribunal Constitucional i la seva nova doctrina social sobre drets dels estrangers.

El nou marc legal tindrà com a destinataris principals als estrangers immigrants que resideixen al nostre país de manera legal, amb les corresponents autoritzacions de residència i treball. En un segon pla secundari trobem als estrangers en situació irregular, doncs només se'ls reconeixerà l'accés als drets socials fonamentals que corresponen a tota persona pel fet de ser-ho. Segueix l'esperit d'un sistema d'immigració ordenat i amb fonament a les necessitats del mercat de treball, on es dona importància a la integració dels estrangers, sempre que compleixin amb els requisits administratius que el sistema requereix.

Els trets característics del conjunt normatiu, tal com estableix Triguero Martínez, són la canalització legal dels fluxos i la lluita contra la immigració il·legal, d'acord amb la política comunitària i cooperant amb tercers països d'origen i trànsit de la immigració; la millora de les garanties dels drets fonamentals per tots els estrangers; la coordinació de les Administracions

⁹⁰ En el mateix sentit les SSTC 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 i 265/2007, totes elles de 20 de novembre del 2007.

⁹¹ Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A. (2008). Repensar els drets socials fonamentals dels estrangers. A propòsit de les Sentències del Tribunal Constitucional de 7 de novembre, núm. 236/2007. *Revista Relacions Laborals*, (núm. 6 i 7).

Públiques amb competència en la matèria i la coordinació amb les Comunitats Autònomes en el nou marc competencial construït amb les reformes dels Estatuts d'Autonomia (2009, p. 6).⁹²

Pel que ens és d'interès, en el Títol Primer apareixen les novetats que reflecteixen les reformes imperatives ordenades per les SSTC 236 i 259/2007: el reconeixement de la titularitat i l'exercici a totes les persones immigrants en igualtat de condicions que els espanyols independentment de la seva condició administrativa. En consonància en reconeixen la titularitat i l'exercici dels drets de reunió, manifestació, associació, sindicació i vaga per tots els estrangers; el dret a l'educació obligatòria bàsica i gratuïta a tots els estrangers fins a 18 anys; i el dret a l'assistència jurídica gratuïta.

8: El dret al treball dels treballadors estrangers i les condicions del seu exercici⁹³:

Un cop estudiada l'evolució normativa, mereix una especial atenció veure com la pròpia legislació d'estrangeria articula el dret al treball dels estrangers. Tractem el dret al treball de manera diferenciada en aquest últim capítol per ser el primer dels drets laboral bàsics contemplats a l'Estatut dels Treballadors i sobretot perquè, tal i com veurem a continuació, la jurisprudència no reconeix als estrangers el dret al treball com a tal, sinó el dret a exercir una activitat remunerada, o dit d'una altra manera, el dret al treball autoritzat. Doblement important el tracte per separat d'aquest dret, per ser el dret al treball, com a dret social, element essencial per la consecució d'una ciutadania social inclusiva que considera a tots els seus membres per igual, més enllà de la seva condició personal, sexual o administrativa.

Així, el dret al treball s'hauria de comprendre com a dret social bàsic també pels immigrants, que principalment són treballadors estrangers que, per la seva condició especialment vulnerable, necessiten d'una protecció mínima indispensable que els permeti mantenir la seva igualtat amb la resta de persones en base al principi de justícia social i d'integració.

El tractament per separat que fem del dret al treball també respon a la tendència jurisprudencial relativa a no considerar el dret al treball com a dret inherent a la dignitat humana. A diferència dels ja estudiats drets col·lectius de vaga i lliure sindicació, no considera el Tribunal

⁹² Triguero Martínez, L. A. *La nova reforma de la Llei Orgànica 4/2000 sobre drets i llibertat dels estrangers i la seva integració social: notes claus de la seva comprensió*, Revista d'Estudis Jurídics 9/2009 (Segona Època, 2009).

⁹³ De manera general veure Azón Vilas, F. V. [ca. 2003] *La Condició d'estranger des del Dret Social: Breus notes sobre la situació actual dels estrangers no comunitaris sense autorització administrativa per treballar* A Salinas Molina, F., Moliner Tamborero, G. (directors). *La protecció dels drets fonamentals en l'ordre social* de l'Escola Judicial del Consell General del Poder Judicial. Madrid: CGPJ.

Constitucional que el dret al treball mereixi el mateix emparament. Amb això volem dir que, tot i els pronunciaments anteriors del TC en els que s'establia que la manca d'autorització per treballar no pot entendre's com a prohibició absoluta d'accés al treball, tampoc es reconeix al dret al treball l'estatus de dret sociolaboral fonamental que mereix. Sent el treball el vehicle d'accés al benestar que suposa la situació de legalitat de l'estranger, resulta paradoxal que no sigui reconegut a tota persona, independentment de la seva condició.

En la meua opinió, els mateixos arguments utilitzats pel TC en les SSTC 236 i 259 de 2007 podrien ser útils pel dret al treball, en el sentit de ser considerat inconstitucional tot precepte que negui en absolut el seu exercici pels estrangers en situació d'irregularitat.

El dret al treball com a tal està reconegut a l'article 35 de la Constitució únicament pels espanyols, quedant minvat el seu abast social i universal. De fet, la dimensió i abast del dret al treball dels estrangers en la seva perspectiva constitucional ja van quedar delimitats en la coneguda STC 107/1984, al establir que *“una legislació que exigeixi el requisit administratiu de l'autorització de residència per reconèixer la capacitat de celebrar vàlidament contractes de feina no s'oposa a la Constitució”*. Compartint opinió amb Ramos Quintana, amb el citat pronunciament, el legislador va fer un ús excessiu de la seva llibertat al modelar l'exercici d'un dret fonamental en funció de la nacionalitat dels individus, introduint tractaments desiguals entre espanyols i estrangers (2009, p. 354)⁹⁴. D'aquesta manera, a diferència del dret a vaga i a la lliure sindicació, el dret al treball segueix sense observar-se en pla d'igualtat entre estrangers i espanyols.

