

# El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: Régimen general y contingente

CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI\*

---

## 1. IDEAS PREVIAS

Toda política de inmigración viene sustentada en tres pilares esenciales, identificados como tales para la política comunitaria pero perfectamente trasladables al ámbito nacional: el control de flujos migratorios, la integración social de los inmigrantes, y la cooperación al desarrollo de los Estados emisores de migrantes. El contexto social, económico, político, e incluso cultural, de cada momento determina que se acentúe o intensifique alguno de estos tres elementos por encima de los otros dos, normalmente basculando entre los dos primeros: control de fronteras y requisitos de entrada y permanencia, por un lado, e integración de inmigrantes por otro; relegando a un segundo plano la óptica preventiva<sup>1</sup>.

Con independencia del grado de intensidad que, según el momento, gane cada uno de los elementos citados como presentes en todo conjunto estratégico de medidas en torno a la extranjería, de lo que no hay duda es de que el

control de flujos forma parte esencial de la política de inmigración, y de que, con un carácter más o menos restrictivo, nuestras normas de extranjería siempre han tenido un contenido importante referido a esta materia. La integración social del inmigrante hace su aparición, de modo rotundo, con la LO 4/2000, de 11 de enero, pero ello no significa en ningún momento que el control de flujos se haya dejado de lado. Las sucesivas normas sobre extranjería han incidido, con mayor o menor intensidad y precisión en el tema de la entrada y permanencia en el territorio nacional. Por otra parte, es lógico que sea así, teniendo en cuenta el volumen de entrada de inmigrantes que viene experimentando nuestro país en los últimos años.

Una parte muy importante de la normativa sobre extranjería es la dedicada a regular el acceso al mercado de trabajo, ya que mediante la misma se incide en las dos cuestiones apuntadas. Por un lado, el control de flujos tiene en los mecanismos de inserción laboral un aliado y protegido; aliado porque las restricciones para el empleo contribuyen o pueden contribuir a restringir también las condiciones de entrada y permanencia en el país, y protegido porque el grado de apertura de fronteras ha de atender y acompañarse necesariamente con la capacidad de absorción del mercado de trabajo. Por otro lado, el

---

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos.

<sup>1</sup> Al respecto, véase SEMPERE NAVARRO y otros, *La inmigración en España: marco jurídico e implicaciones prácticas*, Universidad Rey Juan Carlos, Documento de Trabajo 2005/33, noviembre 2005.

empleo es una vía esencial para la integración de los inmigrantes en nuestra sociedad, lo que constituye igualmente un objetivo principal de la política de extranjería en general y de nuestra Ley de Extranjería en particular. La inserción laboral permite hacer efectiva la inserción social de los extranjeros.

Pues bien, en las páginas que siguen se estudiarán las diversas vías de acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo, centrandó la atención en el contingente de trabajadores extranjeros y en los mecanismos denominados «ordinarios» o de régimen general, por oposición a otros cauces especiales como las regularizaciones extraordinarias y el llamado «arraigo» laboral, que son objeto de análisis en otros estudios de este número.

La distinción que acaba de hacerse no es pacífica entre la doctrina científica, seguramente porque la vigente LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx) sólo define expresamente como régimen especial el de los trabajadores de temporada (art. 42), guardando silencio respecto de la naturaleza del procedimiento en el resto de los casos. Es más, la legislación de extranjería no alude a un «régimen general» más que en el art. 43.1 LOEx, al remitir a los trabajadores transfronterizos al cumplimiento de los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de dicho régimen.

Como pauta interpretativa, seguramente sirva el RD 864/2001, de 20 de julio, que desarrollaba la LOEx hasta su derogación por el nuevo reglamento aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre. La Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo III de la norma derogada comprendía, bajo la rúbrica de «régimen especiales», los procedimientos de autorización de trabajadores transfronterizos, transnacionales, de temporada, y supuestos en los que no se tiene en cuenta la situación nacional de empleo. No obstante, el RD 2393/2004 actual-

mente vigente (en adelante RDLOEx) no ha mantenido esta identificación expresa, y ello permite múltiples interpretaciones, todas igualmente defendibles.

En este estudio se opta por seguir el criterio mantenido por el Consejo Económico y Social en su Informe 2/2004, sobre *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, según el cual el régimen general se define por contraposición al régimen comunitario y otros regímenes y situaciones consideradas excepcionales o específicas: el contingente, las regularizaciones extraordinarias, y los procedimientos especiales de los trabajadores transfronterizos, transnacionales, residentes temporales por circunstancias excepcionales, estudiantes, de prácticas y formación, nacionales de países para los que por Acuerdo internacional no se contempla la situación de empleo y residentes legales en España. Ahora bien, a pesar de que se consideran regímenes especiales, en este trabajo se abordará también el análisis de las autorizaciones para trabajadores de temporada y para prácticas y formación, debido a que el RDLOEx los contempla y regula junto con otras figuras propias del régimen general.

Lo anterior nos da pie para una apreciación inicial: los procedimientos para la solicitud y obtención de las diversas autorizaciones de residencia y trabajo existentes se encuentran dispersos y, en cierta medida, mezclados, a lo largo del articulado y disposiciones adicionales del RDLOEx, lo que dificulta enormemente su estudio y comprensión sistemática.

Y una advertencia más: la mejor doctrina se ha ocupado ya de estudiar y exponer el régimen jurídico de acceso al mercado laboral por parte de los extranjeros. Por tanto, en el presente trabajo se renuncia a la exposición pormenorizada de regímenes jurídicos, para detenerse sobre todo en aquellos puntos especialmente conflictivos o no resueltos, así como en la reflexión general y particular sobre determinados aspectos del Sistema.

## 2. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS VÍAS DE ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

### 2.1. Principios informadores de la política de inmigración y de acceso al mercado de trabajo

Es de todos conocido el tortuoso camino que ha seguido la política española de extranjería en los últimos años, experimentando un número de reformas poco habitual que supusieron importantes cambios de orientación y, en concreto, modificaciones en los mecanismos de acceso al mercado de trabajo por parte de los inmigrantes. Sin embargo, por muchas reformas normativas y correcciones de rumbo que hayan tenido lugar, ciertos principios informadores han permanecido en todo momento, bien que acentuados con distinta intensidad, constituyendo el eje de la política de inmigración en lo que se refiere al acceso al mercado de trabajo. Señalados expresamente por el Consejo Económico y Social en el citado Informe 2/2004, se trata de la consideración de la situación nacional de empleo en el caso del trabajo por cuenta ajena y el principio de contratación en el país de origen. Adicionalmente, en el último período comienza a despuntar también como idea inspiradora de la política de inmigración, la preferencia por Estados con los que se ha firmado Acuerdo de regulación y ordenación de flujos migratorios.

#### 2.1.1. *La capacidad de absorción del mercado español: la situación nacional de empleo*

##### A) *Noción de situación nacional de empleo*

Se ha dicho, de modo inmejorable, que la regulación de la inmigración laboral gravita sobre una confluencia de intereses: la protección de mano de obra española, la libertad de empresa y el reconocimiento legal del derecho al trabajo de los extranjeros. Y en este con-

flicto de intereses prevalece claramente el primero de ellos, para lo que se articula el criterio de la *situación nacional de empleo*<sup>2</sup>.

Desde nuestra primera Ley de Extranjería (LO 7/1985, de 1 de julio), la política inmigratoria se ha venido vinculando a la capacidad de absorción de nueva mano de obra por parte del mercado de trabajo español; es decir, a la denominada «situación nacional de empleo». Consiste en una valoración de las necesidades de mano de obra no cubiertas por españoles, comunitarios o residentes autorizados para trabajar y que, por tanto, pueden ofertarse a extranjeros no residentes en nuestro país sin temor a que su contratación desplace o impida la de los nacionales, comunitarios o residentes con autorización para trabajar.

Aquí conviene introducir una precisión importante respecto de los trabajadores comunitarios: téngase en cuenta que en el Tratado de adhesión a la Unión Europea que supuso la última ampliación<sup>3</sup>, España se acogió al establecimiento de un régimen transitorio que restringe parcialmente la libre circulación de los trabajadores nacionales de los «nuevos Estados»<sup>4</sup>, según el cual, como máximo hasta el año 2011, se sigue exigiendo a estos últimos que cuenten con autorizaciones de residencia y trabajo, si bien con ciertas particularidades que, en algunos casos, relacionan el procedimiento para su obtención<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> CHARRO BAENA, P., «Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social* núm. 133, 2002, pág. 51.

<sup>3</sup> Tratado relativo a la adhesión a la Unión Europea 2003, firmado en Atenas el 16 de abril de 2003.

<sup>4</sup> Salvo los de Malta y Chipre. Es decir: Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia y República Checa.

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, los nuevos comunitarios ya residentes en territorio español o que se conviertan en residentes durante el período transitorio, pueden luego solicitar una autorización para trabajar por cuenta ajena por los procedimientos generales sin que para su concesión se tenga en cuenta la situación nacional de empleo. No cuentan con este privilegio, con carácter general, quienes no residan en España.

## B) Valoración de la situación nacional de empleo

La situación nacional de empleo se tiene en cuenta para elaborar el contingente de trabajadores extranjeros (mediante un informe al efecto que eleva el Consejo Superior de Política de Inmigración), y también a la hora de conceder o no una autorización individualizada de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Para este último caso, los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo han tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas oportunidades sobre la necesidad de ajustar la valoración de la situación nacional de empleo en función de diversos aspectos:

a) Para justificar la denegación de autorizaciones con base en la situación nacional de empleo, no es suficiente la mera alegación genérica de esta última<sup>6</sup>.

b) Es necesario que haya españoles que opten a la concreta ocupación para la que se pide autorización. No basta, por tanto, que existan españoles o residentes en paro, sino que es preciso que los mismos pretendan encontrar empleo en el sector de actividad en que vaya a emplearse al extranjero<sup>7</sup>. Se presume esta pretensión en los desempleados en el sector de actividad en cuestión, siempre que el puesto de que se trate no exija especializaciones o conocimientos particulares.<sup>8</sup>

c) No resulta suficiente la constatación de disponibilidad de mano de obra nacional, comunitaria o residente legal, sino que debe demostrarse que esa mano de obra cuenta con las cualificaciones y competencias necesarias

y requeridas para el desempeño de la ocupación de que se trata. Así, por ejemplo, el conocimiento del idioma chino para trabajar como recepcionista en una asesoría laboral china<sup>9</sup>, o el del idioma checo para ocupar un puesto de auxiliar administrativo en una empresa de consignaciones con múltiples relaciones comerciales con empresas y particulares de la antigua Checoslovaquia<sup>10</sup>; la especialidad A.V.E.L. para ocupar un puesto de especialista en fonología<sup>11</sup>; el conocimiento de idiomas árabe y francés, así como de la geografía de Marruecos, para trabajar como jefe de compras de productos marroquíes en un comercio al por menor<sup>12</sup>; el conocimiento de la cocina paquistaní para un puesto de cocinero en restaurante especializado en aquélla<sup>13</sup> y lo mismo para casos de restaurantes chinos<sup>14</sup> e indios<sup>15</sup>.

Esta interpretación ha dado lugar, inevitablemente, a una práctica empresarial reprochable, que consiste en definir un perfil para el puesto de trabajo ofertado que coincida con el del trabajador extranjero que se desea contratar, pero que realmente resulta injustificable o innecesario, incurriendo así en situaciones de fraude de ley<sup>16</sup>.

<sup>9</sup> STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 7 julio 2005 (JUR 2005, 221092).

<sup>10</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 junio 2003 (JUR 2003, 4211).

<sup>11</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 julio 2003 (RJ 2003, 6313).

<sup>12</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 octubre 2002 (RJ 2002, 10001).

<sup>13</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 julio 2003 (RJ 2003, 5940).

<sup>14</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 febrero 2003 (RJ 2003, 2234) y de 18 junio 2003 (RJ 2003, 5692).

<sup>15</sup> STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 20 marzo 2003 (RJ 2003, 2422).

<sup>16</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 8 octubre 1996 (RJ 1996, 7521), para un caso de exigencia de idioma árabe en un puesto de técnico agrícola no titulado; de 5 mayo 1987 (RJ 1987, 3933), sobre conocimiento de varios idiomas, entre ellos el hindú, para agente de ventas; de 16 mayo 1995 (RJ 1995, 4138), referida al conocimiento de diversos idiomas para desempeñar tareas de jefe charcutero-cocinero. Estos y otros casos, véanse en CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, págs. 86 y sig.

<sup>6</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 enero 2003 (RJ 2003, 2003); de 3 julio 1998 (RJ 1998, 6093); de 14 enero 1998 (RJ 1998, 597); de 7 julio 1990 (RJ 1990, 5815).

<sup>7</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 diciembre 2002 (RJ 2003, 180).

<sup>8</sup> SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 1 abril 2003 (RJ 2003, 4161) y de 25 marzo 2003 (RJ 2003, 3012).

Por otro lado, debe evitarse caer en el error de anudar a la nacionalidad unos determinados conocimientos. Tomando como ejemplo alguno de los casos que acaban de exponerse, sería contrario al art. 14 CE el afirmar categóricamente que cualquier ciudadano chino conoce la cocina china y está en condiciones de prepararla, y que, por el contrario, cualquier ciudadano español carece de estos conocimientos<sup>17</sup>. En este sentido, se exige al extranjero que acredite la capacitación exigida para el puesto de trabajo, en coherencia con lo dispuesto en el art. 50 RDLOEx que así lo requiere expresamente.

En orden a introducir mayores dosis de objetividad en la valoración de la situación nacional de empleo, el art. 50 RDLOEx incorpora como novedad lo que, en términos de la Exposición de Motivos de la norma, es una reformulación de la figura para convertirla en un diagnóstico más cercano a la realidad del mercado de trabajo. Se trata de la elaboración, con periodicidad trimestral, de un *Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura*. La inclusión de una ocupación en este catálogo, supone que ya se ha valorado la situación nacional de empleo, y se ha concluido que la misma permite su cobertura por extranjeros<sup>18</sup>.

Según se indica en el citado precepto reglamentario, el encargado de elaborar el mencionado Catálogo es el Servicio Público de Empleo Estatal, previa consulta de la Comi-

sión Laboral Tripartita de Inmigración, basándose para ello en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo. El Catálogo se elabora para cada provincia así como para Ceuta y Melilla, excepto en las provincias insulares, donde se establece por cada isla o agrupación de ellas, de acuerdo con la información suministrada por Servicios Públicos de Empleo autonómicos.

