

LA INMIGRACIÓN Y EL DERECHO DEL TRABAJO*

Immigration and labor law

María Valvanuz Peña García**

Recibido: 30 de noviembre de 2016
 Aprobado: 15 de diciembre de 2016

Para citar este artículo / To cite this article

Peña, G., María, V. (2017) Inmigración y derecho del trabajo. Revista Alma Mater, 13 (1), pp. Xx- xx.

Resumen

Uno de los fenómenos del siglo XXI y gran protagonista del siglo XX, han sido los movimientos migratorios, sobre todo en Europa, y con gran repercusión en nuestro país. Las cuestiones que plantea este fenómeno, son complejas y multidisciplinarias, afectan a ámbitos tan variados, como la sanidad, la educación, la justicia, la demografía, la sociología, y como no y muy especialmente al derecho del trabajo y la seguridad social. Los problemas que plantea este fenómeno y la solución a la prestación de trabajo, del inmigrante que acude a nuestro país, es el objeto de este estudio.

Con un breve análisis jurisprudencial y a la vista de las últimas aportaciones doctrinales a la materia, se examina la situación jurídica del trabajador extranjero, que tras inmigrar, decide quedarse en nuestro país a trabajar.

Palabras Clave

Inmigración, relación de trabajo, regular, irregular

Abstract

One of the phenomena of the XXI century and great protagonist of the twentieth century, have been the migratory movements, especially in Europe, and with great repercussion in our country. The issues raised by this phenomenon are complex and multidisciplinary, affecting such varied areas as health, education, justice, demography, sociology, and of course, and especially labor law and social security. The problems posed by this phenomenon and the solution to the provision of work, of the immigrant who comes to our country, is the object of this study.

With a brief jurisprudential analysis and in view of the latest doctrinal contributions to the subject, we examine the legal situation of the foreign worker, who after immigrating, decides to stay in our country to work.

Key Words

Immigration, employment relationship, regular, irregular

* Trabajo clasificado como artículo de reflexión. Desarrollado en el marco de la investigación del V Congreso Iberoamericano y Europeo. España.

** Diplomada en criminología por la Universidad Complutense de Madrid y licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Diplomada en Estudios Avanzados, por la Universidad "Rey Juan Carlos", en la especialidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Doctoranda en derecho. Su actividad profesional la desempeña como Juez suplente de los Juzgados de lo Social de Madrid desde 1996. Asimismo, es Profesora Asociada del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de la Universidad Complutense de Madrid, desde el año 2008. Correo electrónico: mariaval@der.ucm.es

INTRODUCCIÓN

Para comenzar introduciendo el tema a tratar, deben aclararse algunos conceptos básicos.

Migración, es el traslado o desplazamiento de la población de una región a otra o de un país a otro, con el consiguiente cambio de residencia. La migración, puede ser interna, dentro de un mismo país, o bien, externa, de un país a otro.

La inmigración, está formada por la población que ingresa a un país o territorio en el que no ha nacido, y la emigración, está formada por la población que abandona una zona o país y va a vivir a otra. Por ello, los migrantes, se llaman inmigrantes por los ciudadanos residentes del país o región que los acoge, y emigrantes por los naturales del país que se abandona; todo migrante es, por tanto, inmigrante y emigrante a la vez.

Los movimientos migratorios, dan lugar, al fenómeno, ya indicado de la inmigración, y estos inmigrantes, cuando llegan a su nuevo lugar de residencia, deben encontrar un trabajo, para tener un medio de vida, siendo el objetivo de encontrar el mismo, una de las causas de abandonar el lugar de residencia: la búsqueda de un trabajo mejor.

La vertiente laboral de la inmigración, es la que trataremos en este trabajo, siendo, este solo uno de los perfiles del fenómeno, que tiene una vertiente multidisciplinar.

1. EL MOVIMIENTO MIGRATORIO EN ESPAÑA

En nuestro país, nos encontramos con un nuevo escenario en materia migratoria, ya que la emigración de la ciudadanía autóctona, ha aumentado, cuando la tendencia era la contraria, ya que éramos un país acogedor de inmigrantes. Hemos pasado ser un país generador de emigración, a ser un país receptor de flujo migratorio.

El nivel de entrada de inmigrantes¹, se desenvuelve dentro de un contexto de globalización, el cual, es inevitable, junto con la salida de jóvenes españoles, que se ven obligados a buscar una oportunidad laboral en el extranjero.