En la legislació laboral, enquadrem el dret al treball dins el ventall drets laborals bàsics dels treballadors recollits a l'article 4 de l'Estatut dels Treballadors⁹⁵. Els drets bàsics que recull aquest article, juntament amb l'article 5 relatiu als deures laborals, conformen l'estatut jurídic

⁹⁴ Ramos Quintana, M. (2009). El dret al treball i els drets en matèria de Seguretat Social. A *Els drets dels immigrants a Espanya*. Madrid: Tirant lo Blanch.

⁹⁵ Article 4.1: Els treballadors tenen com a drets bàsics, amb el contingut i abast que per cada un d'ells es disposi en la seva normativa específica: a) Treball i lliure elecció de professió i ofici. b) Lliure sindicació. c) Negociació col·lectiva. d) Adopció de mesures de conflicte col·lectiu. e) Vaga. f) Reunió. g) Informació, consulta i participació en l'empresa. 2: En la relació de treball, els treballadors tenen dret: a) A l'ocupació efectiva. b) A la promoció i formació professional en el treball, inclosa la dirigida a la seva adaptació a les modificacions operades en el lloc de treball, així com al desenvolupament de plans i accions formatives tendents a afavorir la seva major ocupabilitat. c) A no ser discriminats directa o indirectament per la feina, o un cop ocupats, per raons de sexe, estat civil, edat dins dels límits marcats per la llei, origen racial o ètnic, condició social, religió o conviccions, idees polítiques, orientació sexual, afiliació o no a un sindicat, així com per raó de llengua, dins de l'Estat Espanyol. Tampoc podran ser discriminats per raó de discapacitat, sempre que es trobin en condicions d'aptitud per desenvolupar el treball. d) A la seva integritat física i a una adequada política de seguretat i higiene. e) Al respecte a la seva intimitat i a la consideració deguda a la seva dignitat, compresa la protecció davant l'assetjament per raó d'origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual, i davant l'assetjament sexual i l'assetjament per raó de sexe. f) A la percepció puntual de la remuneració pactada o legalment establerta. g) A l'exercici individual de les accions derivades del seu contracte de feina. h) A quants altres es derivin específicament del contracte de treball.

laboral bàsic els treballadors. Del nostre interès és únicament l'article quart, que recull els drets mínims i indispensables que pertanyen a la persona que tingui la consideració de treballadora, sense establir cap distinció entre treballadors nacionals, estrangers o comunitaris.

L'article 4 ET distingeix dos grups destacats de drets que separa en els seus dos apartats: El primer grup fa referència a un conjunt de drets, de caràcter col·lectiu la majoria d'ells, ordenats com una llista tancada que el propi Estatut fa remetre a la seva específica normativa; el segon grup està format per drets individuals en la relació laboral i en forma de llista oberta. Els drets del primer grup, com el dret al treball, lliure sindicació, vaga o reunió, es troben regulats expressament en la Llei d'Estrangeria, que en regula detalladament el seu abast i contingut. En canvi, cap dels drets laborals del segon grup es troba mencionat en la citada Llei donat que, al tractar-se de drets laborals individuals dins la relació laboral, es pressuposa la validesa en la celebració del contracte, és a dir, que l'estranger disposa de la corresponent autorització administrativa per treballar. Així, s'entén la total equiparació amb els drets laborals de treballadors nacionals.

Com s'ha expressat, la consideració del dret al treball com a dret de configuració legal fa que es remeti el seu desenvolupament a la Llei d'Estrangeria. L'article 10 de la LO 4/2000, sota el discutible títol del dret al treball dels estrangers, és el que proclama el dret dels estrangers a exercir una activitat remunerada per compte pròpia o aliena, així com l'accés al Sistema de la Seguretat Social. Les condicions per exercir qualsevol activitat laboral venen concretades en el Capítol III del Títol II, relatiu al permís de treball i els règims especials. La principal idea que hem d'extreure és el principi d'equiparació laboral entre nacionals i estrangers autoritzats per treballar, és a dir, que disposen de la corresponent autorització per treballar.

L'article 33 és el que estableix la necessitat d'autorització administrativa per treballar o permís de treball⁹⁶ de que han de disposar els estrangers majors de 16 anys que vulguin exercir qualsevol activitat lucrativa laboral o professional a Espanya. L'esperit de l'article en totes les seves reformes és establir, en el seu apartat primer, els requisits per treballar als estrangers.

Quant a l'apartat primer de l'article 33, en la seva redacció inicial, estableix la necessitat d'obtenir una autorització administrativa per treballar o permís de treball per exercir qualsevol activitat laboral. En la nova redacció de la LO 8/2000, de 22 de desembre, es renumera a l'article 36, i es disposa que el requisit d'autorització administrativa per treballar s'ha d'obtenir "*además del permís de residència o autorització d'estança*". És a dir, que per realitzar activitat laborals, els estrangers han de disposar de permís de residència i autorització per treballar.

⁹⁶ La referencia "permís de treballar" ja no s'utilitzarà més en les següents Reformes de la llei. Doncs, des del punt de vista tècnic, equival a "autorització administrativa per treballar".

En la posterior redacció de la LO 14/2003, de 20 de novembre, s'elimina el requisit previ d'autorització de residència i s'estipula únicament que *“precisaran de la corresponent autorització administrativa prèvia per treballar”*. En aquest nou articulat trobem dues modificacions de contingut i gramaticals importants: en primer lloc, els treballadors estrangers ja no *“hauran d'obtenir”* sinó que tan sols *“precisaran”* de l'autorització, clarificant definitivament la distribució de responsabilitat personal entre treballador i empresari per la no obtenció d'autorització. En segon lloc, s'introdueix l'adjectiu *“prèvia”*, fent referència clara als requisits que s'exigeixen a l'empresari per contractar a l'estranger.