El concreto procedimiento para la elaboración del Catálogo se reguló inicialmente por Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal<sup>19</sup>, y en su virtud se fijaron los Catálogos correspondientes a los dos últimos trimestres de 2005<sup>20</sup>. Recientemente se ha revisado el procedimiento, por Resolución de 14 de noviembre de 2005<sup>21</sup>, aunque en lo sustancial sigue siendo el mismo: teniendo en cuenta una serie de datos sobre la gestión de las ofertas de empleo<sup>22</sup>, se aplican unos indicadores que

<sup>19</sup> BOE de 24 de febrero de 2005.

<sup>20</sup> En el BOE de 27 de diciembre de 2005 se publica la Resolución de 28 de septiembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se hace público el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el cuarto trimestre de 2005.

<sup>21</sup> BOE de 7 de diciembre de 2005. En su en cuya Exposición de Motivos se expresa que el cambio se debe, por un lado, a sugerencias de los agentes sociales en el seno de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, y por otro a la implantación de un nuevo Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo.

<sup>22</sup> Tomando como referencia los últimos cuatro trimestres, se recaba: a) La media del número de personas que se encuentran solicitando una determinada ocupación a final de cada mes (una misma persona puede solicitar hasta seis ocupaciones); b) el número de puestos ofertados por los empleadores; c) el número de contratos que se han comunicado a los Servicios Públicos de Empleo; d) el número de colocaciones de demandantes de empleo que se han producido; e) el número de contratos en una provincia de trabajadores de otra provincia; f) el número de contratos de trabajadores de una provincia en otra provincia; g) el número de contratos de trabajadores de una provincia en dicha provincia.

<sup>17</sup> CAMÓS VICTORIA, I., «El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, pág. 94, citando una STSJ Comunidad Valenciana de 4 abril 1998.

<sup>18</sup> SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005, advierte que los dilatados plazos que en la práctica se emplean para la tramitación de las solicitudes, probablemente provoquen una disfunción entre la realidad del mercado de trabajo en el momento de la publicación del catálogo (cada trimestre) y el momento de hacer efectiva la autorización.

permiten relacionar y medir dichos datos<sup>23</sup>, y en función de los resultados de esta medición, se detectan las ocupaciones que han de incluirse en el Catálogo<sup>24</sup>. No obstante, entre la primera Resolución y esta última, se aprecian ciertos ajustes técnicos que hacen el procedimiento más riguroso, se incorporan más datos –y de mayor precisión– a tener en cuenta para la construcción de los indicadores, se aumenta el número de indicadores, y se establece un mayor control del Servicio Público de Empleo Estatal sobre los Servicios autonómicos.

<sup>23</sup> a) Indicador del grado de penetración en el mercado de trabajo (relaciona el número de puestos ofertados con los contratos comunicados para una misma ocupación): se considera que el grado de penetración es aceptable cuando su valor sea superior al valor medio nacional para todas las ocupaciones; b) Indicador de escasez de demandantes (relaciona la media de demandas existentes para una ocupación con el número de puestos ofertados): se considera que hay escasez de demandantes cuando su valor sea inferior al valor medio nacional para todas las ocupaciones; c) Indicador de dificultad de acceso al empleo (relaciona demandantes que se colocan en una ocupación y demandantes que solicitan ocuparse en la misma, y expresa así la probabilidad de que se cumplan las expectativas de empleo de los demandantes que solicitan colocarse en una ocupación): hay escasez de demandantes cuando su valor sea superior al medio nacional para todas las ocupaciones; d) Indicador de movilidad geográfica real (relaciona el número de trabajadores que se colocan fuera de la provincia donde están inscritos como demandantes de empleo con los que se colocan en la provincia de inscripción; mide la dinamicidad del mercado de trabajo): siendo el valor 0 equivalente a mercado de trabajo cerrado o estático y el valor 1 equivalente a mercado de trabajo con máxima dinamicidad, se considera que el mercado es suficientemente dinámico y que no requiere mano de obra extranjera con valores iguales o superiores a 0,30.

<sup>24</sup> Son aquellas en las que se cumplen simultáneamente las siguientes condiciones: a) el indicador del grado de penetración en el mercado de trabajo provincial es superior a la media nacional; b) el indicador de escasez de demandantes provincial es inferior a la media nacional; c) el indicador de dificultad de acceso al empleo provincial es superior a la media nacional; d) el indicador de movilidad geográfica provincial es inferior a 0,30.

La falta de inclusión de una ocupación en este Catálogo no significa que la situación nacional de empleo impida su cobertura por extranjeros, sino, sencillamente, que el empleador no puede contar con el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, de modo que recae sobre él la carga de acreditar que, presentada la oferta de trabajo para su gestión en el Servicio Público de Empleo, la misma ha concluido sin éxito. A tal efecto, si bien la competencia para la gestión de las ofertas de empleo corresponde a las Comunidades Autónomas, la Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, establece unas pautas mínimas de homogeneización sobre el procedimiento a seguir por el empleador, así como los datos básicos que debe contener la certificación que se emita por el Servicio Público de Empleo como conclusión de la gestión de la oferta.

1.º) Los empleadores que expresen su voluntad de contratar trabajadores extranjeros para cubrir vacantes de puestos de trabajo en ocupaciones no incluidas en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, deberán presentar la correspondiente oferta de empleo ante los Servicios Públicos de Empleo, que habrá de estar «formulada de manera precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo y, por tanto, no contendrá requisitos que no tengan relación directa con su desempeño».

2.º) El Servicio Público de Empleo gestionará dicha oferta con el fin de promover el contacto con el empleador de los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma.

3.º) El empleador comunicará al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección efectuada entre los demandantes de empleo en cuanto a su adecuación y disponibilidad para aceptar la oferta y solicitará, en su caso, de los Servicios Públicos de Empleo la emisión de una certificación de insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta.

4.º) El Servicio Público de Empleo emitirá, para el empleador, si procede, dicha certificación, en el plazo máximo de los quince días siguientes al de la comunicación del empleador con el resultado de la selección<sup>25</sup>. En la misma deberá constar expresamente la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles para aceptar la oferta como consecuencia de la gestión de la misma y contendrá como mínimo, entre otros datos, los correspondientes a la identificación de la oferta de empleo<sup>26</sup>.

Resulta elogiable la voluntad de coordinar, en la medida de lo posible, la labor de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas en este extremo, aunque seguramente no sea suficiente (ni parece que pueda serlo, siendo autonómicas las competencias para la gestión de ofertas de empleo) para evitar ciertas disfunciones apreciadas en el sistema ya antes de su renovación parcial por el RDLOEx: en concreto, que lo que debería ser una evaluación de ámbito nacional (situación «nacional» de empleo), se limite, en la práctica, al territorio de influencia de la concreta oficina de empleo en la que se tramita la demanda, de modo que en una provincia pueda obtenerse la certificación de inexistencia de mano de obra disponible, mientras que en otras sucedería lo contrario<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> La no emisión por el Servicio Público de Empleo de la certificación de insuficiencia en el citado plazo, implica la existencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles, suficientes para aceptar la oferta.

<sup>26</sup> En concreto, la citada Orden contempla, como información mínima, la siguiente: a) Servicio Público de Empleo que emite la certificación; b) Identificación del responsable del Servicio Público de Empleo que la emite; c) Identificación de la empresa; d) Datos de la oferta de empleo (identificador de la oferta; fecha de presentación; número de puestos de trabajo; localidad del puesto de trabajo; ocupación); e) Documentación que acompaña a la certificación (copia de la oferta de empleo; copia de la comunicación del empleador sobre el resultado de la selección si la hubiere).

<sup>27</sup> Llama la atención sobre este extremo SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

En cualquier caso, y dejando al margen los flecos del sistema, puede decirse que el ordenamiento de extranjería apuesta por una valoración de la situación nacional de empleo con carácter previo a la solicitud de autorización, tanto en el caso del contingente de trabajadores extranjeros como, ahora también, en el procedimiento para obtener una autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena. Y en la medida en que ello contribuye a dotar de mayor objetividad al sistema, ha de saludarse el cambio y la tendencia que el mismo refleja.

Por último, téngase en cuenta que el art. 40 LOEx introduce una amplia serie de supuestos en los que no se considera la situación nacional de empleo a la hora de conceder autorizaciones, dando así lugar a un régimen preferente o privilegiado de acceso al empleo<sup>28</sup>. Entre ellos se encuentra la solicitud de renovación de una autorización de residencia y trabajo (apartado c), facilitándose de este modo la conservación de esta última y evitando situaciones de irregularidad sobrevenida. El RDLOEx añade en otros preceptos de su articulado algunos supuestos más en los que no opera el criterio de la situación nacional de empleo, como, por ejemplo, para los nacionales de Estados con los que se hayan suscrito convenios internacionales a tal efecto (art. 50 RDLOEx).

### 2.1.2. La contratación en origen

Los mecanismos ordinarios de acceso al mercado de trabajo español contemplan, como regla general, la contratación desde el país de residencia del extranjero. Mediante esta fórmula se busca contener su entrada a España hasta que sea posible su acceso regular al mercado de trabajo, intentando evitar, de tal modo, situaciones de irregularidad.

<sup>28</sup> CHARRO BAENA, P., «Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social* núm. 133, 2002, pág. 51.

Esta práctica se desvela como la adecuada, siempre que no se convierta en un principio absoluto. Porque si ello fuera así sería necesario volver a poner en marcha experiencias que ya se demostraron ineficaces, en concreto costosos viajes de ida y vuelta por parte de los extranjeros con residencia legal en nuestro país que quisieran acceder al mercado laboral español.

Además, ningún sistema garantiza la ausencia de inmigración irregular, y establecer vías que, de modo totalmente excepcional, permitan el acceso a la regularidad en nuestro propio territorio (procesos de regularización extraordinaria, arraigo), parece acertado. El cerrar estas puertas u otras análogas que pudieran establecerse, supondría esperar, ingenuamente, que los extranjeros en situación irregular decidieran volver a sus países de origen para reiniciar el procedimiento de entrada en nuestro país, ahora sí de acuerdo con la normativa, o incluso costear dichos regresos, que nunca acabarían.

Es verdad que toda vía de contratación en destino produce un efecto llamada. Eso nadie puede negarlo. Pero después de múltiples reformas de nuestra Ley de Extranjería y de observar lo que ocurre en los países de nuestro entorno, podría decirse que el verdadero efecto llamada es el producido por la desigualdad de desarrollo económico y la posibilidad de encontrar trabajo en España, aunque sea en situación irregular<sup>29</sup>. Mientras siga existiendo ese desequilibrio, nada podrá impedir la inmigración, y el máximo aliciente es saber que en nuestro país, aún sin las pertinentes autorizaciones, sigue siendo posible acceder a un empleo en la economía sumergida. Frente a esta situación, el deshabilitar la contratación en destino de modo absoluto

supondría condenar a un número cada vez mayor de inmigrantes a la permanencia en dicho submercado de trabajo, con las consecuencias que de ahí se derivan no sólo para ellos sino también para la economía nacional.

Pues bien, como decimos, nuestra legislación de extranjería se inspira claramente, como objetivo prioritario, en la contratación en origen, sin perjuicio de que incorpore fórmulas alternativas, algunas de ellas de claro corte excepcional. Más allá de los mecanismos de regularización extraordinaria y de arraigo, puede pensarse en la posibilidad de acceder a una autorización de trabajo desde una situación de residencia, o en la vía que se abre con los visados para la búsqueda de empleo<sup>30</sup>.

### *2.1.3. La orientación preferente de las ofertas de empleo hacia los Estados con los que se ha firmado acuerdo de regulación de flujos migratorios*

España tiene formalizados acuerdos de regulación y ordenación de flujos migratorios con países desde los que la afluencia de inmigrantes es especialmente significativa o bien que poseen lazos históricos, políticos o geográficos con nuestro país. En concreto, se trata de Ecuador, Colombia, Marruecos, República Dominicana, Polonia, Rumania y Bulgaria. En estos acuerdos se prevén, entre otros extremos, mecanismos de información y conocimiento de ofertas de empleo así como sistemas de selección de los trabajadores en sus países de origen.

Inicialmente presentados como una vía alternativa para el acceso flexible y diferenciado al mercado de trabajo español, terminaron canalizándose, en la práctica, exclusiva-

<sup>29</sup> Así lo indica, rotundamente, APARICIO WILHELMI, M., «La última reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 14/2003). Un análisis crítico a la luz de su falta de eficacia y de eficiencia», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004, pág. 38.

<sup>30</sup> El Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de abril de 2004 (RJ 2004, 3382), califica a los visados para búsqueda de empleo como una excepción a la regla general de la contratación en origen.



mente a través del contingente de trabajadores extranjeros, lo que introdujo en este último mecanismo general de autorización para trabajar, una especie de trato preferente criticado por la doctrina especializada<sup>31</sup>.

Pues bien, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, dio cobertura legal a esta práctica, incorporando tanto en la regulación del contingente de trabajadores extranjeros (art. 39.6 LOEx) como en la de las actividades de temporada o campaña (art. 42.4 LOEx), una orientación prioritaria de las ofertas de empleo a los Estados implicados en estos acuerdos.

## 2.2. Régimen general y contingente: complementariedad

En el marco de las coordenadas marcadas por las tres ideas básicas que acaban de apuntarse, la legislación ha venido contemplando diversas vías de acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo, que componen un sistema mixto<sup>32</sup>: por un lado, solicitudes individualizadas de autorización para trabajar, por cuenta propia o ajena, y por otro, el contingente de trabajadores extranjeros. Las diferencias básicas entre ambos son muy conocidas: a) mientras las ofertas de empleo contenidas en el contingente se han elaborado teniendo previamente en cuenta la situación nacional de empleo, en las solicitudes individualizadas esta tiene que contemplarse al momento de valorar la propia solicitud —si bien se vale para ello, en su caso, del previo análisis realizado en el Catálogo de Ocupa-

ciones de Dificil Cobertura—; y b) el contingente es un mecanismo de acceso al mercado de trabajo español para quienes no se hallen ni residan en España, y, en cambio, el régimen general admite la posibilidad de que quienes residan legalmente en nuestro país puedan obtener una autorización individualizada para trabajar.

Como se dirá más adelante, no hay duda hoy de que ambas vías son plenamente válidas y deben coexistir en nuestra política de inmigración, porque así lo ha querido el legislador de la LOEx y se ha confirmado por los Tribunales.

No obstante, persiste un interrogante: ¿cabe señalar un mecanismo prioritario para el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo español? Desde luego, el contingente permite la planificación de la política laboral migratoria, y, por ello, lo lógico y deseable sería que esta fuera la vía principal de incorporación a nuestro mercado de trabajo<sup>33</sup>. Sin embargo, a día de hoy no puede decirse que exista esta preferencia reflejada en la legislación de extranjería. Es más, conjurando expresamente excesos de otros años, los acuerdos de contingente para los años 2003 y 2004 configuran a este último como una más de las «diversas alternativas que ofrece la normativa vigente» para otorgar autorizacio-

<sup>31</sup> CHARRO BAENA, P., «Política en materia de inmigración», en A. V. SEMPERE y otros: *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, 2005.