En los próximos años, previsiblemente, tendremos que volver a adaptar nuestras políticas migratorias, que se han centrado, en la impermeabilidad de las fronteras y en los mecanismos de expulsión², ya que es previsible, que nuestra situación económica mejore y ello provoque un nuevo crecimiento económico, y se necesite mano de obra, que no será cubierto por la población nacional.

Esta entrada, en España, se puede llevar a cabo de forma ilegal, la cual, puede producirse, de distintas formas, o bien, mediante pateras o cayucos, o asalto a fronteras, que es la forma habitual de entrada de la inmigración subsahariana, que suele permanecer varios meses en el norte de Marruecos, esperando la oportunidad de entrar en España de forma ilegal.

Son personas que carecen de dinero, y que no puede permitirse el pago a una mafia para entrar en nuestro país. Para esta entrada, solo tienen dos vías, o bien, cruzar las vallas que cierran las fronteras de Ceuta y Melilla, o bien el recurso a la fuerza. O bien, otro método de entrada, son las mafias, dedicadas al tráfico de personas³, más que "mafia"; cabría hablar de personas que hacen negocio pasando las fronteras a personas a las que luego conectan con otras.

¹ Según cifras de población a 1 de enero de 2017, del Instituto Nacional de Estadística, de fecha 29 de junio de 2017, las estadísticas de migración de 2016, en España, registraron un saldo migratorio positivo de 89.126 personas. La inmigración aumento un 21,9% y la emigración descendió un 4,6% respecto del año anterior. En el caso de los españoles, el saldo migratorio fue de -23.540 personas, menos negativo que en 2015, que fe de -42.536 personas.

² MATEOS, O. ¿Qué modelo de trabajo tenemos y que podemos esperar?, Cuadernos "Cristianismo y Justicia", Marzo 2016, "El trabajo presente y futuro".

³ LAMA GA RCIA, F.J. "Inmigración, trabajo y formación", II Ponencia en el IV Congreso de formación para el Trabajo, Zaragoza, 9-11 noviembre 2005

Sin embargo, estos métodos de entrada, no son los únicos. La gran mayoría de los inmigrantes que entran en España, lo hacen a través de los aeropuertos, o por las fronteras terrestres con visados turísticos. Este es el supuesto de quienes vienen de América Latina y de los países del Este de Europa, que, en total, representan más de las tres cuartas partes de los inmigrantes. La gran mayoría de los inmigrantes entran en España a través de los aeropuertos o por las fronteras. Pero hay también otras fórmulas, como la de la reagrupación familiar. Una vez aquí hay también quienes buscan otros medios para lograr la residencia. Es el caso de los matrimonios mixtos entre nacionales y extranjeros, algunos de los cuales cabría catalogar de conveniencia.

Esta inmigración irregular, tiene otra cara, la del empresario que aprovecha esta situación de irregularidad, para tener mano de obra, en unas condiciones de semi-esclavitud, y que aumentan las cifras de la economía sumergida.

Por último, también existe la inmigración regular, la de aquellas personas, que solicitan estudiar, residir y trabajar en nuestro país, y que cumplen los trámites que indica la legislación vigente en cada momento.

2. EL TRABAJO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO

Como hemos indicado, la finalidad de los movimientos migratorios, es la búsqueda de un trabajo mejor, en la mayoría de los casos. Pero no es la única motivación de la migración, también existen otras, como puede ser una inmigración por parte de estudiantes, o por motivos de asilo o refugio, por causas políticas o por reagrupación familiar. Sin embargo, la búsqueda de unas condiciones de vida digna, suele ser la principal causa de estos movimientos. Una vez, que el inmigrante está en España, tras su llegada, regular o irregular a nuestro territorio examinaremos como es su situación.

El inmigrante, es un extranjero, que, normalmente, como hemos dicho, busca trabajo.

Para las leyes españolas, extranjero, es el que carece de nacionalidad española⁴, la cual se adquiere conforme a lo previsto en el artículo 11 de la CE y en el artículo 17 del Código Civil. Por tanto, es extranjero, tanto el que tiene otra nacionalidad, como el que carece de ella (apartida).

Para el derecho laboral, es extranjero toda persona física, que, en tales circunstancias, trate de ejercer o ejerza en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena. Es decir, es una persona en la que confluyen tres circunstancias: a) No tiene nacionalidad española; 2) Ejerce una actividad laboral, o al menos, la busca; 3) Realiza la actividad laboral en territorio español.