Finalment, en la LO 2/2009, d'11 de desembre, es tornen a unificar les autoritzacions d'estança i treball, establint que els treballadors estrangers *“precisaran, per exercir qualsevol activitat lucrativa, laboral o professional, de la corresponent autorització administrativa prèvia per residir i treballar”*.

Un cop estudiada les especificitats i tecnicismes de la normativa podem concloure que l'article 10 de la Llei d'Estrangeria no és equiparable a l'article 35 de la Constitució Espanyola, és a dir, no estableix un dret social al treball pels estrangers. A diferència del reconeixement que la Constitució fa d'un dret al treball universal pels espanyols, la Llei d'Estrangeria supedita el seu gaudi al compliment d'uns determinats requisits com són l'autorització de treball i residència. És necessari també precisar que tampoc existeix una efectiva igualtat en l'accés al treball degut a que el requisit previ per la concessió de l'autorització de treball és la situació nacional d'ocupació. Per tant, com estableix Mendoza Navas, hem de diferenciar clarament dos moments respecte el dret al treball dels estrangers: En primer lloc, el moment d'accedir a la feina, que estarà condicionat al compliment d'uns determinats requisits administratius i a la situació nacional d'ocupació. En segon lloc, si aquests es compleixen, s'accedirà al mercat laboral o es gaudiran de les condicions laborals en plena igualtat i equiparació amb els espanyols⁹⁷ (2005, p.77).

Quan parlem de la subjecció a la situació nacional d'ocupació ens referim a que la pràctica totalitat dels immigrants que vulguin accedir per primera vegada a un lloc de feina a Espanya ho hauran de fer en aquells sectors i activitats pels que s'ha demostrat que no hi ha demanda de feina que pugui ser coberta per espanyols, residents legals o ciutadans de la Unió Europea. D'aquesta manera, les autoritzacions temporals de residència i treball s'atorguen per una feina i àmbit geogràfic concret, on es demanda la feina que l'estranger sol·licita.

⁹⁷ Mendoza Navas, N. (2005). *Evolució dels drets socials en les lleis d'estrangeria*: Estudis sobre estrangeria.

A nivell internacional, el dret al treball està reconegut a diferents Pactes i Convenis ratificats per Espanya, entre els que podem destacar: El pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de 1966 (*Els Estats part reconeixen el dret a treballar que compren el dret de tota persona a tenir la oportunitat de guanyar-se la vida mitjançant un treball lliurement escollit o acceptat i es prendran les mesures necessàries per garantir aquest dret*); també la Declaració Universal de Drets Humans de 1948 proclama que *tota persona té dret al treball, a la lliure elecció de la seva feina, a condicions equitatives i satisfactòries de treball i a la protecció contra l'atur*. D'aquesta manera, les restriccions del dret al treball en la Llei d'Estrangeria espanyola podrien considerar-se com una extralimitació i vulneració dels Tractats ratificats per Espanya.

8.1: El treball com a mitjà d'integració: Les figures de l'arrelament laboral i social:

Seguint amb l'anàlisi del dret al treball dels estrangers, volem fer referència a la nova figura de l'arrelament laboral com a mostra de la importància del treball com a element d'integració. El concepte d'arrelament laboral va anar perfilant-se jurisprudencialment com la possibilitat de que l'estranger pogués optar de manera excepcional a la situació de residència legal si aconseguia acreditar una sèrie de requisits d'estança i econòmics de subsistència. No seria fins la reforma introduïda per la LO 8/2000 que es faria menció expressa de tal figura en l'article 31.4, al establir-se la possibilitat d'aconseguir un permís de residència temporal quan s'acredités una situació d'arrelament establerta reglamentàriament.

Per situar-nos, aquestes vies d'obtenció de residència són considerades com a excepcionals, és a dir, es recórrer a elles quan no s'ha pogut obtenir la residència mitjançant el règim ordinari o comú. El règim d'autoritzacions que permeten la residència temporal i el treball a Espanya pels estrangers es recullen a l'article 45 del RELOE⁹⁸, però pel nostre estudi només ens interessa el règim general predilecte:

L'autorització de residència temporal i treball de compte aliena (articles 62 a 72 RELOE):
S'articula com el règim general predilecte i més utilitzat a la pràctica. Pel que ens és d'interès,

⁹⁸ El Règim General conviu amb altres Règims recollits a la normativa: La residència temporal no lucrativa (art 46 a 51 RELOE); La residència temporal per reagrupament familiar (art 52 a 61 RELOE); La residència temporal i autorització de treball per la investigació (art 73 a 84 RELOE); La residència temporal i autorització per treball altament qualificat (art. 85 a 96 RELOE); La residència temporal i de treball per compte aliena de duració determinada (art 97 a 102 RELOE); La residència temporal i de treball per compte propi (art 103 a 109 RELOE); La residència temporal i treball en el marc de prestacions transnacional de serveis (art 110 a 116 RELOE) i la residència temporal amb excepció de l'autorització de treball (art. 117 a 119 RELOE).

es subordina a la situació nacional d'ocupació i es limitarà a un àmbit geogràfic provincial i a una ocupació. Per la seva concessió serà necessari que l'estranger no es trobi en situació irregular a Espanya i que no tingui antecedents penals, a l'hora, l'empresari haurà de presentar un contracte de feina firmat per ell mateix i el treballador, i assegurar al treballador *“una activitat continuada durant el període de vigència de l'autorització”* a la vegada que mitjans econòmics suficients per fer front a les obligacions assumides al contracte.

L'autorització inicial tindrà 1 any de duració renovable fins a dues vegades més per 2 anys.

El Règim General pot identificar-se com l'estructura bàsica vigent del sistema migratori, això és, la contractació d'origen que permeti ordenar i canalitzar els fluxos migratoris i prioritzar als ciutadans de determinats països amb els que Espanya té acords, sempre sota la condició de la situació nacional d'ocupació. En canvi, les autoritzacions d'arrelament laboral, social i familiar són supòsits singulars i d'abast estrictament individual que s'estructuren com a clares excepcions al Règim General⁹⁹.