<sup>32</sup> AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., «El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003, pág. 70; CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, pág. 80; BALLESTER PASTOR, M. A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 88.

<sup>33</sup> SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005, se refiere al contingente como el «eje fundamental de la política laboral migratoria». Apoyan el papel prioritario del contingente frente a las autorizaciones individualizadas: TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 255; BALLESTER PASTOR, M. A., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 88; AA.VV. *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 126; CHARRO BAENA, P., «Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social* núm. 133, 2002, pág. 53.

nes de trabajo<sup>34</sup>. Por otro lado, la denominación de «régimen general» que se predica respecto de las solicitudes individualizadas de autorización parece sugerir, quizá, que éstas son la vía ordinaria, a la que ha de sumarse, complementariamente, el contingente determinado en cada momento. Un último dato que apunta en el mismo sentido es la propia concepción potestativa de la fijación de un contingente para cada año, frente al carácter permanentemente abierto de las autorizaciones individualizadas.

### 3. RÉGIMEN GENERAL: LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO

En desarrollo del Capítulo III del Título II de la LOEx, el RDLOEx dedica un capítulo (el II del Título IV) a regular la «Residencia temporal y trabajo». Su estructura comprende diversas secciones según que se trate, entre otros, del procedimiento para solicitar y obtener o renovar una autorización de residencia temporal y trabajo por *cuenta ajena* de carácter *estable* (sección 1.<sup>a</sup>), de residencia temporal y trabajo por *cuenta ajena* de *duración determinada* (sección 2.<sup>a</sup>), de residencia temporal y trabajo por *cuenta propia* (sección 3.<sup>a</sup>). En Título separado (el V) se regula el contingente de trabajadores extranjeros.

<sup>34</sup> Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (BOE de 16 de enero de 2003); Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003).

Conviene hacer un previo apunte sobre cuestiones terminológicas:

En primer lugar, el RDLOEx ya no distingue, como hacía su antecesor –y la propia LOEx antes de su reforma por la LO 14/2003, de 20 de noviembre–, entre permisos de trabajo y autorizaciones para trabajar<sup>35</sup>, dando lugar a ricas interpretaciones doctrinales acerca de una relación de género y especie destinada a albergar diversos regímenes jurídicos<sup>36</sup>. Por el contrario, se opta ahora por la denominación única de autorizaciones, bajo la cual quedan agrupadas todas aquellas fórmulas que habilitan para ejercer actividades lucrativas laborales o profesionales.

La doctrina, en general, ha criticado esta opción del Reglamento, por entender que propicia la confusión entre diversas situaciones con regímenes jurídicos diversos<sup>37</sup>. Sin embargo, podría mantenerse justamente lo contrario: la unificación terminológica contribuye a aglutinar el abanico de documentos habilitantes para el trabajo, desplazando las diferencias jurídicas desde la denominación formal al concreto procedimiento para su solicitud y obtención. En un paisaje tan complejo, disperso y heterogéneo como el que actualmente se presenta para la regulación del acceso de los extranjeros al mercado laboral, toda tendencia simplificadora y unificadora debe ser bienvenida<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> La Disposición Adicional Única de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, establece que «todas las referencias al término «permiso» incluidas en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, serán sustituidas por el término «autorización».

<sup>36</sup> CHARRO BAENA, P., «Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social* núm. 133, 2002, pág. 41.

<sup>37</sup> Incluso se ha observado en este cambio terminológico una cierta indecisión por parte del legislador, que, en realidad, «no sabe muy bien cómo denominar esta técnica autorizatoria» (MOLINA NAVARRETE, C., «Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004, pág. 143).

<sup>38</sup> Además, nos recuerda CHARRO BAENA, P. («Las autorizaciones para trabajo de extranjeros tras la LO

Por otra parte, no está de más recordar que cuando la LO 4/2000, de 11 de enero, adoptó la doble nomenclatura de autorizaciones y permisos, también fue criticada por cierto sector doctrinal, por entender que no queda del todo claro si cuando la Ley trata de «permisos» está refiriéndose exclusivamente a las figuras así denominadas, o también incluye las llamadas autorizaciones, y viceversa. Es más, el Reglamento de desarrollo de esta Ley aprobado por RD 864/2001 utilizaba indistintamente ambos términos, lo que da idea del escaso éxito de la relación de género a especie que se pretendía<sup>39</sup>.

En segundo lugar, respecto de las que hemos denominado autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena «de carácter estable», debe advertirse que, en realidad, el RDLOEx rubrica la sección 1.<sup>a</sup> en la que se regulan como dedicada a «residencia temporal y trabajo por cuenta ajena», sin aludir expresamente al carácter estable del servicio. No obstante, éste se extrae claramente del contenido del art. 57 RDLOEx, que al regular la tramitación de la solicitud de residencia y trabajo de duración determinada, se remite expresamente al procedimiento previsto «para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de carácter estable», con ciertas especialidades.

De todos modos, hay que reconocer que los términos elegidos por la norma reglamentaria para distinguir entre estas dos modalidades de autorización de residencia y trabajo, no son los más afortunados, ya que presentan un desajuste respecto del contenido que a los

mismos confieren las normas laborales y, por ello, podrían inducir a cierta confusión. En una lectura superficial, cabría pensar que las autorizaciones de carácter estable se otorgan para contratos por tiempo indefinido, mientras que las de duración determinada lo son para contratos temporales. Y ello no es necesariamente así. Tal como veremos más adelante, las autorizaciones de duración determinada se prevén para ciertas necesidades coyunturales y limitadas en el tiempo, mientras que las autorizaciones de carácter estable comprenden no sólo necesidades permanentes sino también aquellas otras que no cumplan los presupuestos y condicionantes de las primeras (aunque sean temporales).

Seguramente, la denominación más ajustada a la realidad sea la que distingue entre autorizaciones ordinarias y especiales, porque eso es lo que son realmente en virtud de su ámbito de aplicación<sup>40</sup>. No obstante, en este estudio se ha preferido mantener la nomenclatura reglamentaria (con las debidas precisiones en cuanto al ámbito de aplicación de cada autorización), al objeto de no introducir elementos adicionales que pudieran hacer aún más compleja la comprensión de la normativa.

### 3.1. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de carácter estable

El art. 49 RDLOEx contempla una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, con una duración de un año y limitable geográfica y funcionalmente, para aquellos extranjeros que residan fuera del territorio español y obtengan el correspondiente visado.

El procedimiento previsto para solicitar y obtener esta autorización actúa en buena

8/2000, de 22 de diciembre», *Tribuna Social* núm. 133, 2002, pág. 41) que cuando la LO 4/2000 adoptó la doble nomenclatura de autorizaciones y permisos, recibió también críticas por esta opción legislativa.

<sup>39</sup> Esta crítica a la doble nomenclatura utilizada en la LO 4/2000, y la observación del uso indistinto que el RD 864/2001 hacía de la misma, puede verse en TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 208 y sig.

<sup>40</sup> Por su parte, CARDENAL CARRO, M., «Permiso de trabajo y modalidades contractuales», *Aranzadi Social* núm. 6, 2005, distingue entre autorizaciones «ordinarias» y «de duración determinada».

medida como modelo para otras autorizaciones contempladas en la normativa de extranjería, por lo que puede mantenerse que estamos ante «la autorización administrativa por excelencia en el régimen de extranjería»<sup>41</sup>. A esta misma conclusión se llega teniendo en cuenta que opera como cajón de sastre respecto de las otras modalidades para trabajo por cuenta ajena, recogiendo todas las actividades que no puedan ser incluidas en algún otro tipo más específico<sup>42</sup>.

Como se adelantó en páginas previas, uno de los principios inspiradores de la política de extranjería es la contratación en origen. En este sentido, la norma reglamentaria configura la solicitud individualizada de autorización para trabajar por cuenta ajena, fundamentalmente, para extranjeros que residan fuera de España. Desde luego, la LOEx es lo suficientemente amplia en este punto como para admitir esta opción restrictiva, al no pronunciarse sobre la situación territorial del extranjero en el momento de la solicitud de autorización. Y es justamente dicha amplitud la que permite también que el RDLOEx mantenga, a modo de excepción a la regla general, la posibilidad de que en ciertos casos se pueda solicitar la autorización encontrándose el extranjero residiendo ya en nuestro país, tal como hacían los reglamentos precedentes. En efecto, el art. 49.3 RDLOEx permite que los extranjeros residentes o lo que se hallan en situación de estancia por estudios, accedan a la correspondiente autorización de residencia

temporal y trabajo por cuenta ajena<sup>43</sup>, introduciendo ciertas especialidades para estos casos que, nuevamente, excepcionan la regla general: no se exige visado, y la duración de la autorización está en función del tiempo que se haya residido previamente en España.

Ahora bien, el RDLOEx hereda de normas reglamentarias previas no sólo esta cierta dosis de flexibilidad insoslayable, impuesta por la lógica de la realidad en la que vivimos, sino igualmente las lagunas procedimentales respecto de estas situaciones excepcionales. Llama la atención, frente a la pormenorizada descripción del procedimiento y requisitos para solicitar autorización en el caso de que el extranjero no resida en España, la escasez de referencias a los supuestos en los que el extranjero ya es titular de un derecho de residencia en el territorio<sup>44</sup>.

En cuanto al procedimiento para la obtención de la autorización y para que ésta despliegue plenamente sus efectos –y sin mayor pretensión que exponer la dinámica básica de la tramitación– éste puede resumirse al máximo a través de la siguiente sucesión de hechos:

1.º) El empleador solicita la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 51.1 y 2 RDLOEx).

2.º) Admitida a trámite la solicitud por la autoridad competente y, en su caso, estimada resolución favorable<sup>45</sup>, ésta se notifica al

<sup>41</sup> La afirmación pertenece a CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, pág. 46, si bien referida, en general, al «permiso de trabajo» por cuenta ajena, dado que en el momento de publicación de su estudio no contábamos con la distinción que ahora hace el RDLOEx entre autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de carácter estable y de duración determinada. Hoy la afirmación de esta autora es perfectamente trasladable a lo que se mantiene en el texto.

<sup>42</sup> Véase al respecto lo mantenido en relación con el ámbito de aplicación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

<sup>43</sup> El tránsito de una estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo, que no estaba previsto en el RD 864/2001, es observado con cierta reserva por parte de VALDUEZA BLANCO, M.D., «Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social», *Relaciones Laborales* núm. 4, 2005, pág. 122, quien considera que esta vía puede agravar el problema de la descapitalización humana en los países emisores.

<sup>44</sup> SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: normas de procedimiento», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

<sup>45</sup> Sobre causas y procedimiento en caso de denegación de la solicitud, véase el art. 53 RDLOEx.

empleador (art. 51.3, 4 y 5 RDLOEx). Los requisitos para la concesión de la autorización pueden clasificarse según que se refieran al empleador, al extranjero o a la actividad para la que se lo pretende contratar. Respecto del empleador, debe garantizar al extranjero una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización, así como encontrarse al corriente en sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Por su parte, el extranjero ha de poseer la titulación, en su caso, debidamente homologada o acreditar la capacitación exigida para el ejercicio de la profesión, carecer de antecedentes penales por delitos tipificados en el ordenamiento español, y no encontrarse irregularmente en España. Aunque, en un silencio heredado del Reglamento de 2001, el RDLOEx no contempla el requisito de la colegiación, el art. 36.2 LOEx lo demanda siempre que las leyes así lo exijan<sup>46</sup>. En cuanto a la actividad, es necesario que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero (con las salvedades ya expuestas), y que las condiciones fijadas en la oferta de empleo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría profesional y localidad (art. 50 RDLOEx).

<sup>46</sup> Como indica TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 213 y sig., la exigencia de colegiación previa a la concesión de la autorización de trabajo provocó muchos problemas durante la vigencia de la LO 7/1985, porque numerosos colegios profesionales de odontólogos y estomatólogos negaron la colegiación a quienes no acreditaran estar ya en posesión de una autorización para trabajar. Finalmente, el Tribunal Supremo fijó el criterio de que la colegiación era un acto previo a la solicitud de la autorización y que funcionaba con independencia de esta última, y su negación suponía una vulneración del principio de igualdad al que los titulados tenían derecho una vez homologado su título. Al respecto, véase la jurisprudencia citada por TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 213 y sigs.

3.º) En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución favorable al empleador, el extranjero debe solicitar, en su caso<sup>47</sup>, el correspondiente visado<sup>48</sup> (art. 51.6, 7, 8, 9 y 10 RDLOEx).

4.º) Tras la obtención del visado y en el plazo de vigencia del mismo, el extranjero entra en territorio español, momento en el cual la autorización previamente concedida adquiere eficacia y el extranjero puede ya comenzar su actividad<sup>49</sup>, debiendo producirse su afiliación, alta y cotización en el Régimen pertinente de la Seguridad Social (art. 51.11 y 12 RDLOEx). En este sentido, el visado incorpora una doble autorización: la tradicional que permite entrar en territorio español, y la que habilita para iniciar la actividad laboral, que comienza a surtir efectos tras la entrada en España.

5.º) En el plazo de un mes desde su entrada en España, el extranjero debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero<sup>50</sup>, procediéndose entonces a controlar que, en efecto,

<sup>47</sup> Siempre que no se halle ya en España en situación de residencia legal o de estancia por estudios.

<sup>48</sup> Entre los documentos que el extranjero ha de acompañar a la solicitud de visado presentada en misión diplomática u oficina consular española correspondiente al lugar de residencia del trabajador, el art. 51.7.d) RDLOEx cita la «copia de la autorización de residencia y trabajo condicionada», de modo que el empleador ha debido remitírsela previamente a tal efecto. De todos modos, la representación española tiene constancia de la misma, ya que la autoridad que resolvió la concesión debió habérsela comunicado por medios telemáticos simultáneamente a la notificación al solicitante (art. 51.5 RDLOEx).

<sup>49</sup> En realidad, el carácter potestativo de este comienzo de la prestación de servicios lo es sólo de modo relativo, ya que, si transcurrido un mes desde la entrada en España del extranjero no existiera constancia de su afiliación y/o alta en la Seguridad Social, la autoridad competente podrá resolver la extinción de la autorización. En otras palabras, desde que el extranjero entra en territorio nacional es posible dar comienzo a la relación laboral, lo que en todo caso debe producirse a lo largo del primer mes tras su llegada.

<sup>50</sup> Sobre la misma, véase el art. 105 RDLOEx.

se ha iniciado la prestación de servicios y el trabajador se encuentra afiliado y dado de alta en la Seguridad Social. La ausencia de afiliación y alta podrá dar lugar a la extinción de la autorización<sup>51</sup>, y la falta de inicio de relación laboral que no se justifique debidamente por el empleador, podrá motivar la denegación de ulteriores solicitudes de autorización presentadas por este último (art. 51.13 y 14 RDLOEx).