La legislación española⁵, exige que el trabajador extranjero en España, cuente con la autorización de entrada, estancia y trabajo. Pero es necesario distinguir cuatro grupos de trabajadores:

a) Trabajadores comunitarios, que, en sentido estricto, no son trabajadores extranjeros, ya que, aunque no tienen nacionalidad española, son de países comunitarios, que no se rigen por las normas sobre trabajo de extranjeros, sino por las normas de la Unión Europea, sobre libre circulación y las correspondientes normas nacionales de transposición y aplicación (RD 240/2007, de 16 de febrero, en ese supuesto de España). La legislación española, en este caso, solo se les aplica, en lo que pudiera serles más favorable (art. 1.3 de la LO Ex y artículo único del Rex).

4 Art. 1.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

5 La legislación fundamental en esta materia, es la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aplica el Reglamento de la Lo 4/2000

La Unión Europea, se asienta sobre el principio de libre circulación, y el Derecho Comunitario les garantiza la igualdad de derechos y, en particular, el acceso al empleo en iguales condiciones que a los trabajadores españoles.

El procedimiento de contratación, no difiere del procedimiento de contratación de un trabajador nacional.

b) Trabajador asimilado a comunitarios, estos son aquellos, que proceden de “terceros países”, pero a los que se aplica el principio de libre circulación, en virtud de la existencia de algún acuerdo con la Unión Europea, tales como trabajadores de la Confederación Suiza o bien, trabajadores de países con los que se ha suscrito el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁶.

c) Trabajadores no comunitarios, pero en situación de desplazamiento temporal a España por decisión de una empresa establecida en un país miembro de la Unión Europea. Tales trabajadores no tienen derecho de libre circulación, pero si el derecho a la libre prestación de servicios que tiene su empresa en el ámbito comunitario (arts. 56 y siguientes del Tratado Fundacional de la Unión Europea).

d) Trabajadores extracomunitarios o de “terceros países”, que son los trabajadores extranjeros, en el sentido más estricto, y de donde provienen la mayoría de los trabajadores que emigran a nuestro país⁷. Estos trabajadores, son los que tienen más restricciones, y requieren autorización de entrada, de estancia o residencia y autorización de trabajo, y que la mayoría provienen de la inmigración, tanto regular o legal, como irregular o ilegal. Son un colectivo muy heterogéneo, con distintos requisitos. Cuando se quiera contratar a un trabajador extracomunitario, el empleador debe dirigirse a la Oficina de Extranjeros, dependiente de la Delegación de Gobierno de cada Comunidad Autónoma, e iniciar una solicitud nominativa del trabajador a contratar, indicando el empleo, sector, país, etc.

Las vías para llevar a cabo la contratación de extranjeros, extracomunitarios, son: - El catálogo de ocupaciones de difícil cobertura; - El contingente.

D.1) - El Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. El catálogo de ocupaciones de difícil cobertura contiene las ocupaciones en las que el Servicio Público de Empleo de cada Comunidad Autónoma ha encontrado dificultad para gestionar las ofertas de empleo, que los empleadores presentan cuando quieren cubrir puestos de trabajo vacantes. La presencia de una ocupación en el catálogo implica para el empleador la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar a un trabajador extranjero.

Este catálogo tiene carácter trimestral, y su vigencia es desde el primer hasta el último día laborable del trimestre natural siguiente al de su publicación.

6 Los países que en la actualidad pertenecen a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) son Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein. La mayoría de sus primitivos componentes, abandonaron la misma, para pasar a formar parte de la Unión Europea.

7 Según el Instituto Nacional de Estadística (INE) en 1998 hay 39,8 millones de personas empadronadas, pero solo el 1,6% tiene nacionalidad diferente a la española. A partir del año 2000, al amparo del crecimiento económico, el número de inmigrantes que vive en España adquiere otra magnitud y en 2011 alcanza un récord histórico: el INE contabiliza 5,7 millones de extranjeros empadronados, equivalentes al 12,19% de la población y casi 10 veces más que en 1998. La fuerte crisis económica que comenzó en 2008, supone, un importante desincentivo para seguir viviendo en el país. El número de extranjeros empadronados empieza a disminuir, entre otras causas, porque los ciudadanos expatriados comienzan a sentir los efectos de la crisis, en una economía en cambio, con unas altas cifras de paro. En cinco años, el padrón pierde un millón de inmigrantes: en 2016 la estadística refleja 4,6 millones de extranjeros viviendo en el país. Según fuentes del INE, en 1998, entre las diez nacionalidades con más presencia en España, están, los marroquíes, británicos, alemanes, portugueses, franceses, peruanos, argentinos, italianos, dominicanos y holandeses. Años más tarde, colombianos y ecuatorianos son los países con mayor número de inmigrantes en España, seguidos por los bolivianos. Los rumanos empiezan llegar a España de forma masiva, en 2001, hasta transformarse en la comunidad extranjera con más empadronados de España entre 2008 y 2015; los chinos, por su parte, empiezan a aumentar su llegada a España, según las estadísticas del INE a partir de 2009. En 2016 son la cuarta nacionalidad con más presencia en el país, según los últimos datos.