Actualment trobem les figures d'arrelament laboral i social en l'article 124 del Reial Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de Llei Orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la reforma introduïda per Llei Orgànica 2/2009, en endavant RELOE. S'estableix que es podrà concedir la residència temporal per raons d'arrelament laboral quan s'acrediti estança continuada a Espanya durant un període no inferior a dos anys, es demostrï l'existència de relacions laborals de duració mínima de 6 mesos, així com absència d'antecedents penals. Aquesta relació laboral podrà provar-se mitjançant resolució judicial que la reconegui (a través de la denúncia a l'empresari per part del propi treballador en situació irregular), o resolució administrativa que confirmi l'acta d'Inspecció de Treball i Seguretat Social (hipotètic cas que es realitzés una Inspecció de Treball).

L'arrelament laboral va entrar vigor l'any 2005, pocs anys després de que quedés superada la teoria de la nul·litat de contracte celebrat amb un treballador en situació irregular. Ambdós regulacions pretenen donar resposta a la tan desprotegida situació del treballador estranger que es troba efectivament treballant sense autorització administrativa, per tal que pugui regularitzar la seva situació. Tot i la possibilitat que la llei contempla pels estrangers “sense papers”, a la pràctica, resulta molt complicat evitar la seva exclusió degut a la pressió i por que pateixen a

⁹⁹ Les demés autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals es troben recollides a l'article 123 RELOE i són: La residència habitual per raons de protecció internacional (article 125 RELOE); La residència habitual per raons humanitàries (article 126 RELOE); La residència habitual per circumstàncies excepcionals de col·laboració amb les autoritats, seguretat nacional o interès públic (article 127 i ss).

L'article 131 RELOE recull el règim concret de la residència temporal i treball per circumstàncies excepcionals de dones víctimes de la violència de gènere.

l'hora de denunciar a l'empresari i a la dificultat probatòria d'acreditar que han estat efectivament treballant, quan no hi ha cap contracte firmat que així ho disposi.

Quant a la figura d'arrelament social, es contempla en els casos en que l'estranger acreditat estança continuada a Espanya durant un període mínim de tres anys, absència d'antecedents penals i compti amb un contracte de treball per període no inferior a un any.

Hem de tenir en compte que l'arrelament laboral seria la única opció de la que eventualment disposarien els treballadors estrangers irregulars per tal de regularitzar la seva situació. Com ja sabem, l'article 53.1 de la Llei d'Estrangeria considera com a falta greu treballar sense les pertinents autorització, amb la corresponent sanció econòmica. Però més rellevant és la possible commutació d'aquesta multa en l'expulsió del territori espanyol, tal com estableix l'article 242 del RD 557/2011.

8.2: El principi d'equiparació laboral i la problemàtica del fenomen de la irregularitat sobrevinguda:

Un cop analitzat en el capítol anterior la situació laboral del treballador estranger en situació irregular i les vies per legalitzar la seva situació, procedim ara a estudiar si, tal com es proclama a l'article 10 de la Llei d'Estrangeria, existeix una equiparació real en matèria de dret al treball i drets laborals entre treballadors nacionals i estrangers en situació de regularitat. Segons l'articulat de la Llei, i si es compleixen els requisits administratius necessaris, el principi d'equiparació laboral resulta clar, almenys, en teoria. Ara bé, tal com examinen Alfonso Mellado i Fabregat Monfort, la casuística ens ensenya que la qüestió no resulta tan clara si estudiem separatament les concretes contractacions de treballadors estrangers (p. 3 a 8)¹⁰⁰.

Per veure els concrets contractes hem de diferenciar entre els contractes indefinits i els contractes temporals (article 15 de l'Estatut dels Treballadors). Els contractes indefinits són aquells de duració il·limitada en el temps que, per la seva estabilitat i millor qualitat, són el preferit per la majoria de treballadors. És el seu caràcter de no temporalitat el que justament fa gairebé impossible la seva compaginació amb la situació dels estrangers en situació regular durant els primers anys en territori espanyol, doncs la seva autorització de residència temporal i treball per compte aliena es concedeix de manera limitada en el temps: per un any de duració (article 62 RD 557/2011). L'autorització és renovable en dues ocasions per dos anys més

¹⁰⁰ Fabregat Monfort, G., Alfonso Mellado, C. L. [ca. 2007]. *La situació jurídico laboral dels estrangers segons la legislació espanyola*.

(article 71 RD 557/2011). Després d'aquests 5 anys de residència legal i continuada en territori espanyol, es concedeix l'autorització de manera permanent (art. 147 RD 557/2011)¹⁰¹.

Això, en cap cas significa que no es pugui contractar un treballador estranger amb autorització temporal mitjançant un contracte indefinit, possibilitat totalment apta des del punt de vista jurídic. Ara, sociològicament seria difícil que succeís tenint en compte que l'empresari no tindria la certesa de si al seu treballador se li renovaria o no l'autorització de treball. En el cas que efectivament es decidís contractar al treballador estranger mitjançant contracte indefinit i, durant la vigència d'aquest, no se li renovés l'autorització, la situació es reconduiria cap a l'acomiadament objectiu procedent, en base a la causa prevista a l'article 52.1 a) E.T: incapacitat sobrevinguda del treballador. En base a això, l'empresari hauria d'abonar al treballador la corresponent indemnització de 20 dies de salari per any de feina, amb el màxim de 12 mensualitats (art. 53.1 b). A més a més, aquest acomiadament requereix 30 dies de preavís que, en cas de no complir-se, hauran d'abonar-se econòmicament per part de l'empresari. Resultaria del tot il·lògic que l'empresari hagués d'abonar els dies de preavís que no ha complert, si realment desconeixia la no renovació de l'autorització del treballador en aquests 30 dies d'antelació que se li exigeixen.