Evidentemente, esta sintética exposición a trazos gruesos de los pasos procedimentales deja por el camino numerosas cuestiones, algunas de ellas no suficientemente resueltas por la normativa aplicable. Así, por ejemplo, una primera cuestión reseñable como dudosa hace referencia al plazo para la presentación de la solicitud, que no se establece ni por la LOEx ni por el RDLOEx. En principio, el sentido común nos permitiría suplir, sin más, el silencio normativo respecto de este extremo, ya que parece evidente que la solicitud ha de cursarse antes del inicio de la actividad laboral. Sin embargo, la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> LOEx contempla expresamente, como causa para la inadmisión a trámite de la solicitud, su presentación «fuera del plazo legalmente establecido». La cuestión es, entonces, si cabe inadmitir a trámite una solicitud de autorización por el incumplimiento de un plazo que la norma legal realmente no contempla.

Otras causas de inadmisión a trámite de la solicitud de autorización previstas en la citada Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> LOEx, son, por un lado, que sobre «el solicitante» haya recaído una orden de expulsión, judicial o administrativa, o cuando conste contra él un pro-

cedimiento administrativo sancionador del que pueda derivarse su expulsión del territorio nacional; por otro, que «el solicitante» tenga prohibida su entrada en España. Pero nótese que según los arts. 36.3 LOEx y 51.1 RDLOEx el sujeto letigimado para solicitar la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial no es el extranjero sino el empleador o empresario que pretenda su contratación laboral. Aunque, por el tipo de situaciones aludidas, es más que probable que el legislador haya querido aludir, en realidad, al trabajador y no al empresario, lo cierto es que la interpretación literal es clara y no admite lugar a dudas, y por ello sería recomendable la urgente incursión del legislador para revertir esta lectura.

En cuanto a la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (ya sin límite geográfico y funcional y por un período de dos años -salvo que corresponda una autorización de residencia permanente-), se reseñan a continuación los requisitos y pasos procedimentales básicos para su solicitud y obtención<sup>52</sup>:

1.º) La solicitud habrá de presentarse durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización inicial, aunque se admite, sin perjuicio de la sanción correspondiente, la presentación durante los tres meses posteriores a dicha fecha (art. 54.1 RDLOEx).

2.º) La concesión de la renovación depende de la continuidad de la relación laboral, o al menos de que se hayan prestado servicios un número mínimo de meses a lo largo del año<sup>53</sup>. En este segundo caso, si el trabajador

<sup>51</sup> Como indica TRINIDAD GARCÍA, M. L., «Documentación de los extranjeros», en M. L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España (Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su desarrollo reglamentario)*, Lex Nova, 2005, pág. 55, la extinción de la autorización en estos casos tiene su «efecto más perverso» para el trabajador, «que se ve afectado en su situación administrativa y laboral por una causa de la que no es responsable».

<sup>52</sup> La concesión de la renovación es «reglada y automática», gracias a la reforma operada en la LOEx por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (SEMPERE NAVARRO, A.V., «Los permisos para trabajo de extranjeros», *Aranzadi Social* núm. 11, 2000, pág. 7).

<sup>53</sup> Lo que, en casos de incumplimiento empresarial de la obligación de mantener al trabajador en alta en la Seguridad Social, se convierte en un problema de prue-

ha tenido un período mínimo de actividad de seis meses en el año, se le concederá la renovación siempre que en el momento de la solicitud esté en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social por virtud de un contrato laboral suscrito con un nuevo empleador de acuerdo con las características de la autorización inicial, o bien si dispone de una nueva oferta de empleo. Igualmente, si el período de prestación de servicios por año es de al menos tres meses, se procederá a la renovación siempre que el trabajador acredite la existencia de un contrato de trabajo en vigor, o bien que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se rompió por causas ajenas a su voluntad, o, finalmente, que ha buscado activamente empleo. Por último, el otorgamiento de una prestación contributiva de desempleo o de una prestación económica asistencial para la inserción social o laboral<sup>54</sup>, da lugar, durante el tipo de su percepción, a la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 54.2, 3, 4, 5 y 6 RDLOEx).

ba y exige a este último iniciar un procedimiento al efecto mediante la oportuna denuncia ante la Inspección de Trabajo. Así lo subraya TOLOSA TRIBINO, C., «Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, pág. 149. En el mismo sentido, subrayando que los descubiertos de cotización no obstan a la renovación de las autorizaciones, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 270.

<sup>54</sup> Varios autores coinciden en afirmar que en este último grupo cabe incluir, además de las rentas de inserción nacionales («renta activa de inserción») y autonómicas («rentas mínimas de inserción» o «salarios sociales»), las prestaciones asistenciales de desempleo. Es el caso de SEMPERE NAVARRO, A.V., «Los permisos para trabajo de extranjeros», *Aranzadi Social* núm. 11, 2000, pág. 7; AA.VV. *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, (J.M. Campo Cabal, coord.), Civitas, 2001, pág. 38; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 272 y sig.

3.º) Notificada la resolución favorable<sup>55</sup>, el extranjero debe volver a solicitar, en el plazo de un mes, la tarjeta de identidad de extranjero (art. 54.8 RDLOEx).

Al igual que se expuso en relación con el procedimiento de solicitud inicial de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, el procedimiento para su renovación adolece de alguna imprecisión que conviene destacar: No se establecen, ni en la LOEx ni en el RDLOEx, quiénes son los sujetos legitimados para solicitar la renovación. Este silencio ha sido interpretado por la doctrina en un sentido amplio, entendiendo que la solicitud puede ser presentada tanto por el trabajador extranjero como por el empleador para el que presta o va a prestar servicios (en el caso de que existiese)<sup>56</sup>. Lo que aquí se mantenga debería extenderse igualmente al sujeto legitimado para recibir la notificación de resolución favorable o denegación de la solicitud, respecto del que la normativa también guarda absoluto silencio<sup>57</sup>.

Por otro lado, es posible igualmente la renovación de la autorización, si bien con cambio de modalidad, pasando de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena a otra por cuenta propia. En una clara muestra del carácter disperso de los procedimientos previstos en el RDLOEx, el aplicable a este supuesto se encuentra en el art. 99, integrado en el Título IX de la norma reglamentaria, bajo la rúbrica de «modificación de las situaciones de los extranjeros en España»<sup>58</sup>. La

<sup>55</sup> Sobre causas de denegación de la renovación, véase el art. 54.9 RDLOEx.

<sup>56</sup> SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: normas de procedimiento», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

<sup>57</sup> Sin embargo, algún autor considera que el sujeto legitimado para recibir la notificación de denegación de la solicitud de renovación es exclusivamente el empleador o empresario (SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: normas de procedimiento», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005).

<sup>58</sup> Crítica la confusión reglamentaria entre «modificación» y «renovación», SERRANO VILLAMANTA, J.: «El tra-

parquedad del precepto sólo nos permite señalar algunas cuestiones básicas: además de la evidente necesidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos para optar a una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, el trabajador extranjero deberá haber realizado su actividad laboral durante el período de vigencia de la autorización inicial por un período igual al que correspondería si pretendiera su renovación. La duración de la nueva autorización será la misma que la que hubiera correspondido en el caso de renovación sin cambio de modalidad.

### 3.2. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada

Los arts. 55 y siguientes del RDLOEx regulan una modalidad específica de autorización orientada a cubrir prestaciones de servicios que se presumen de carácter coyuntural, y entre ellas, las actividades de temporada o campaña. De este modo, la norma reglamentaria hace coincidir en un mismo precepto y procedimiento (con las debidas peculiaridades), el régimen especial de los trabajadores de temporada (art. 42 LOEx) y el régimen general de autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx) para ciertas actividades definidas por su temporalidad. Seguramente el motivo de esta opción sea el pretender reunir en un mismo procedimiento aquellas fórmulas de acceso al mercado de trabajo que se caracterizan por no tener visos de continuidad, ya que en ninguno de estos casos las autorizaciones son renovables<sup>59</sup>.

bajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

<sup>59</sup> En efecto, tal como indica CHARRO BAENA, P., «Política en materia de inmigración», en A.V. SEMPERE y otros: *Políticas Sociolaborales*, 3ª ed., Tecnos, 2005, al normar la inmigración laboral de temporada los poderes públicos pretenden conseguir un doble objetivo: por una parte, «solucionar el problema de escasez de mano de obra

Esta unificación propicia la confusión entre trabajo de temporada y trabajo temporal, cuando son dos realidades distintas que pueden o no yuxtaponerse, tal como se explica unos pocos párrafos más adelante. La actividad que se articula en campañas tiene una singularidad propia que recomienda mantener su regulación separada, tal como hace la LOEx y como sugiere el propio RDLOEx en el art. 78.4 al aludir al contenido del contingente. Integrándolas en las previsiones para trabajos temporales, se hace más difícil respetar sus peculiaridades y se corre el riesgo de reducirlas a una mera actividad de duración determinada<sup>60</sup>.

Hecha esta apreciación, volvemos al art. 55 RDLOEx, en el que, como decíamos, se establece una modalidad específica de autorización para prestaciones de servicios respecto de las que se presume su falta de continuidad: a) actividades de temporada o campaña; b) obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones<sup>61</sup>, entre

que se produce en determinadas zonas y actividades (en especial, agrícolas) durante las diferentes campañas y, por otra, afrontar un modelo de inmigración en la que el trabajador no se asienta en nuestro territorio y retorna, una vez finalizada la campaña, a su país de origen (es lo que se denomina inmigración 'de ida y vuelta')».

<sup>60</sup> Véase, en este sentido, lo que se explica en la nota a pie de página que cierra este estudio.

<sup>61</sup> Esta redacción recuerda la que contiene el art. 40 LOEx, en el que se exonera de la consideración de la situación nacional de empleo, entre otros colectivos, a «los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos». Parece, entonces, que quien desee contratar a un trabajador extranjero para realizar instalaciones o montajes de este tipo deberá solicitar para él una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, y si posteriormente es necesaria la renovación de las instalaciones o equipos, la subsiguiente autorización podrá obtenerse sin necesidad de tener en cuenta la situación nacional de empleo.



otros<sup>62</sup>; c) contratación temporal de altos directivos, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos; y c) para la formación y realización de prácticas profesionales (art. 55.2 RDLOEx).

La duración de la autorización coincide con la del contrato de trabajo, con el límite máximo de un año, para todos los supuestos salvo el de actividades de temporada o campaña (que cuenta con el límite máximo de nueve meses dentro de un período de doce consecutivos), y no es susceptible de ser renovada, si bien es posible articular las prórrogas que en su caso se prevean en la legislación laboral para la modalidad contractual utilizada (art. 55.3 RDLOEx).

Aquí conviene detenerse nuevamente un momento para señalar que no siempre será factible encontrar un contrato de trabajo que se adapte al ámbito de aplicación de la autorización así definido<sup>63</sup>. Por poner dos ejemplos evidentes: piénsese que, según las normas laborales, las actividades de temporada que se desarrollan dentro del volumen normal de la empresa deben cubrirse con contratos de trabajo fijo discontinuo<sup>64</sup> y no temporales, y que los contratos para obra o servicio determinado prolongan su duración por el tiempo exigido para la realización de aquella<sup>65</sup>, extinguiéndose una vez llevada a cabo la actividad contratada<sup>66</sup> y no cuando se alcanza una duración máxima. Pues bien, si la contratación de un extranjero para realizar actividades de temporada debe en todo caso limitarse a nueve meses, la norma reglamen-

taria estaría creando un nuevo tipo de contrato temporal no previsto por el legislador laboral. Por lo que se refiere a la fijación de una fecha máxima para la duración de un contrato de obra o servicio, en los casos en los que esta última se prolongara más allá de tal tope estaría operando una causa extintiva distinta de las previstas *numerus clausus* en el art. 49 ET.

Estas disfunciones entre el RDLOEx y las normas laborales, abordadas en profundidad en otro estudio de este número, nos sugieren que, sin necesidad de ir más lejos que atender al principio de jerarquía normativa, es claro que el RDLOEx no está habilitado para alterar el régimen laboral de contratación contenido en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Estatuto de los Trabajadores. A partir de esta premisa básica, la única solución parece ser aplicar las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada a los casos en los que la combinación de actividad y duración permitan acudir a una modalidad específica de contrato de trabajo, y en caso contrario, remitirse a las autorizaciones de carácter estable<sup>67</sup>. Por tanto, estas últimas comprenderán, además de las actividades permanentes, también aquellas otras que tengan una duración temporal pero que no puedan articularse por la vía de la autorización de duración determinada, bien por no cumplir el requisito de la naturaleza de la actividad, bien por no ajustarse a la duración máxima exigida en la norma reglamentaria.

Los requisitos para obtener esta autorización son los mismos que los exigidos para una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de carácter estable, más el compromiso del trabajador de regresar a su país de procedencia una vez finalizado el contrato, y la constancia en este último, entre otros

<sup>62</sup> Esta fórmula abierta causa desconcierto; habría sido deseable que se precisara un poco más qué otras obras y servicios se han de considerar igualmente incluidas en el inciso, o bien que se suministrara un criterio claro para poder identificarlas.

<sup>63</sup> Sobre este tema, véase CARDENAL CARRO, M., «Permiso de trabajo y modalidades contractuales», *Aranzadi Social* núm. 6, 2005.

<sup>64</sup> Arts. 12.3 y 15.8 ET.

<sup>65</sup> Art. 2.2 RD 2720/1998, de 18 diciembre.

<sup>66</sup> Art. 49.1.c ET.

<sup>67</sup> Esta viene a ser la conclusión que mantiene CARDENAL CARRO, M., «Permiso de trabajo y modalidades contractuales», *Aranzadi Social* núm. 6, 2005.

datos, de una previsión del salario neto que percibirá el trabajador. A partir de aquí, existen requisitos específicos según el tipo de prestación para la que se solicite la autorización, lo que es lógico teniendo en cuenta la multiplicidad de situaciones distintas que se agrupan bajo esta modalidad. En el caso de las prácticas profesionales y contratos de formación, habrán de cumplirse los requisitos que el ordenamiento español contempla para estos tipos contractuales. Si se trata de una autorización para actividades temporales de altos directivos, deportistas profesionales o artistas en espectáculos públicos, debe contactarse con las licencias administrativas pertinentes para el desarrollo profesional. Por último, en el supuesto de autorización para la realización de actividades de temporada o campaña, o para las obras o servicios determinados, el empresario debe facilitar al trabajador alojamiento adecuado, y organizar los viajes de llegada a España y retorno, asumiendo como mínimo el coste del de llegada y de los traslados entre el puesto de entrada al país y el lugar de alojamiento.