En el caso de que la ocupación no esté incluida en el catálogo, el empleador deberá presentar, junto con la solicitud de una oferta de empleo, un certificado, expedido por Servicio Público de Empleo de la Comunidad autónoma respectiva en el que se especifique dicha circunstancia. D.2) *El contingente*. El contingente permitirá la contratación programada de trabajadores que no están ni residen en España, llamados a desempeñar empleos con vocación de estabilidad y que serán seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios.

Por acuerdo del Consejo de Ministros establecerá las ofertas nominativas posibles. Este sistema solo se encuentra previsto para la contratación de trabajadores de países con los que España ha suscrito un acuerdo de flujos migratorios. El Contingente se fija de forma anual. Se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

3. EL TRABAJO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN SITUACIÓN REGULAR

Para que el extranjero tenga una situación regular en España, necesita dos requisitos:- Debe acceder al territorio español por los puestos habilitados al efecto para ello⁸, y -Debe de estar en posesión de un visado, art. 7 Rex (aparte de documentación, como pasaporte o documento de viaje -artículo 6 Rex-; justificación del objeto y condiciones de la estancia -art. 8 Rex-; acreditación de medios económicos suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o de estar en condiciones de obtenerlos legalmente -art.9 Rex-; certificados médicos pertinentes, en su caso, -art. 10 Rex-; no suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales).

El visado, puede ser de distintos tipos, así tenemos:

- Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o atravesar el territorio nacional, (art.25 y ss. Rex);
- Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un periodo o suma de periodos hasta una total de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada (art. 29 y ss. Rex);
- Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, intercambio de alumnos o practicas no laborales. También para trabajos de voluntariado no remunerados (art. 37 y ss. Rex);
- Visado de investigación, que habilita para realizar en España proyectos de investigación en el marco de un "convenio de acogida" firmado con un organismo de investigación (art. 80 Rex);
- Visado de residencia y trabajo, que habilita para la entrada y estancia por un periodo máximo de tres meses y para ejercer en ese tiempo la actividad laboral o profesional para la que previamente hubiera sido autorizado el extranjero, condicionado todo ello al alta en la seguridad social 8arts. 70, 91 ,108 y 114 Rex);
- Visado de residencia y trabajo de temporada, que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un periodo de doce meses consecutivos (art. 101 Rex).

4. EL TRABAJO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR

Ahora bien, que ocurre, cuando el trabajador extranjero, inmigrante, no está en situación regular, es decir, cuando no está en posesión de los requisitos anteriormente expuestos. Las

⁸ Salvo en los supuestos excepcionales, que se recogen en los artículos 25 de la LO Ex y arts. 1 y ss. del Rex.

cuestiones que se plantean son diversas y afectan a distintos aspectos de la relación laboral, siendo las más importantes, la validez de la relación contractual y la situación que se produce en caso de accidente de trabajo.

Así, en primer lugar, y en cuanto a la validez del contrato de trabajo, indicar, que según el actual artículo 36.5 de la LO Ex, la carencia de la correspondiente autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas, aquellas, en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo, respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras personas que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. Podrá exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido (ex. Art. 9.2 ET). No podrá, eso sí, obtener prestaciones por desempleo, y el reconocimiento en su caso, de una prestación, no modifica la situación administrativa del trabajador sin permiso⁹.

Este nuevo criterio, es "coincidente con la realidad social y la finalidad de la norma, y permite concluir que el legislador ha pretendido lograr la protección del trabajador extranjero perjudicado por la realidad social, como demuestra la continua utilización de contrataciones irregulares que aprovechan la situación de falta de regularización para eludir las obligaciones inherentes al contrato de trabajo. Se aseguran así los derechos laborales del trabajador, y junto a las responsabilidades penales y administrativas ya existentes en la normativa anterior, se añaden ahora las de carácter laboral". (STSJ Cataluña de 14 de mayo de 2002).