La solució a aquesta problemàtica en la que es troba l'empresari a l'hora de contractar un treballador estranger amb autorització temporal és pactant com a clàusula resolutòria de contracte la no renovació de l'autorització. De no establir tal clàusula, es produeix una situació il·lògica i jurídicament perjudicial per l'empresari, a l'hora que afecta negativament a la contractació d'estrangers, doncs existeix el risc de que es produeixi una desincentivació de la seva contractació pels costos que aquesta podria generar.

És en aquest context en el que podem enquadrar el concepte d'irregularitat sobrevinguda, entesa com la situació en la que es troba un estranger que, sent titular d'una autorització de residència temporal o de residència i treball temporal, per alguna raó no pot renovar-la (ja sigui la primera renovació, la segona, o la que directament atorga la residència de llarga duració). Entre les raons trobem: En autoritzacions per reagrupament familiar, no acreditar mitjans econòmics suficients del familiar; En autoritzacions per arrelament, no acreditar un període de 6 mesos de cotització dins l'any de vigència del permís; En autoritzacions de residència i treball, no haver complert els períodes de cotització o no estar donat d'alta en el Règim de la Seguretat Social corresponent.

¹⁰¹ Monogràficament veure Escudero Rodríguez, R. (2010) (coord.). Claus legislatives en matèria d'immigració i problemàtica de les vies d'accés al mercat de treball per compte aliena. A *Immigració i mobilitat dels treballadors*. Madrid: La Ley. (p. 369 a 428).

La irregularitat sobrevinguda s'origina per la rigidesa del propi sistema d'autoritzacions i perquè aquest no atén adequadament les exigències pròpies del funcionament del mercat de treball i la dinàmica de les relacions de treball. Per entendre-ho, utilitzem el ja estudiat règim general de l'autorització de residència temporal i treball per compte aliena. Per la concessió d'aquesta autorització inicial, se li atribueix a l'empresari un paper de garant de la regularitat de residència del treballador al exigir-se que *“es garanteixi al treballador una activitat continuada durant el període de vigència de l'autorització per residir i treballar”*, cosa que el propi empresari potser no està en condicions d'assegurar. Qüestió important: què succeiria davant l'extinció del contracte decidida unilateralment per l'empresari, i encara més, davant l'acomiadament procedent?

A lo anterior hem d'afegir la complexitat de les renovacions de les autoritzacions temporals inicials (article 71 RELOE): En primer lloc, s'ha de tramitar amb 60 dies d'antelació a l'expiració de la seva vigència; En segon lloc s'haurà d'acreditar continuïtat del contracte inicial o acreditar la realització habitual de l'activitat per la que va ser concedida l'autorització inicial durant un mínim de 6 mesos per any, havent de presentar en tals casos: a) contracte amb el nou empresari o b) nova oferta de feina.

Si no s'han aconseguit treballar els 6 mesos requerits dins l'any d'autorització, el permís també serà susceptible de renovació si s'han treballat 3 mesos sempre i quan a) la interrupció laboral sigui per causes alienes a la voluntat del treballador, b) l'estranger figuri com a demandant de feina i c) es presenti un contracte de treball en vigor.

Al marge d'altres causes de renovació (perceptors de prestacions d'atur o econòmiques assistencials) la veritat és que el règim resulta rígid i poc integrador i facilitador de la situació de legalitat. Sembla clar que aquest enduriment de les condicions d'accés a les autoritzacions inicials i renovacions d'aquestes responen a la por generalitzada de que els immigrants no retornin als seus països i passin a augmentar la població resident i les despeses en matèria de Seguretat Social que això comportaria.

És important mencionar, i tornant a l'àmbit dels contractes indefinits, que el Reial Decret Llei 5/2006, de 9 de juny, per a la millora del creixement i l'ocupació fa referència als estrangers com a col·lectiu susceptible de les mesures de foment de l'ocupació, i ho fa bonificant tant la seva contractació indefinida com temporal. Ara bé, és una mesura aplicable només als estrangers que es trobin en situació d'exclusió social, és a dir, a les persones que no puguin accedir a les prestacions de rentes mínimes d'inserció per falta de compliment dels períodes de residència establerts.

Per la seva banda, els contractes temporals són la forma més comuna de contractació de treballadors estrangers. Els tipus de contractes temporals que poden utilitzar-se per l'empresari per contractar treballadors estrangers són els mateixos en relació als espanyols, sense gaires especificitats: Contracte d'obra o servei, eventual per circumstàncies de la producció, d'interinitat, de relleu i, en últim lloc, formatiu. Cal mencionar que en aquest tipus de contractes també podríem trobar-nos amb la problemàtica de la irregularitat sobrevinguda donada la limitació temporal de les autoritzacions en relació a la duració del contracte.

Al parlar de contractes temporals és important fer una breu precisió sobre la prestació de serveis a temps parcial. Així doncs, si bé és cert que els treballadors estrangers poden, al igual que els nacionals, ocupar llocs de feina a temps parcial, no és menys cert que això els podria comportar problemes a l'hora de renovar les seves autoritzacions. De fet, l'article 64.3 RD 557/2011, quan es refereix a la denegació de les autoritzacions de residència i treball per compte aliena senyala que "en el cas que la contractació fos a temps parcial, la retribució haurà de ser igual o superior al Salari Mínim Interprofessional per la jornada completa i en còmput anual". Per tant, tot i no estar prohibida la contractació a temps parcial, si no comporta suficients ingressos, és jurídicament problemàtica i poc desitjada pel treballador estranger, doncs pot comportar la no renovació de la seva autorització de treball. Amb aquests restrictius i poc integradors requisits la llei pretén garantir una certa seguretat econòmica fixant uns mínims recursos econòmics per viure dignament. Tot i així, el que queda clar és el doble perjudici que patirà el treballador en concret que, cobrant un salari inferior a l'establert legalment, també veurà frustrades les seves intencions de renovació de l'autorització.