El procedimiento para solicitar y obtener una autorización de residencia y trabajo y por cuenta ajena de duración determinada es el mismo que el de las autorizaciones de carácter estable, si bien con una serie de especialidades que, según el propio RDLOEx, sólo se aplican a los supuestos de actividades de campaña o temporada y las obras o servicios determinados (arts. 55.1 y 57.1 RDLOEx). Sin embargo, más adelante en la norma reglamentaria puede observarse alguna peculiaridad extensible también al resto de los casos (contratación de altos directivos, deportistas profesionales o artistas en espectáculos públicos, y para la formación y realización de prácticas profesionales). Con todo esto, puede trazarse el siguiente paisaje de peculiaridades:

- a) Para todos los supuestos de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada:
  - duración limitada de la autorización, en los términos ya expuestos.
  - Si la autorización es por un tiempo inferior a seis meses, el extranjero, tras su entrada en España, no tiene la obligación de solicitar la tarjeta de de identidad de extranjero.
- b) Para actividades de campaña o temporada, y para obras o servicios determinados:
  - Las ofertas de empleo deberán ponerse a disposición del Servicio Público de Empleo estatal y autonómicos para que puedan ser publicadas durante quince días. De este modo, podrán concurrir a la cobertura de estos puestos los trabajadores que ya se encuentren residiendo en España, y las ofertas que finalmente permanezcan desiertas serán susceptibles de dar lugar a la correspondiente solicitud de autorización de residencia y trabajo de extranjeros (art. 57.2 RDLOEx).
  - La solicitud se presenta por la empresa u organización empresarial con una antelación de tres meses al comienzo de la actividad laboral (art. 57.3 RDLOEx).
  - La resolución adoptada en relación con esta solicitud se traslada a las organizaciones empresariales y sindicales del ámbito provincial, para que aleguen lo que consideren oportuno (art. 57.4 RDLOEx).
  - Concedida la autorización, la autoridad competente hace constar en el contrato firmado por la empresa la diligencia aprobatoria de la autorización de residencia y trabajo, indicando sector de actividad, ámbito territorial y duración autorizados. El contrato se remite nuevamente a la empresa para su firma por el extranjero en la representación española en el país de origen.
  - Si la autorización es por tiempo inferior a seis meses, el trabajador extranjero no

tiene obligación de solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

En el régimen jurídico así diseñado cabe señalar algunas imprecisiones, como por ejemplo, que en la norma reglamentaria parece mantenerse que sólo se procederá a solicitar autorización en el caso de que no se cubra la oferta de trabajo con un trabajador residente en territorio nacional (art. 57.2 y 3 RDLOEx), y, sin embargo, respecto de este último no se exige que sea nacional o esté ya en posesión de una autorización de trabajo vigente, de modo que sería perfectamente posible que en esta primera llamada acudiera a la oferta de trabajo un extranjero residente sin autorización para trabajar, y que tuviera prioridad respecto de extranjeros no residentes en España. Es necesario hacer una lectura sistemática de la norma y considerar que, también en este caso, deberá activarse el procedimiento de solicitud de autorización.

Por otro lado, aunque se trata de autorizaciones no renovables, el art. 55.3 RDLOEx admite su posible prórroga. Pero falta en la norma la regulación del procedimiento a seguir en orden a solicitar y obtener dicha prórroga. Lo único que encontramos es, en el art. 57.8 RDLOEx, una escueta referencia a algún requisito para solicitarla y a su número y duración.

### 3.3. Residencia temporal y trabajo por cuenta propia

La LOEx es especialmente escueta en la regulación de las autorizaciones de trabajo por cuenta propia<sup>68</sup>, relegando a este colectivo a una posición un tanto marginal que depende del desarrollo reglamentario.

<sup>68</sup> Llamán la atención sobre ello, entre otros: CHARRRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Aranzadi, 2000, pág. 106; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 219.

De la lectura del RDLOEx se observa claramente que el procedimiento para la solicitud y obtención de una autorización de residencia temporal por cuenta ajena opera como modelo, debidamente adaptado, para la solicitud por cuenta propia. En dicha medida, los pasos básicos procedimentales son los mismos, y también se reiteran, lógicamente, las lagunas y los extremos poco precisos.

Los arts. 58 a 62 RDLOEx contemplan una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, con una duración de un año, para aquellos extranjeros que residan fuera del territorio español y obtengan el correspondiente visado. A diferencia de lo que ocurre con las autorizaciones por cuenta ajena, en este caso no se prevé la evidente posibilidad de que el extranjero sea ya titular de un derecho de residencia en España.

De modo sintético y esquemático, el procedimiento comprende los siguientes pasos o fases:

1.º) El extranjero no residente que pretende realizar en nuestro país una actividad lucrativa por cuenta propia solicita la autorización en la oficina consular española en su país de origen<sup>69</sup> (art. 59.1 RDLOEx).

2.º) Admitida a trámite la solicitud por la autoridad competente y, en su caso, estimada resolución favorable<sup>70</sup>, ésta se notifica al extranjero (art. 59.7 RDLOEx). Algunos de los requisitos exigidos para la concesión de la autorización (previstos en el art. 37 LOEx y en el art. 58 RDLOEx) coinciden con una parte de los estipulados para la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena; en concreto, se refieren a la persona del extranjero: carecer de antecedentes penales por delitos tipificados en el ordenamiento español, no

<sup>69</sup> La solicitud debe hacerse personalmente por el extranjero, salvo situaciones excepcionales previstas en la Disposición Adicional 3ª LOEx.

<sup>70</sup> Sobre causas para la denegación de la solicitud, véase el art. 61 RDLOEx.

encontrarse en España en situación irregular, y poseer la cualificación o experiencia suficientes en el ejercicio de la actividad profesional, así como la titulación necesaria, debidamente homologada. Adicionalmente, se le exige también su colegiación, si es necesaria para el ejercicio de la actividad profesional. El resto de requisitos aluden a la esta última: han de cumplirse las exigencias que la legislación vigente establece para los nacionales en orden a la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada; debe acreditarse que la inversión prevista para la implantación del proyecto es suficiente, así como su incidencia en la creación de empleo<sup>71</sup>; y, por último, se requiere la «previsión» de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención y alojamiento del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

3.º) En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución favorable, el extranjero debe solicitar el correspondiente visado<sup>72</sup> (art. 59.8, 9 y 10 RDLOEx).

<sup>71</sup> Sobre los requisitos de suficiencia de la inversión y potencial creación de empleo en relación con solicitudes de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia para el desarrollo de la actividad de venta ambulante, puede marcarse un cambio jurisprudencial: originalmente entendida en todo caso como actividad residual sin incidencia favorable en la economía nacional [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 mayo 1997 (RJ 1997, 4069)], desde hace algunos años se mantiene que, si permite al extranjero ganarse la vida y obtener medios para residir en España, puede considerarse una actividad comercial para la que es factible presentar un proyecto permanente y viable de actividad por cuenta propia [SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 junio 1999 (RJ 1999, 6333); de 30 septiembre 1999 (RJ 1999, 7936); de 20 diciembre 2002 (RJ 2003, 1972)]. Sobre esta evolución, véase *TOLOSA TRIBIÑO, C.*, «Problemas actuales en la jurisprudencia en materia de regulación de la situación de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, págs. 146 y sig.

<sup>72</sup> El art. 59.8 RDLOEx exige que la solicitud de visado se acompañe de copia de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, aunque la representación española tiene constancia de la misma, ya que la

4.º) Tras la obtención del visado y en el plazo de vigencia del mismo, el extranjero entra en territorio español, momento en el cual la autorización previamente concedida adquiere eficacia y el extranjero puede ya comenzar su actividad, debiendo producirse su afiliación, alta y cotización en el Régimen pertinente de la Seguridad Social (art. 59.11 RDLOEx).

5.º) En el plazo de un mes desde su entrada en España, el extranjero debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero<sup>73</sup>, procediéndose entonces a controlar que se encuentra afiliado y dado de alta en la Seguridad Social. La falta de afiliación y alta podrá dar lugar a la extinción de la autorización (art. 59.12 RDLOEx).

En paralelo al análisis realizado respecto de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, procede ahora señalar, como cuestión poco clara del régimen jurídico de las autorizaciones por cuenta propia, que tampoco para estas últimas se expresa en la norma legal ni en la reglamentaria un plazo para la presentación de la solicitud, mientras que el incumplimiento de dicho plazo se contempla como causa de inadmisión a trámite de la misma (Disposición Adicional 4.ª LOEx). Por tanto, procede reiterar en este punto el comentario hecho en relación con las autorizaciones por cuenta ajena, sobre la inseguridad jurídica que provoca que se deriven consecuencias negativas para los administrados a raíz del incumplimiento de una obligación no suficientemente precisada.

Respecto de la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, la norma reglamentaria es especialmente escueta, dejando múltiples cuestiones sin resolver. Llama la atención esta parquedad, sobre todo si se compara con el procedimien-

autoridad que resolvió la concesión debió habérsela comunicado por medios telemáticos simultáneamente a la notificación al solicitante (art. 59.7 RDLOEx).

<sup>73</sup> Sobre la misma, véase el art. 105 RDLOEx.

to, mucho más pormenorizado, que se contempla para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Sólo se establece que debe solicitarse por el extranjero durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la autorización inicial, o, sin perjuicio de la sanción que corresponda, durante los tres meses siguientes a dicha fecha (art. 62.2 RDLOEx). Se concederá por un período de dos años -salvo que corresponda una autorización de residencia permanente-, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, así como la continuidad de la actividad que dio lugar a la autorización inicial (art. 62.1 RDLOEx). Nada se dice en el Reglamento sobre las causas de denegación, ni sobre la obligación o no de volver a solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

Nuevamente, en este punto debe destacarse la posibilidad de que la renovación de la autorización incluya un cambio en su modalidad; es decir, pasar de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia a otra por cuenta ajena. Este tránsito es posible si se hubiera suscrito un contrato de trabajo que justifique la nueva actividad laboral del trabajador, constando además el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social de su anterior actividad profesional. La duración de la nueva autorización será la misma que la que hubiera correspondido en el caso de renovación sin cambio de modalidad (art. 99 RDLOEx).

## 4. EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

### 4.1. Origen y evolución

El sistema de contingentes es una vía de acceso al mercado de trabajo para prestar servicios por cuenta ajena que consiste en detectar las necesidades de mano de obra de nuestro país y ofertarlas para su cobertura a

trabajadores extranjeros. Por este mecanismo es posible conjugar, por un lado, el control efectivo de la inmigración en su acceso al mercado laboral, y por otro, la escasez de mano de obra disponible para cubrir determinados puestos de trabajo con perfiles de especialización muy concretos o con condiciones económicas o laborales excesivamente duras<sup>74</sup>.

El marco normativo del sistema de contingentes se contuvo inicialmente en el RD 155/1996, de 2 de febrero, de ejecución de la LO 7/1985, pero, sin embargo, la figura había comenzado a utilizarse antes. El origen del sistema puede encontrarse en una Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991, mediante la que se instaba al Gobierno a organizar la canalización de flujos sobre la base de dos criterios básicos: las necesidades de mano de obra de nuestro país, y la capacidad de absorción de la sociedad española. A raíz de esta Proposición, el Consejo de Ministros acordó por primera vez un contingente de trabajadores extranjeros extracomunitarios en el año 1993<sup>75</sup>, repitiéndose la práctica en 1994<sup>76</sup> y en

<sup>74</sup> CAMÓS VICTORIA, I., «La no consideración del contingente de trabajadores extranjeros como mecanismo único y general de acceso a la autorización (permiso) de trabajo para los extranjeros (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de abril de 2004 [R] 2004, 3382)), *Aranzadi Social* núm. 9, 2004.

<sup>75</sup> Resolución de 14 de junio de 1993, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dictan instrucciones generales sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros para 1993, conjunta de los Directores Generales de Asuntos Consulares, de la Policía, de Política Interior y de Migraciones (BOE de 17 de junio de 1993).

<sup>76</sup> Resolución de 23 de septiembre de 1994, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación de la de 21 de septiembre de 1994, por la que se dictan instrucciones generales sobre determinación de un contingente de autorizaciones para trabajadores extranjeros no comunitarios y el procedimiento para su cobertura conjunta, de los Directores Generales de Asuntos Consulares, de la Poli-

1995<sup>77</sup>, hasta que por fin en 1996 se positivizó esta vía de acceso al mercado laboral español<sup>78</sup>.

cía, de Procesos electorales, extranjería y Asilo y de Migraciones.

<sup>77</sup> Resolución de 9 de junio de 1995, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 1995, por la que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios en el año 1995. (BOE de 14 de junio de 1995).

<sup>78</sup> Desde entonces hasta ahora, véanse los siguientes Acuerdos de contingente: Resolución de 31 de enero de 1997, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de enero de 1997, por el que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios en el año 1997 (BOE de 5 de febrero de 1997); Resolución de 13 de marzo de 1998, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 13 de marzo de 1998 por el que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 1998 (BOE de 14 de marzo de 1998); Resolución de 11 de enero de 1999, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 23 de diciembre de 1998, por el que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros del régimen no comunitario para el año 1999 (BOE de 16 de enero de 1999); Resolución de 11 de enero de 2002 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002 (BOE de 12 de enero de 2002); Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (BOE de 16 de enero de 2003); Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no

En realidad, el citado reglamento plasma básicamente, en su art. 70 («Establecimiento de contingente»), una escueta autorización al gobierno para que estableciera un cupo de trabajadores extranjeros no comunitarios y, en su caso, regulara un procedimiento específico para su gestión. Por su parte, la LO 4/2000, de 11 de enero, elevó el rango normativo del contingente al contemplarlo en su art. 37 y transformó el carácter potestativo de su establecimiento por el gobierno en obligatorio, con periodicidad anual. La reforma operada sobre la citada Ley Orgánica por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, si bien mantuvo esta obligatoriedad, vino a condicionarla expresamente a la situación nacional de empleo y la efectiva necesidad de mano de obra, al tiempo que introdujo, como dato a tener en cuenta en la elaboración del contingente, las propuestas elevadas por las Comunidades Autónomas. Finalmente, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, devolvió al establecimiento del contingente su carácter potestativo<sup>79</sup>, lo orientó preferentemente hacia los países con los que España tiene firmados acuerdos sobre regulación de flujos migratorios<sup>80</sup>, e incorporó como novedad la

comunitario en España para el año 2004 (BOE de 31 de diciembre de 2003); Resolución de 4 de febrero de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de diciembre de 2004, por el que se proroga la vigencia del Acuerdo de 19 de diciembre de 2003, por el que se determinó el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004 (BOE de 5 de febrero de 2005).