9. Conclusions:

1. El gran nombre de normativa internacional sobre drets dels treballadors migrants demostra la falta de compromís dels Estats en la consecució d'un estàndard mínim de drets que garanteixin una vida digna als treballadors en els països d'acollida. Destaquem el caràcter innovador de l'ICRMW i la seva voluntat política de traslladar l'esperit de la Declaració Universal dels Drets Humans a totes les persones migrants i les seves famílies. Tot i així, la seva falta de ratificació demostra un cop més, com és usual en el Dret Internacional, que els Estats encara no estan disposats a cedir la seva sobirania estatal en matèria d'estrangeria.

D'aquesta manera, podem afirmar gairebé del tot que la política migratòria espanyola únicament ha de respondre davant les directrius de la Unió Europea. Les principals estratègies d'aquesta són el control i l'ordre dels fluxos migratoris, intentant sempre que aquests es produeixin de manera regular amb la corresponent autorització de residència i treball. Això respon al caràcter fonamentalment econòmic de la Unió, que només concep la immigració laboral des de la perspectiva mercantil, sense prendre mesures adients a la creixent magnitud de la immigració irregular.

Un exemple de la poc inclusiva ciutadania europea és la restricció del dret de circulació i residència dels treballadors estrangers en el sí de la Unió. Ens referim a que un treballador estranger, autoritzat per treballar en un Estat Membre, no podrà desplaçar-se a un altre Estat Membre per realitzar activitat laboral o residir, doncs té limitada aquesta llibertat fonamental.

2. El caràcter Social de l'Estat espanyol hauria de promoure polítiques migratòries que contribuïssin a la realització plena de tots els seus ciutadans, posant èmfasi en els drets social i, especialment, per tenir la immigració aquest caràcter, en els drets laborals. La Llei d'Estrangeria, tot i no ser específicament regulativa del règim laboral, hauria de contemplar tot el conjunt de drets sociolaborals elementals de l'immigrant, i no només limitar-se a mencionar els drets de vaga i lliure sindicació. Considero, que donades les especificitats del treballador estranger i la limitació temporal de la seva autorització, resulta insuficient la simple proclamació d'equiparació de drets laborals amb els nacionals. Això en base a dos motius fonamentals: Els clars desavantatges dels treballadors migrants en el mercat laboral, donada la incertesa del règim de renovacions, i el tracte diferenciat que tot col·lectiu protegit mereix en virtut del principi d'igualtat.

Recordem que la principal característica de la immigració és la laboralitat, de manera que una Llei d'Estrangeria que no contempli tots els drets laborals dels estrangers no pot ser considerada com a integradora.

3. La divisió de drets en tres blocs, conforme la ja superada doctrina tradicional del Tribunal Constitucional (drets de tots, drets de configuració legal i drets polítics només dels nacionals), va suposar que el legislador orgànic s'excedís en la seva labor i restringís l'exercici de certs drets laborals fonamentals dels estrangers a la vigència de les seves autoritzacions administratives. Sota aquesta línia jurisprudencial, els drets laborals s'han remès al legislador orgànic i han estat condicionats a la situació administrativa del treballador.

La prohibició absoluta en l'exercici dels drets de vaga i lliure sindicació que la LO 8/2000 imposava als estrangers en situació irregular a Espanya, va ser declarada inconstitucional a través de les SSTC 236 i 259 del 2007. A través d'aquestes sentències, el Tribunal Constitucional assentaria les bases de la nova doctrina social actual, establint que no és possible limitar els drets que són inherents a la persona i a la seva dignitat, i que li pertanyen tant en titularitat com en exercici.

Junt amb la declaració d'inconstitucionalitat de qualsevol precepte que negui l'exercici de drets laborals fonamentals, adquireix una especial rellevància pels demés drets recollits a l'article 4 de l'Estatut dels Treballadors, la nova redacció de l'article 36.6 de la Llei d'Estrangeria. Conforme aquest precepte, s'atorgarà total efectivitat al conjunt de drets laborals – els propis de la relació laboral i els derivats d'ella – originats amb el contracte de feina, ja que se'n presumirà la total validesa per més que el treballador estranger es trobi en situació administrativa irregular.

En conseqüència, els drets laborals individuals i col·lectius establerts a l'article 4 ET són d'aplicació (tant en titularitat com en exercici) als treballadors estrangers, més enllà de la seva condició administrativa. El que pretén la legislació és garantir un estatut jurídic, laboral i social mínim inherent a tota persona, independentment de la situació en la que es trobi en el nostre país.

Així, la responsabilitat de la contractació fraudulenta es trasllada directament a l'empresari, sense perjudici de la falta greu en la que estaria incorrent el treballador indocumentat. Aquesta presumpció de validesa troba la seva base legal en el propi Estatut dels Treballadors, dirigit a tota persona que tingui la consideració de treballadora sense més condicionants.

4. Per determinar l'abast dels drets laborals recollits a l'article 4 de l'Estatut dels Treballadors per part dels estrangers, resulta indispensable diferenciar dos moments: l'accés i dret al treball i les condicions d'aquest.

El dret al treball, com a dret laboral fonamental i valedor dels demés drets laborals, és el primer dels drets que enuncia la llista de l'article 4 ET. Tot i així, el seu exercici per part dels estrangers troba importants limitacions que ens porten a qüestionar-nos si s'està respectant el

seu contingut essencial com a dret inherent a la dignitat humana. Ens referim a que, tot i ser els arguments utilitzats en les SSTC 236 i 259 del 2007 (dret de vaga i lliure sindicació) totalment traslladables al dret al treball, com a dret laboral bàsic, aquest es veu limitat a les necessitats que presenti el mercat de treball i a estar en possessió de la corresponent autorització administrativa. En la meua opinió, aquest fet constitueix una discriminació encoberta per raó de nacionalitat degut a que només s'ocupa als treballadors estrangers quan ja ha quedat comprovat que els nacionals no han volgut ocupar tals llocs de feina, en comptes d'atendre als criteris de capacitat o mèrit.

Igual passa amb altres drets socials bàsics de naturalesa col·lectiva dels treballadors que no venen expressament citats en la Llei d'Estrangeria, com són el dret de reunió en el seu sentit laboral, el dret a la negociació col·lectiva o el dret de participació en l'empresa. Davant aquesta situació, de nou, operaria l'article 36.3 de la Llei d'Estrangeria pels treballadors en sentit material.

5. Un cop el treballador estranger està treballant, regeix una total equiparació en les condicions de feina i drets laborals. Per la simple consideració de treballador, serà beneficiari de tots els drets laborals compresos a l'article 4 ET, també els del seu apartat segon (els propis de relació contractual), tot i que no es faci menció expressa d'ells en la Llei d'Estrangeria.

Tot i l'aparent equiparació de drets, hem de tenir en compte la problemàtica entorn a la irregularitat sobrevinguda, entesa com la situació en la que es troba un estranger que, sent titular d'una autorització de residència i/o treball temporal, per alguna raó, no pot renovar-la. Aquest fenomen comporta una gran inseguretat al treballador estranger, que haurà de complir uns requisits molt rígids (continuitat del contracte de feina inicial o nova oferta de feina) i en uns terminis molt estrictes (60 dies abans de l'expiració de la vigència de l'anterior autorització). També situa a l'empresari en una injusta posició de garant de la situació de regularitat del seu treballador, i no el protegeix davant la possibilitat de que al treballador no se li renovi l'autorització quan encara és vigent el contracte de feina que els vincula. Si això succeís, l'empresari hauria de fer front a una indemnització per acomiadament objectiu, en base a la causa prevista a l'article 52.1 a) ET: incapacitat sobrevinguda del treballador.

En el tan poc estable mercat laboral espanyol, una forma de combatre el creixent problema entorn a la irregularitat sobrevinguda seria que la pròpia llei reconegués un marge de temps d'aproximadament 6 mesos perquè el treballador estranger pogués buscar un nou lloc de feina que li permetés renovar la seva autorització. Potser també seria més adient que les autoritzacions de residència i treball temporal es concedissin, com a mínim, pel temps de duració del contracte. D'aquesta manera, es podria accedir directament a la residència permanent si el contracte de feina del treballador estranger fos indefinit, o es podria atorgar

directament una autorització inicial o renovada pel temps que durés el contracte temporal, sense que obligatòriament hagués de ser d'1 any, renovable dos cops per 2 anys més.

6. Amb tot això, no podem perdre de vista la gran quantitat de treballadors estrangers que estan realitzant activitats laborals de manera irregular a Espanya i els mecanisme que la llei articula per tal regularitzar la seva situació. Ens estem referint als introduïts reglamentàriament arrelament laboral i social, que són vies excepcionals d'obtenció de residència temporal.

La llei estableix que es podrà aconseguir la residència per arrelament laboral quan s'acrediti estança continuada a Espanya durant un període no inferior a 2 anys i es demostrï l'existència de relacions laborals duran almenys 6 mesos. Aquesta relació laboral podrà provar-se mitjançant resolució judicial que la reconegui (a través de denúncia a l'empresari), o resolució administrativa que confirmi l'acta d'Inspecció de Treball (hipotètic cas que es realitzés una Inspecció de Treball).

Pel que fa a l'arrelament social, es contempla en els casos que l'estranger acrediti estança continuada a Espanya durant un període mínim de 3 anys i compti amb un contracte de treball de duració no inferior a 1 any.

Hem de tenir en compte que aquestes figures serien la única opció de la que eventualment disposarien els treballadors estrangers en situació irregular per tal de regularitzar la seva situació. Com ja sabem, la Llei d'Estrangeria considera falta greu treballar sense les pertinents autoritzacions, però més rellevant és la possible commutació de la sanció econòmica en l'expulsió del territori espanyol.

L'arrelament laboral i social no són procediments molt utilitzats a la pràctica pels treballadors estrangers irregulars degut a diferents motius: el propi desconeixement, la gran quantitat de tràmits burocràtics que requereixen, la por a interposar denúncia contra l'empresari i la pressió dels demás treballadors que es troben en la mateixa situació, així com la dificultat probatòria d'acreditar la relació laboral.

7. Ja per finalitzar, tot i els pronunciaments del Tribunal Consitucional i l'augment gradual en el reconeixement de drets laborals als estrangers, segueix sent precisa una reforma en la legislació que tingui en compte la situació de vulnerabilitat del treballador estranger i el seu projecte vital, que tracti el treball com a rol central i mitjà integrador i que adapti els requisits administratius de les autoritzacions a la realitat del mercat laboral. Junt amb la legislació, són necessàries polítiques d'estrangeria que s'allunyin de la clàssica distinció entre nacional i estranger i apostin per l'assoliment d'una ciutadania social i inclusiva.

10. Bibliografia:

Alonso Olea, M. [ca. 2000]. *El treball com a bé escàs*. RMTAS. N° 33.

Álvarez Rodríguez, A. (1999). *Contingut jurídic de la Convenció sobre la Protecció dels Drets dels Treballadors Migrants i les seves Famílies*. Article basat en la ponència presentada sota el mateix títol en les Jornades sobre Dret Internacional i els Drets dels immigrants. Present i futur de la immigració a Europa. (dies 24 i 25 d'abril de 1992). Madrid.

Azón Vilas, F. V. [ca. 2003]. La Condició d'estranger des del Dret Social: Breus notes sobre la situació actual dels estrangers no comunitaris sense autorització administrativa per treballar. A Salinas Molina, F., Moliner Tamborero, G. (directors). *La protecció dels drets fonamentals en l'ordre social* de l'Escola Judicial del Consell General del Poder Judicial. Madrid: CGPJ.

Ballester Pastor, M. A. (1997). El treball dels estrangers no comunitaris a Espanya. València: Tirant Lo Blanch.

Belorgey, J.M (2007). *La Carta Social Europea del Consell d'Europa i el seu òrgan de control: El Comitè Europeu de Drets Socials*. De Revista de Dret Públic. UNED.