<sup>79</sup> Señala MOLINA NAVARRETE, C., «Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004, pág. 148, que este vaivén normativo entre el carácter obligatorio o potestativo del establecimiento del contingente resulta baladí, desde el momento en que, aún siendo obligatorio, el Gobierno siempre habría podido aprobar un «cupos 0» si las necesidades del mercado hubieran estado cubiertas.

<sup>80</sup> Lo que, como ya se dijo, se venía haciendo, sobre todo desde 2002, en virtud de la regulación gubernamental de los contingentes. En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C., «Las reformas en el régimen jurídico-labo-

posibilidad de ofrecer un número de visados para la búsqueda de empleo.

Es un dato comúnmente asumido que el contingente de trabajadores extranjeros, en su concepción inicial y durante muchos años, constituyó un mecanismo encubierto de regularización para el elevado número de extranjeros que se encontraban ya en nuestro país, dado que, a diferencia de lo que ocurre actualmente, no exigía que el trabajador se hallara fuera del territorio español. Esta última restricción se incorporó recién con la promulgación de la LO 8/2000, de 22 de diciembre<sup>81</sup>, y se reforzó con la redacción introducida por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre.

Las valoraciones generales que la doctrina especializada efectúa sobre este cauce para la canalización de la inmigración no son demasiado halagüeñas, en la medida en que el porcentaje de ofertas cubiertas es relativamente reducido. En concreto, se ha calificado directamente como negativo el resultado de los acuerdos de contingente para los años 2002 y 2003<sup>82</sup>, e incluso hay quien extiende la crítica al de 2004<sup>83</sup>. Piénsese que en los citados años,

---

ral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 6, 2004, pág. 148.

<sup>81</sup> Y desde 1993 hasta entonces, se calcula que el 90% de los solicitantes de empleo vía contingente se encontraban ya en territorio español, y en su mayoría en situación irregular [MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., «El contingente de trabajadores extranjeros, balance de una sinuosa experiencia (consideraciones sobre el contingente para el 2003)», *Relaciones Laborales* núm. 1, 2003].

<sup>82</sup> TRINIDAD GARCÍA, M.L. «Modalidades del sistema español para la contratación de extranjeros», en M.L. Trinidad García y J. Martín Martín: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España (Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo)*, Lex Nova, 2005, págs. 179 y sigs.; CAMÓS VICTORIA, I., «El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, págs. 85 y sigs.

<sup>83</sup> CAMÓS VICTORIA, I., «El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situa-

la relación entre puestos estables ofrecidos y extranjeros realmente incorporados el mercado de trabajo en virtud de los mismos demuestra que sólo se ha cubierto aproximadamente un 30% de los primeros; y en buena medida ello ha sido así por el reducido número de solicitudes empresariales, lo que desvela que el procedimiento del contingente se considera demasiado rígido, a pesar de los intentos de simplificarlo y flexibilizarlo de los últimos años.

#### 4.2. Procedimiento de elaboración

Según se establece en el art. 39 LOEx, la aprobación del contingente de trabajadores extranjeros, que será anual, corresponde al gobierno y es potestativa («teniendo en cuenta la situación nacional de empleo») <sup>84</sup>. Eso significa que no todos los años se aprueba un contingente sino sólo cuando se detectan necesidades de mano de obra que no pueden ser cubiertas con nacionales, comunitarios o residentes. Por ello, no lo ha habido en los años en los que se han producido regularizaciones extraordinarias (1996, 2000 y 2001) -y, por tanto, incorporación masiva de extranjeros a situaciones autorizadas de residencia-, salvo en el 2005, cuando tuvo lugar un proceso de «normalización» además de la prórroga del contingente previsto para el año 2004, que no se había agotado.

En la elaboración del contingente participan las distintas Administraciones públicas y organizaciones empresariales y sindicales. El procedimiento, muy resumido, es el siguiente: Las Comunidades Autónomas, sobre la base de las solicitudes de las organizaciones empresariales de ámbito provincial y las con-

---

ción nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, págs. 85 y sigs.

<sup>84</sup> Según indica el art. 39.1 LOEx, «El gobierno podrá aprobar un contingente anual de trabajadores extranjeros teniendo en cuenta la situación nacional de empleo».

sideraciones de las organizaciones sindicales del mismo ámbito, elevan sus propuestas a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración<sup>85</sup>. Teniendo en cuenta estas propuestas, más un informe del Servicio Público de Empleo sobre la situación nacional de empleo, más, por último, un informe del Consejo Superior de Política de Inmigración<sup>86</sup> sobre la situación nacional de empleo e integración social de los inmigrantes, la Secretaría de Estado elabora una propuesta de contingente que, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, se eleva al Gobierno. En su caso, se aprueba en Consejo de Ministros.

### 4.3. Naturaleza jurídica del Acuerdo

La naturaleza jurídica de este Acuerdo ha sido analizada y discutida ampliamente por la doctrina científica, a raíz del que fijó el contingente para el año 2002. En el mismo, sobre la base de considerar que ya se habían tenido en cuenta las necesidades de mano de obra extranjera al establecer el número de puestos de trabajo ofrecidos en el cupo, se canalizó a través de este último la totalidad de autorizaciones que se concederían (salvo para los supuestos en los que no se tiene en cuenta la situación nacional de empleo). Ello supuso la desaparición de la gestión de las ofertas nominativas de empleo y de las solicitudes individualizadas de autorización para trabajar. En las instrucciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre este contingente y el procedimiento para su cobertura, se acogía claramente esta interpretación: si la situación nacional de

empleo se había tenido en cuenta a la hora de elaborar el contingente, ello significaba que para los puestos no incluidos en éste se contaba ya con suficiente mano de obra en territorio español y, por tanto, la situación nacional de empleo impedía conceder autorizaciones individualizadas para su cobertura; y en cuanto a las solicitudes de autorización para puestos que pudieran cubrirse a través del contingente (acordes, pues, con la situación nacional de empleo), habían de inadmitirse a trámite por inadecuación de procedimiento<sup>87</sup>.

En la práctica, mediante esta unificación del sistema de canalización de flujos a través del contingente, se impedía el acceso al mercado de trabajo para los extranjeros residentes en nuestro país, lo que sólo es posible a través del régimen general. Así, las oficinas de extranjeros denegaron sistemáticamente a lo largo del año 2002 todas las solicitudes individualizadas, basándose para ello en la situación nacional de empleo y con independencia de que el solicitante presentara el correspondiente certificado de la oficina de

<sup>85</sup> Previa consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (órgano en el que participan la Administración y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal). Sobre su composición, competencias y régimen de funcionamiento, véase Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio.

<sup>86</sup> Órgano en el que participan las administraciones estatal, autonómica y local (art. 68 LOEx).

<sup>87</sup> Circular 1/2002, de 16 de enero, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones: «Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 2002 y el procedimiento para su cobertura»: En aplicación de lo establecido en el art. 70.1.1.a) del Reglamento, las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado 'régimen general' presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, que no puedan cubrirse a través del contingente 2002 ni a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, podrán ser denegadas durante su vigencia, por considerar que existe suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional capacitados para atender las ofertas de empleo, ya que el Acuerdo del contingente 2002 al fijar el número de trabajadores extranjeros ya ha tenido en cuenta tanto las necesidades de mano de obra expresadas como la situación nacional de empleo (...). Las solicitudes de permisos de trabajo y residencia del denominado régimen general, presentadas a partir del día 14 de enero de 2002, relativas a ofertas de empleo que puedan cubrirse a través del contingente anual o a través del mecanismo previsto para complementar el mismo, serán inadmitidas a trámite por considerar que se presentan según un procedimiento inadecuado.»



empleo para acreditar la inexistencia de mano de obra disponible para cubrir el puesto en cuestión<sup>88</sup>.

Se planteó entonces hasta qué punto no se vulneraba con ello el contenido de la LOEx y su Reglamento de desarrollo, ya que ambas normas contemplan diversas vías de acceso al mercado de trabajo. Por fin, ciertos pronunciamientos judiciales del orden jurisdiccional contencioso declararon nulas y sin efecto las resoluciones de inadmisión a trámite de las solicitudes de autorización para trabajar<sup>89</sup> y consideraron procedente entrar en el examen de las ofertas nominativas de empleo correspondientes al período de vigencia del Acuerdo impugnado, bien por ausencia de contingente asignado para la zona, bien reconsiderando la situación nacional de empleo de acuerdo con el resultado de la gestión de la oferta por los servicios públicos de empleo<sup>90</sup>. En una conocida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana<sup>91</sup>, se razonó que la inadmisión de las ofertas nominativas arrancaba de la regulación introducida por el Acuerdo, apreciando la nulidad de este último en los aspectos controvertidos, y en abril

<sup>88</sup> Así lo indican AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., «El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003, pág. 74.

<sup>89</sup> SJC núm. 2 de Valencia, de 18 noviembre 2002; SJC de Alicante, de 26 noviembre 2002; STSJ Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 julio 2003 (JUR 2003, 219832); SSTSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 febrero 2003 (2) (JUR 2003, 115892 y 115891), de 2 mayo 2003 (JUR 2003, 181698), de 13 junio 2003 (JUR 2003, 190392); SSTSJ Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 febrero 2003 (JUR 2003, 122744), de 21 marzo 2003 (JUR 2003, 137127), de 6 junio 2003 (JUR 2003, 194889).

<sup>90</sup> SSTSJ Castilla y León/Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 30 mayo 2003 (2) (JUR 2003, 153936 y 153938), de 6 junio 2003 (2) (JUR 2003, 146006 y 146005), y de 13 junio 2003 (JUR 2004, 165).

<sup>91</sup> STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 abril de 2003 (RJCA 2003, 718).

de 2004 el Tribunal Supremo acabó dictando al respecto una amplia e ilustrativa sentencia<sup>92</sup>, de sobra conocida y comentada por la doctrina científica, cuyos criterios fundamentales se exponen a continuación.

\* El Acuerdo por el que se aprueba el contingente es un acto administrativo que afecta a una pluralidad indeterminada de personas y que agota sus efectos con la finalización del año para el que está prevista su vigencia. Tiene, al mismo tiempo, un contenido normativo que desarrolla su eficacia en el ámbito de aspectos accesorios de procedimiento cuya concreción es necesaria para la gestión de las solicitudes y ofertas relativas al contingente. Por tanto, los aspectos normativos tienen carácter dependiente y accesorio respecto del contenido esencial del acto y subordinado a las determinaciones del Reglamento, no pudiendo considerarse suficientes por sí mismos para transformar el acto en una disposición general.

\* El Acuerdo, al carecer de naturaleza normativa, no está sujeto al principio de jerarquía normativa, pero esto no impide que deba ser compatible y respetuoso con el Reglamento de desarrollo de la LOEx. Por tanto, no puede modificar las normas comunes de procedimiento más allá del ámbito de la autorización conferida, que es lo que, sin embargo, hizo el Acuerdo de contingente para el año 2002, al asimilar la modalidad general a la modalidad del contingente anual en un único procedimiento que recoge las particularidades propias de ésta última y excluye en la práctica la aplicación de aquélla.

\* Al no ajustarse el Acuerdo a los preceptos reglamentarios pertinentes, incurre en nulidad por infracción del principio de indelegabilidad singular de los reglamentos.

Como conclusión, puede decirse que el diseño legal de acceso de los extranjeros al merca-

<sup>92</sup> STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 6 abril 2004 (RJ 2004, 3382).

do de trabajo español comprende el régimen general y el contingente, como vías complementarias y en ningún caso excluyentes<sup>93</sup>. Por tanto, con independencia de que una de ellas pueda verse potenciada especialmente, no significa que de ahí pueda derivarse la supresión de la otra. Contingente y solicitudes individualizadas son dos sistemas diferentes de acceso al empleo, con distintas finalidades y ámbitos subjetivos, de modo que el reconducir uno al otro supone mezclarlos, saltándose esa diversidad. Así, nótese que los parámetros para la fijación del contingente se orientan a regular los flujos migratorios de entrada, y no reparan en la existencia de trabajadores en situación regular en España, a quienes se dirigen las ofertas nominativas y para quienes se abre la posibilidad de obtener autorizaciones individualizadas de residencia y trabajo<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., «El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003, pág. 73. En este sentido se pronuncia, de modo muy claro, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de julio de 2005 (JUR 2005, 213657): «La coexistencia legal de las dos vías citadas permite en cambio deducir que si ciertamente se podría sostener una presunción de suficiencia ante las provisiones contenidas en el contingente, tal presunción debe poder destruirse mediante prueba en contrario, en base a que la gestión de la oferta presentada ante el servicio público de empleo resulte negativa, ya que éste es el requisito que se exige en el art. 70.1.1.b) del Reglamento de Extranjería. El criterio de la compatibilidad entre ambos sistemas se mantiene por la STS de Justicia de Canarias de 15-7-2001, siendo también el criterio expresado en diversas resoluciones del TSJ de Madrid. En consecuencia, se estima que la compatibilidad entre el procedimiento ordinario y el de contingente resulta de la propia regulación de la legislación de extranjería, que los contempla como sistemas complementarios, de la existencia de colectivos de trabajadores cuyas solicitudes no pueden ser canalizadas a través del contingente, e incluso de supuestos que se sitúan extramuros del concepto de situación nacional de empleo».

<sup>94</sup> CAMÓS VICTORIA, I., «El contingente de trabajadores extranjeros y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 5, 2004, pág. 96.

En fin, los fallos observados en el contingente para el año 2002 se procuraron subsanar en los de los años subsiguientes, corrigiendo la interpretación restrictiva que suprime la posibilidad de obtener autorizaciones fuera del contingente. Así, los Acuerdos para 2003 y 2004 incorporan la expresa referencia a diversas vías de acceso al mercado de trabajo, y configuran al contingente tan sólo como una de las alternativas reglamentariamente previstas<sup>95</sup>.

#### 4.4. Contenido

##### 4.4.1. Principio general de empleo estable

Tradicionalmente, el acuerdo de contingente ha venido dando cobertura a sectores de actividad en los que predomina la actividad estacional (ganadería, agricultura)<sup>96</sup>, incorporando así ofertas de empleo tanto de carácter permanente como de temporada. Y podía hacerlo porque la regulación legal y reglamentaria de la figura no restringía en este sentido

<sup>95</sup> En el Acuerdo de contingente para el año 2003 (BOE de 16 de enero de 2003) se admite que la LOEx y el RDLOEx «establecen la posibilidad de otorgar permisos de trabajo a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni residan aquí, a través de distintos procedimientos, tomando en cuenta las distintas circunstancias de estas personas, las características del trabajo a realizar, la situación nacional de empleo, etcétera. (...) Dentro de esas diversas alternativas que ofrece la normativa vigente, el artículo 39 de la Ley establece la posibilidad de convocatoria de un contingente de trabajadores extranjeros. (...) El mecanismo del contingente puede permitir, previo análisis de la situación nacional de empleo, la contratación de los trabajadores en sus lugares de origen, en términos de legalidad y con todas las garantías, sin perjuicio de que existan otras vías para documentar con permisos de trabajo a los extranjeros residentes legales en España o en el extranjero, o que se hallen en España en los supuestos previstos en el citado Reglamento».