Camas Roda, F. [ca. 2014]. Ressenya sobre la Directiva 2014/36/UE. A *Blog de Ferran Camas Roda sobre Dret del Treball i Immigració*.

Camós Victoria, I. [ca. 2004]. Els efectes jurídics de la falta de reconeixement ple de la relació laboral subscrita per treballadors immigrants sense autorització per treballar. *Relacions Laborals: Revista Crítica de teoria i pràctica*, (N°1), p. 543-572.

Ceinos Suárez, A., (2006). El treball dels estrangers a Espanya. Madrid: La Ley.

Escudero Rodríguez, R. (2010) (coord.). Claus legislatives en matèria d'immigració i problemàtica de les vies d'accés al mercat de treball per compte aliena. A *Immigració i mobilitat dels treballadors*. Madrid: La Ley.

Fabregat Monfort, G., Alfonso Mellado, C. L. [ca. 2007]. *La situació jurídico laboral dels estrangers segons la legislació espanyola*.

Fernández Sánchez, P.A (2006). *Dret Comunitari de la immigració*. Barcelona: Atelier.

García Morillo, J.L (1994). *Els drets de reunió i associació a VV.AA Dret Constitucional*. (Volum I). València: Tirant lo Blanch.

Goig Martínez, J. M. (2008). *Immigració i Drets Fonamentals. Jurisprudència, Legislació i Polítiques Migratòries a Espanya*. Madrid: Universitas Internacional.

Iglesias Sánchez, S. (2010). *La Lliure circulació dels estrangers dins la Unió Europea: El règim de mobilitat en les Directives de la UE en matèria d'immigració*. Madrid: Editorial Reus.

de Lucas, J. (comp.). (2002). Algunes propostes per començar a parlar en serio de política d'immigració. A de Lucas, J., Torres, F. *Immigrants, com els veiem? Alguns desafiaments i males respostes*. Madrid: Talasa.

Martínez Moreno, C. (dies 8 i 9 de juliol del 2015). *Marc Internacional per la Tutela dels Drets Laboral* (p. 4) pertanyent a la Jornada sobre la Reforma Laboral: Sentències del Tribunal Constitucional. Drets Fonamentals i Dret Internacional. Madrid: Universitat d'Oviedo.

Mendoza Navas, N. (2005). *Evolució dels drets socials en les lleis d'estrangeria: Estudis sobre Estrangeria*.

Mercader Urquina, J. R., Muñoz Ruiz, A. B. (2001). El tractament de la política migratòria de la Unió Europea. *Revista del Ministeri del Treball i Assumptes Socials*, nº 32.

Molina Navarrete, C., Esteban de la Rosa, G. (2001). Nou règim jurídic d'estrangeria i immigració a Espanya: Anàlisi i valoració de la Reforma. *Revista de Treball i Seguretat Social*. CEF, núm. 26/2001.

Monereo Pérez, J.L. (2008). Pròleg. A Triguero Martínez, L.A. *L'estatut jurídic laboral del treballador estranger immigrant*. Albacete: Bomarzo.

Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A. (2008). Repensar els drets socials fonamentals dels estrangers. A propòsit de les Sentències del Tribunal Constitucional de 7 de novembre, núm. 236/2007. *Revista Relacions Laborals*, (núm. 6 i 7).

Picó Lorenzo, C. (2003) (coord.). Despropòsits entre la legislació d'estrangeria i la jurisprudència. Experiències en l'aplicació de l'ordenament d'immigració. Diferent tracte del

fenomen migratori pels jutges i tribunals: entre l'encert i l'oportunitat. A *La protecció de drets fonamentals en l'ordre social: Escola Judicial del Consell General del Poder Judicial*. Madrid: CJPJ.

Ramos Quintana, M. I. (1989). *El treball dels estrangers a Espanya*. Madrid: Tecnos

Ramos Quintana, M. I. (2005) (dir.) *Comentaris al Reglament d'Estrangeria*. Valladolid: Lex Nova.

Ramos Quintana, M. I. (2008). Els drets fonamentals laborals dels estrangers a Espanya: llibertat sindical i vaga. *Revista de Dret Social*. nº 42.

Ramos Quintana, M. I. (2009). El dret al treball i els drets en matèria de Seguretat Social. A Aja, E. (coord.). *Els drets dels immigrants a Espanya*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Rodríguez Piñero, M. Bravo Ferrer, L. (8 i 9 de juny del 2001). *El dret del treball i els immigrants extracomunitaris*. Ponència presentada al XII Congrés Nacional de Dret del Treball i de la Seguretat Social organitzat per l'Associació Espanyola de Dret del Treball i de la Seguretat Social. Santander.

Rodríguez Piñero, M. (2010). Els moviments migratoris i la globalització: la dimensió europea. A Escudero Rodríguez, R. (coord.), *Immigració i mobilitat dels treballadors*. Madrid: LA LEY.

Segarra Trías, E. (2002). *Legislació sobre estrangeria i immigració: Una lectura*. Universitat de Barcelona.

Solà Monells, X. (2002). Els drets del estrangers extracomunitaris en matèria de Seguretat Social: el principi d'igualtat de tracte i els seus límits. A *Tribunal Social*. Nº 133.

Tarabini - Castellani Aznar, M. (2002). *Reforma i contrareforma de la llei d'estrangeria (Anàlisi especial del treball dels estrangers a Espanya)*. València: Tirant lo Blanch.

Triguero Martínez, L. A. (2008). *L'estatut jurídico laboral del treballador estranger immigrant*. Albacete: Bomarzo.

Triguero Martínez L.A. [ca. 2009]. La nova reforma de la Llei Orgànica 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social: notes clau per la seva comprensió. *Revista d'Estudis Jurídics* 9/2009 de Granada (Segona Època).

11. Agraïments:

Gràcies a l'Andrea, la Clara, la Natàlia, la Marta i el Sergi, per l'etapa que s'acaba i tot el que m'han ensenyat.

I a l'Ignasi, per la confiança i el temps invertit.