<sup>96</sup> AA.VV. *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, (J. M. CAMPO CABAL, coord.), Civitas, 2001, pág. 286.

el tipo de puestos de trabajo que cabía ofrecer a través del contingente.

Con la aprobación del RDLOEx, la situación ha cambiado: el art. 77 de la norma reglamentaria predica de los empleos incluidos en el contingente una «vocación de estabilidad», y en el art. 78.1 se señala que el acuerdo que apruebe el contingente comprenderá una cifra de ofertas de empleo de carácter estable que puedan ser cubiertas a través de este procedimiento.

De este modo, parece que el vigente Reglamento de desarrollo de la LOEx ha convertido el contingente en una vía para el acceso de extranjeros al mercado de trabajo a puestos de carácter estable. Ha de seguirse en este punto un criterio de interpretación sistemática, y otorgar a los términos «estable» y «de temporada» el mismo significado y contenido jurídico que el propio RDLOEx les confiere, respectivamente, en los arts. 57.1 y 55.2.a), y según lo que en este estudio se razonó respecto de las autorizaciones para trabajo de duración determinada. Sin reiterar aquí los argumentos ya expuestos, puede decirse, en definitiva, que el empleo estable se define por oposición al que cumple simultáneamente con los dos requisitos que marcan el ámbito de aplicación del art. 55 RDLOEx: a) para «actividades de temporada o campaña», «obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico, gas, ferrocarriles y telefónicos, instalaciones y mantenimientos de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros», actividades «de carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, así como otros colectivos», o «para la formación y realización de prácticas profesionales»; y b) con una duración máxima de un año, salvo en el caso de actividades de temporada, para las que se establece una duración máxima de nueve meses dentro de un período de doce. Cualquier prestación que no se ajuste a

las dos exigencias mencionadas (actividad y duración), quedará encuadrada en la noción de empleo estable.

De lo anterior se extrae una conclusión (sin duda polémica) que seguramente resulta contraria al espíritu de los sucesivos acuerdos de contingente: la actual configuración del mencionado precepto reglamentario obliga a considerar incluida en la noción de empleo estable una actividad de temporada que supere la duración de nueve meses, o también cuando forma parte de la actividad normal de la empresa y, por tanto, debe atenderse a través de un contrato de trabajo fijo discontinuo.

Pero volviendo a la necesaria vocación de estabilidad de las ofertas de empleo incluidas en el contingente, nótese que en el art. 78.3 se prevé la posibilidad de que «el Consejo de Ministros que apruebe el contingente, regule, de manera diferenciada respecto de las ofertas estables a las que se refiere, particularidades en el procedimiento de contratación de trabajadores de temporada», lo que supone, al menos en principio, una contradicción con lo que previamente se ha sostenido por la misma norma reglamentaria. Así, por un lado, se afirma la vocación de estabilidad de los empleos ofrecidos en el contingente, y por otro, se admite la regulación, separada pero dentro del mismo acuerdo, de peculiaridades procedimentales para la contratación de temporada (es decir, aquella que tiene una duración máxima de nueve meses dentro de un período de doce). ¿Por qué iba a sugerirse esta última posibilidad si el contingente fuera a contener exclusivamente ofertas de empleo de carácter estable?

Este confuso y contradictorio conjunto de datos parece sugerir que el próximo acuerdo de contingente que se apruebe<sup>97</sup> deberá estar

<sup>97</sup> El último acuerdo de contingente aprobado lo fue antes de la entrada en vigor del vigente RDLOEx, aunque luego se prorrogó durante 2005.

enfocado primordialmente al empleo de carácter estable, incorporando necesariamente una cifra provisional de ofertas de trabajo de este tipo, sin perjuicio de que el gobierno, de modo excepcional, pueda incluir también una previsión de puestos de trabajo de temporada que podrán ser cubiertos mediante el procedimiento establecido en el art. 57 RDLOEx –para autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada– con las peculiaridades que en el propio acuerdo se establezcan específicamente<sup>98</sup>.

#### 4.4.2. *Ofertas de empleo genéricas y nominativas*

El acuerdo del contingente determina el número de ofertas de empleo de carácter estable que se ofrecen para un año natural, así como también para qué actividades u ocupaciones y con qué distribución provincial.

En orden a paliar los desajustes entre las previsiones sobre necesidades de mano de obra y la real situación nacional de empleo, el RDLOEx contempla expresamente, a modo de elemento corrector, la posibilidad de revisar a lo largo del año la cifra de ofertas de empleo incluidas en el cupo, así como también su distribución geográfica. De este modo, la oferta inicial se califica como «provisional», pudiendo adecuarse posteriormente a la evolución del mercado de trabajo español si así se considera necesario (art. 78.4 RDLOEx)<sup>99</sup>.

<sup>98</sup> No obstante, véase lo que se explica en nota a pie de página en el último epígrafe de este estudio, dedicado a lo que parece que será el contenido del contingente para 2006.

<sup>99</sup> La práctica no es novedosa. Obsérvese la variación de cifras en el contingente para el año 1997: Acordada en Consejo de Ministros de 24 de enero la cifra de 15.000 autorizaciones (BOE de 5 de febrero de 1997), por Acuerdo de 7 de noviembre del mismo año se modificó dicho número, ampliándolo a 24.690, motivándolo del siguiente modo: «Del estudio de las ofertas presen-

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 LOEx, las ofertas de empleo, que podrán ser genéricas o nominativas, se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios (Colombia, Ecuador, Marruecos, República Dominicana, Rumanía, Polonia y Bulgaria), sin perjuicio de que se realicen ofertas de empleo nominativas a nacionales de cualquier Estado.

El criterio para materializar el reparto del contingente entre los citados Estados, parece dejarse en manos de los empleadores, ya que si se observan los modelos oficiales para la presentación de ofertas de empleo genéricas, se notará que es el empleador o empresario quien «propone» el país para la contratación. Seguramente, éste sea uno de los múltiples factores que ocasionan la gran desproporción existente entre las nacionalidades de los extranjeros contratados a través del contingente (por ejemplo, los 14.780 rumanos autorizados durante el año 2004, frente a los 230 de Ecuador en el mismo período)<sup>100</sup>. Además de suponer una obligación para el empleador, que debe escoger una nacionalidad sin tener opción a que la misma resulte indiferente, la práctica ya ha empezado a cuestionarse desde el punto de vista del principio de igualdad de trato y no

tadas y de los datos existentes sobre la evolución del mercado de trabajo, se deduce que el número de autorizaciones previsto para 1997 resulta insuficiente si se pretende continuar mediante esta vía con la canalización progresiva de las ofertas de empleo insatisfechas fundamentalmente en el sector del servicio doméstico y en menor medida en el agrícola y ganadero, garantizando sin embargo la preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera residente en España. Asimismo, conviene adecuar el contingente asignado inicialmente por el citado Acuerdo, a la situación actual del mercado laboral derivada del buen momento que atraviesa la economía nacional» (BOE de 15 de noviembre de 1997).

<sup>100</sup> Durante el año 2004, el número de autorizados provenientes de los Estados con los que España tiene firmado acuerdo, fue el siguiente: Colombia, 959; Ecuador, 230; Marruecos, 1060; República Dominicana, 389; Rumanía, 14780; Polonia, 8969; Bulgaria, 883.

discriminación, proponiéndose otros criterios más lógicos y neutros, como por ejemplo distribuir los puestos en proporción al número de solicitudes presentadas en cada país.<sup>101</sup>

#### 4.4.3. Visados para búsqueda de empleo

Según se establece en el art. 39.3 y 4 LOEx, además de las ofertas genéricas y nominativas de trabajo, el contingente podrá incluir un número de «visados para búsqueda de empleo» dirigidos a hijos o nietos de español de origen, o a determinados sectores de actividad u ocupaciones.

Los arts. 39.5 LOEx y 81 a 83 RDLOEx articulan la figura del visado para la búsqueda de empleo como autorización de entrada y estancia en territorio español con la finalidad de buscar trabajo. Esta posibilidad se suele señalar como una novedad introducida por la LOEx en la redacción dada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, si bien, como se verá luego, se trata de una fórmula ya ensayada en los últimos años<sup>102</sup>. Está tomada en sus trazos básicos del ordenamiento italiano —que más tarde la suprimió<sup>103</sup>— e impulsada por la

<sup>101</sup> ÁLVAREZ CUVILLO, A., «La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros», *Revista de Derecho Social* núm. 23, 2003.

<sup>102</sup> Además, el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida había ya intentado introducir una enmienda en la tramitación parlamentaria de la LO 8/2000, orientando el contingente a «permisos de residencia para extranjeros en búsqueda de empleo» (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 12-5, de 18 octubre 2000.

<sup>103</sup> Como explica TRINIDAD GARCÍA, M. L. [«Documentación de los extranjeros», en M. L. TRINIDAD GARCÍA y J. MARTÍN MARTÍN: *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España (Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo)*, Lex Nova, 2005, pág. 60], la Ley 40/1998 recogía el visado para buscar empleo (con duración anual), si bien condicionado a que un italiano o extranjero residente legal en Italia se comprometiera a garantizar al extranjero el alojamiento, manutención y asistencia sanitaria durante el período de vigencia del visado. Finalmente, la Ley 289/2002 suprimió la figu-

Comisión europea, que en su *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política Comunitaria de Migración* plantea considerar la utilidad del visado de entrada para búsqueda de empleo en orden a canalizar la inmigración legal por motivos laborales<sup>104</sup>.

La estancia es de tres meses, durante los cuales el extranjero podrá inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo. Tras el transcurso de dicho plazo, el extranjero que no hubiera encontrado empleo deberá salir de España, y si así no lo hiciera incurrirá en infracción grave (art. 53.a LOEx) merecedora de multa y sin que pueda obtener nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años. A efectos de verificar la efectiva salida de territorio español, el art. 81.2 RDLOEx contempla la obligación del extranjero de presentarse ante los responsables del control fronterizo por el que se efectuase la salida, para que se estampe en su pasaporte un sello de salida, lo que habrá de anotarse en el Registro Central de Extranjeros y será comunicado al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Evidentemente, la compulsión para encontrar empleo en el plazo de tres meses si no se quiere abandonar el territorio o quedar expuesto a las consecuencias de la permanencia en España de modo irregular, hará que

ra, e introdujo en cambio un «título de prelación» que se obtiene mediante la participación en actividades de instrucción y formación profesional en los países de origen.

<sup>104</sup> El Comité Económico y Social, en su *Dictamen sobre la citada Comunicación (2001/C 260/19, DOCE de 17 de septiembre de 2001)*, indica que «la experiencia parece demostrar que la pretensión de que el inmigrante laboral entre sólo si previamente ha obtenido una oferta de empleo conduce inevitablemente a las vías irregulares a buena parte de la inmigración. Ello es debido a que muchos empleadores sólo contratarán a personas a las que han podido entrevistar previamente, y, por tanto, hay muchos empleos a los que sólo se podrá acceder después de que el inmigrante haya traspasado nuestras fronteras. El visado de entrada para búsqueda de empleo es la opción más acertada para solventar este escollo, y debe ser defendida de forma más clara por la Comisión».

muchos extranjeros rebajen sensiblemente sus expectativas en cuanto al empleo al que aspiran, de modo directamente proporcional al transcurso del tiempo de vigencia del visado<sup>105</sup>.

El número de visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen se determina en el correspondiente acuerdo de contingente. Llama la atención la ausencia de reglas sobre estos visados en el RDLOEx, que sólo les dedica un precepto para remitirse a lo que establezca el mencionado acuerdo de contingente respecto de los mecanismos de selección de los destinatarios y las fórmulas de presentación de las solicitudes.

Una de las críticas más reiteradas entre la doctrina especializada respecto de estos visados dirigidos a hijos o nietos de españoles es la inclusión de los mismos en el contingente, ya que aquéllos constituyen uno de los colectivos para cuya contratación no se tiene en cuenta la situación nacional de empleo (art. 40 LOEx). No se comprende porqué se los integra en un sistema de acceso caracterizado, justamente, por su vinculación a una evaluación previa de las necesidades de mano de obra no cubiertas por nacionales o residentes autorizados para trabajar<sup>106</sup>. Si lo que se quería era extender a este grupo las facilidades propias del visado para búsqueda de empleo, lo lógico habría sido contemplar la figura fuera de la regulación del contingente de trabajadores extranjeros.

La otra modalidad de visado para la búsqueda de empleo es la dirigida a determina-

dos sectores de actividad y ámbitos territoriales donde existan puestos de trabajo de difícil cobertura y las circunstancias específicas del mercado laboral concernido (funcional y territorialmente) determinen que los puestos puedan cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema. Su número se establece en el acuerdo del contingente.

La figura resulta especialmente idónea para puestos de trabajo basados en una relación de confianza, lo que desaconseja y desincentiva la contratación «a distancia» a través del contingente (señaladamente, sectores de hostelería y servicio doméstico)<sup>107</sup>. De hecho, los acuerdos de contingente para los años 2003 y 2004 (prorrogado a 2005), preveían, específicamente en el caso de ofertas genéricas para puestos de trabajo estables en el servicio doméstico, la posibilidad de entrada y permanencia durante tres meses al objeto de buscar empleo<sup>108</sup>, lo que demuestra que, al

<sup>107</sup> Tal como indican ROJO TORRECILLA, E., y CAMÓS VICTORIA, I., «La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 8, 2005, págs. 99 y sig., se trata de sectores donde predominan las pequeñas y medianas empresas y los empleadores individuales. El propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la nota hecha pública sobre los principales elementos de reforma del Reglamento de Extranjería, indica que «el contacto directo entre empleador y trabajador es un elemento clave en la decisión de contratar».

<sup>108</sup> Según el punto sexto A.c del Acuerdo de la Resolución de 14 enero 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella, «El visado que se expida a estos trabajadores documentará su permanencia en España durante tres meses si cumplen las condiciones del programa de inserción del Servicio Público de Empleo al que sean asignados. Al efecto, a su llegada deberán inscribirse como demandantes de empleo en el correspondiente Servicio Público de Empleo». Por su parte, el punto sexto 6 de la Resolución de 29 diciembre 2003, de la Sub-

<sup>105</sup> En este sentido, SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

<sup>106</sup> Véanse, por todos, AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., «El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003; VALDUEZA BLANCO, M.D., «Repercusión de la reforma de los derechos socio-laborales de los extranjeros», *Temas Laborales* núm. 73, 2004, pág. 140.

menos como fórmula y con las debidas particularidades, no estamos ante una absoluta novedad.

En la regulación del visado para búsqueda de empleo en actividades determinadas, se observa cierto exceso reglamentista, ya que el RDLOEx lo circunscribe a los nacionales de Estados con los que España tiene firmado un acuerdo regulador de flujos migratorios. No puede darse otra interpretación a la exigencia reglamentaria de que sea, «en cada país, el organismo de selección previsto en el acuerdo de regulación de flujos correspondiente» quien realice la selección de los extranjeros para optar al visado, lo que excluye a otros Estados en los que dicho organismo no esté señalado al no contar con el mencionado acuerdo. Es verdad que la LOEx otorga preferencia a los nacionales de los países con los que tenemos firmado este tipo de acuerdos, pero también lo es que se trata sólo, al menos formalmente, de una preferencia. No resulta excluyente, tal como se deriva de la consideración expresa de que se integren en el contingente ofertas nominativas dirigidas a nacionales de cualquier Estado, con independencia de que exista acuerdo con él o no. Pues bien, el reglamento da un paso más, e indirectamente restringe los visados para la búsqueda de empleo en determinados sectores o actividades con puestos de trabajo de difícil cobertura, exclusivamente a los nacionales de Colombia, Ecuador, Marruecos, República Dominicana, Rumanía, Polonia y

---

secretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004, dispone que «A los efectos de la solicitud de visado, se presentará en la oficina consular la documentación, en su caso de forma agrupada, al objeto de que la autoridad consular resuelva sobre la concesión del visado, que documentará la permanencia en España durante tres meses de los trabajadores. El período de tres meses de búsqueda de empleo empezará a contar desde la fecha en que se efectúe la entrada en España».

Bulgaria, lo que desde luego la LOEx no hace.

Un aspecto no contemplado en el RDLOEx pero de singular importancia es qué sucede durante la vigencia del visado con el alojamiento y sustento de los extranjeros. Se les franquea la entrada sin exigirles los requisitos propios de los visados ordinarios (que se orientan a garantizar la cobertura de estas necesidades), y sin embargo nada se establece sobre los mecanismos para solventar sus requerimientos básicos. Ante este llamativo silencio de la norma, en la práctica se está integrando a los extranjeros en programas subvencionados por el Estado, aunque ello no deja de despertar recelos doctrinales sobre la cuestionable razonabilidad de que se asuma con dinero público este coste<sup>109</sup>.

#### 4.5. Procedimiento de contratación a través del contingente

El sistema de contingentes constituye un mecanismo de acceso al mercado de trabajo español que funciona, en principio y como regla general, a través de la contratación en origen. En este sentido, el art. 39 LOEx es claro al establecer que «sólo tendrán acceso» al contingente de trabajadores extranjeros «aquellos que no se hallen o residan en España». Ahora bien, este requisito precisa de dos matizaciones importantes:

- Ha de cumplirse en el momento de la contratación, de modo que nada impide que el extranjero hubiera permanecido antes en nuestro país<sup>110</sup>. De hecho, en los últimos años se ha venido incorporando en el acuerdo de contingente la

---

<sup>109</sup> SERRANO VILLAMANTA, J.: «El trabajo de los extranjeros: el Derecho sustantivo», *Master de Derecho de Extranjería*, ICADE, 2005.

<sup>110</sup> Así lo advierten AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAEÑA, P., «El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003, pág. 71.

posibilidad de ofertas nominativas para trabajadores que «han sido titulares de un permiso o autorización de trabajo en España y han retornado posteriormente a su país de origen en el que se encuentran»<sup>111</sup>.

- La LO 14/2003, de 20 de noviembre, posibilita que se incluya en el contingente un número determinado de visados para la búsqueda de empleo, lo que introduce una excepción a la regla general de contratación en origen, sustituyéndola por la selección en origen. Así, como se verá más adelante, en el Acuerdo de contingente para el año 2006 (primera vez que se pondrá en práctica esta figura) la regulación de los visados para búsqueda de empleo incorpora un proceso de selección de los trabajadores en sus países de origen en función de las ofertas presentadas por los empleadores en España, y sólo tras superar esta selección el trabajador extranjero podría entrar en nuestro país al objeto de encontrar empleo.

El procedimiento de contratación a través del contingente, para la cobertura de ofertas de empleo genéricas o nominativas, se regula, principalmente, en el propio acuerdo, aunque el RDLOEx establece una serie de pautas esenciales, exclusivamente referidas a la cobertura de ofertas de empleo genéricas:

<sup>111</sup> Esta previsión se encuentra en los Acuerdos de contingente para los años 2003 y 2004 (prorrogado a 2005). Sobre la misma, AGUELO NAVARRO, P. y CHARRO BAENA, P., consideran que es «poco operativa por desconocer la realidad migratoria, pues tratándose de empleos estables –que no de temporada– parece improbable que el retorno voluntario se produzca salvo que se deba bien a que el extranjero ha visto frustrado su proyecto de inmigración, bien que haya alcanzado sus expectativas, y en ambos casos con escasos visos de regresar a España» («El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 2, 2003, pág. 86).

1.º) La solicitud de contratación a través del contingente deberá presentarse por el empresario interesado en contratar, personalmente o representado por organizaciones empresariales (art. 80.2 RDLOEx)<sup>112</sup>.

2.º) La selección del trabajador se llevará a cabo en el país de origen, conforme, en su caso, con el procedimiento previsto en los acuerdos de regulación de flujos migratorios<sup>113</sup>. Los empresarios que así lo soliciten podrán participar del proceso selectivo. Y, según las características del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar, será posible desarrollar cursos de formación en España o en los países de origen para aquellos trabajadores que hubieran sido seleccionados o pre-seleccionados (art. 80.3 y 4 RDLOEx).

3.º) Una vez seleccionado, el extranjero deberá solicitar el visado. En orden a dotar de mayor celeridad al procedimiento, el organismo de selección podrá canalizar la presentación de la solicitud de visado del conjunto de los trabajadores cuya contratación se pretende para el mismo período (art. 80.5 RDLOEx).

4.º) Concedido el visado por la autoridad consular, éste incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, limitada territorial y funcionalmente. La vigencia de la autorización es de un año, contado a partir de la entrada en España, momento en el cual el extranjero puede ya comenzar

<sup>112</sup> Respecto del momento en el que deba presentarse la solicitud, desde el Acuerdo de contingente para el año 2003 se admite, como elemento flexibilizador, que se haga a lo largo de todo el año de vigencia del Acuerdo.

<sup>113</sup> En los Acuerdos de contingente para 2003 y para 2004, se indica que el procedimiento de selección para las ofertas genéricas se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los acuerdos sobre ordenación y regulación de flujos migratorios, lo que parece sugerir que la aplicación del contingente, respecto de estas ofertas, quedaría circunscrita a los países con los que se tiene dichos acuerdos. Se trata de una restricción censurable, en la medida en que no se contempla en la LOEx ni en el RDLOEx.



su actividad así como su afiliación y/o alta en la Seguridad Social (art. 80.6 RDLOEx).

5.º) En el plazo de un mes desde su entrada en España, el trabajador debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero<sup>114</sup> (art. 80.7 RDLOEx).

Nada se dice respecto a las consecuencias de la falta de afiliación y alta o si no se inicia la relación laboral. Seguramente, a falta de previsiones específicas en el acuerdo de contingente, cabrá aplicar en este punto, por analogía, lo establecido para las solicitudes individualizadas de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

En cuanto al procedimiento para la contratación de un extranjero que se encuentre en España con visado para la búsqueda de empleo, el RDLOEx sólo regula el relativo al visado para actividades u ocupaciones determinadas (ya hemos visto que en relación con los hijos y nietos de español de origen, el procedimiento se remite a lo dispuesto en el acuerdo de contingente de cada año). El procedimiento previsto se asemeja, con las necesarias particularidades, al de solicitud de autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena de carácter estable, si bien es más escueto, dejando muchas cuestiones sin precisar.

1.º) El empleador cuya actividad coincida funcional y territorialmente con los términos del visado del extranjero y que pretenda contratarlo, deberá presentar ante el órgano competente un contrato de trabajo-solicitud de autorización, en modelo oficial y firmado por ambas partes, así como la documentación que se exige a los solicitantes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de carácter estable (art. 83.4 RDLOEx).

2.º) En un plazo máximo de diez días, la autoridad competente resolverá sobre la con-

cesión de la solicitud, notificándose al solicitante la resolución «de manera inmediata» (art. 83.5 RDLOEx).

3.º) En el mes siguiente a la notificación de la concesión de la solicitud, debe procederse a la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social. Producido este encuadramiento del trabajador en el sistema, la autorización adquiere vigencia y eficacia, y tiene la consideración de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 83.6 RDLOEx).

4.º) En el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la autorización, el extranjero debe solicitar la tarjeta de identidad de extranjero<sup>115</sup>.

Al igual que ya se señaló con respecto al procedimiento para la contratación a través de las ofertas genéricas del contingente, la parquedad reglamentaria deja sin resolver numerosas cuestiones, tales como las consecuencias de la falta de afiliación y alta o qué sucede en el caso de que no se inicie la relación laboral. En caso de ausencia de soluciones contenidas en el acuerdo de contingente, cabe pensar en suplir las lagunas con lo dispuesto para las solicitudes individualizadas de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

#### 4.6. El acuerdo de contingente para 2006

En la fecha de cierre del presente estudio se encuentra ya aprobado el contingente para el año 2006<sup>116</sup>, si bien aún no ha sido publicado. No obstante, en notas informativas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se destacan sus aspectos más importantes y llamativos y aquí se exponen, con las debidas cautelas:

<sup>115</sup> Sobre la misma, véase el art. 105 RDLOEx.

<sup>116</sup> Aprobado en Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2005.

<sup>114</sup> Sobre la misma, véase el art. 105 RDLOEx.

\* Se contempla una cifra provisional de 16.878 empleos estables<sup>117</sup>.

\* Se establece el compromiso de agilizar la tramitación de las solicitudes empresariales, de modo que en el plazo máximo de un mes puedan contar ya con los trabajadores.

\* Se incorporan visados para la búsqueda de empleo, tanto los dirigidos a hijos y nietos de español de origen como los limitados a determinados sectores de actividad y ocupaciones. A tal efecto, se procederá a la selección de los trabajadores en los países de origen, tras estudiar las ofertas de los empresarios en España. Posteriormente, una vez que los seleccionados lleguen a territorio español y se inscriban en el Servicio Público de Empleo, participarán en un programa de intermediación con el objetivo de conseguir su inserción laboral.

Habrá que esperar a que se publique el texto del Acuerdo para saber qué sucede respecto de los trabajadores de temporada, puesto que las notas oficiosas que circulan resultan bastante contradictorias y confusas al respecto<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> En el contingente para 2004 (prorrogado para 2005), se previeron 10.908 puestos estables.

<sup>118</sup> En la nota publicada en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (<http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200512/INM20051223.htm>), se indica que el Acuerdo contempla, como procedimiento aparte, especificaciones para la tramitación de contratos de temporada. Por el contrario, el documento publicado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con membrete de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ([http://www.icam.es/docs/ficheros/200505250002\\_6\\_41.doc](http://www.icam.es/docs/ficheros/200505250002_6_41.doc)), mantiene que «las ofertas de empleo de carácter temporal, cuyo procedimiento de tramitación será el mismo que el previsto para las de carácter estable, podrán formularse para atender actividades de temporada o campaña, con una duración máxima de nueve meses dentro de un período de doce meses consecutivos; o de obra o servicio, cuando su duración prevista no exceda de un año, para el montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de suministro eléctrico y gas, entre otras actividades». Según esta

En definitiva, hasta ahora el sistema del contingente no ha cumplido las expectativas, fundamentalmente porque, a pesar de los elementos flexibilizadores que poco a poco han ido integrándose en su régimen jurídico, no se consideran suficientes para neutralizar su excesiva burocratización y rigidez. Según los datos de que disponemos, parece que para el año 2006 se continúa en la línea de agilizar los trámites y procedimientos anudados al contingente, aunque sólo una vez publicado el texto íntegro estaremos en condiciones de analizar hasta qué punto ello contribuye a que esta vía de acceso al mercado de trabajo cumpla una función primordial y efectiva en la planificación de la política de inmigración, a la que sin duda está llamado.

segunda versión, parece que no habrá particularidades procedimentales para los trabajos de temporada, y que el contingente incluirá la posibilidad de contratar trabajadores no ya sólo para actividades estables o de temporada, sino también para otros servicios de duración determinada. Si ello es finalmente así, habría que plantearse hasta qué punto esta opción se corresponde con lo previsto en el art. 78 RDLOEx respecto del contenido que ha de tener el contingente.

**RESUMEN** Se analizan las diversas vías de acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo, centrandó la atención en el contingente de trabajadores extranjeros y en los mecanismos denominados «ordinarios» o de Régimen General. La óptica del estudio huye de la tradicional exposición pormenorizada de regímenes jurídicos, para detenerse sobre todo en aquellos puntos especialmente conflictivos o no resueltos, así como en la reflexión general y particular sobre determinados aspectos del Sistema.

Como marco imprescindible para comprender la dinámica y espíritu de los regímenes de acceso al mercado de trabajo español, se aborda primero una caracterización general de los mismos en su conjunto, al hilo de la cual se identifican los principios informadores de la política de inmigración laboral, que son la consideración de la situación nacional de empleo en el caso del trabajo por cuenta ajena, la contratación en origen y la orientación preferente de las ofertas de empleo hacia los Estados con los que se ha firmado Acuerdo de regulación y ordenación de flujos migratorios. Seguidamente, se examina la relación de complementariedad que existe entre el régimen general de autorizaciones y el sistema de contingente de trabajadores extranjeros.

Pasando ya al estudio del régimen general de autorizaciones temporales de residencia y trabajo, se acoge la distinción propuesta por el vigente Reglamento de extranjería según que se trate de autorizaciones para trabajo por cuenta ajena de carácter estable u ordinarias, o bien para trabajos de duración determinada, si bien introduciendo una reflexión sobre el tipo de actividades que se incluyen en el ámbito de aplicación de cada una. Se apuntan y comentan los extremos poco claros o imprecisos de su régimen jurídico, al igual que se hace, posteriormente, en relación con las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia.

A continuación, se examina el sistema de contingentes, repasando su origen y evolución, los procedimientos establecidos para su elaboración y para la contratación a través del mismo, y la naturaleza jurídica del Acuerdo por el que se aprueba. Las cuestiones más interesantes a día de hoy tienen que ver con su contenido, y en tal sentido se analizan, entre otros temas, la incidencia del principio general de empleo estable que lo preside, así como la configuración jurídica de los visados para búsqueda de empleo que es posible que prevea. Se cierra el estudio con un avance de los puntos esenciales del Acuerdo de contingente para el año 2006.