La interpretación indicada, responde a una efectiva tutela del trabajador. Al ser el empresario la única persona que puede solicitar la autorización para el trabajo del extranjero, este incumplimiento, precisamente, no puede suponer una ventaja para el empleador incumplidor. El contrato, por tanto, es válido, y produce efectos, aunque estos no sean todos los que habitualmente conlleva un contrato de trabajo, ya que ni va a poder reclamar su ocupación efectiva, ni la readmisión¹⁰,

Es un tema, sobre el que hay escasa jurisprudencia, lo cual es obvio, raro es el trabajador extranjero, en situación irregular, que emprende una acción judicial frente al empresario, arriesgándose, quizá a una expulsión de territorio español, o a la pérdida de su única fuente de ingresos.

La reciente STS de 16 de noviembre de 2016, aborda este tema, que ha sido tratado en otras resoluciones del Alto tribunal. La sentencia citada indica " Tras la entrada en vigor de la LO 4/2000, de 11 de diciembre sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la Sala pasó a tener en cuenta la especial relevancia de su art. 36.5 , según el cual «la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles en su situación (...)»». El precepto se mantuvo en la LO 8/2000 y sigue estando vigente en los mismos términos tras la LO 2/2009, de 11 de diciembre". Con esta línea jurisprudencial, se alcanza la máxima protección al trabajador de todos sus derechos laborales a la vez, que exige mayor responsabilidad al empleador.

⁹ Esta regulación de la Lo ex, viene a sustituir la interpretación del artículo 15.1 de la LO 7/1985, de 1 de julio, según la cual el vínculo laboral celebrado por extranjero sin autorización administrativa, se calificaba de "nulo", en aplicación de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, sin perjuicio, de la posibilidad de reclamar el trabajador, los salarios obtenidos por su prestación de trabajo, conforme al artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰ FERNANDEZ FERNANDEZ, R. "La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular: criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos" Revista Aranzadi Unión europea 2/2017. Editorial Aranzadi, SAU, Pamplona, 2017.

La protección, es importante respecto, en primer lugar, el impago de salarios. Es meridiano que el trabajador extranjero, sea cual sea su situación, puede y debe percibir todas las partidas salariales, (y las de naturaleza extrasalarial, también), en los mismos términos que el trabajador nacional o el extranjero en situación regular. Asimismo, podrá, en caso de insolvencia dirigirse al organismo autónomo de garantía salarial, en consonancia con lo establecido en el Convenio 173 de la OIT y está cubierto por este organismo de garantía, ya que la protección del artículo 33.1 del ET, no puede excluirse¹¹.

En segundo lugar y respecto a la extinción del contrato de trabajo, lógicamente, el trabajador, puede reclamar frente a ella, sea cual sea la situación en la que se encuentre¹².

Dos problemas pueden plantearse, que son resueltos por la STS de 16 de noviembre de 2016, ya que puede ser que la extinción se plantee, por que el trabajador no tenía autorización para trabajar y, aun así, comenzó a prestar servicios por cuenta ajena o bien porque a lo largo de la vida laboral, por alguna circunstancia, perdió, la autorización para el trabajo.

Las soluciones que ha planteado la doctrina, han sido dos: 1) O bien, utilizar la vía del artículo 49.1b) de ET, siendo una extinción, por la causa válidamente consignada en el contrato, es decir, sino se tiene permiso o este se pierde, se puede resolver el contrato, venga esta posibilidad recogida en el contrato o no; 2) la otra solución es utilizar la causa recogida en el artículo 52 c) del ET "por ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa", cuestión, que era controvertida doctrinal y jurisprudencialmente, pero que la citada STS de 16 de noviembre de 2016, ha venido a solventar, y así, dispone: "En la STS de 9 de junio de 2003, (rcud 4217/02), afirmábamos - si bien para el caso de la determinación de responsabilidad por accidente de trabajo- que «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo, y, siendo ello así, no puede privarse al trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo».

En congruencia, en nuestras STS/4ª de 29 septiembre 2003 (rcud. 3003/2002), 21 junio 2011 (rcud. 3428/2010) y 17 septiembre 2013 (rcud. 2398/2012) sostuvimos que es obligado concluir que la misma ley salva la sanción de nulidad del contrato proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado. El debate que ahora suscitan tanto la sentencia recurrida, como la de contraste es el de las consecuencias de la extinción contractual ocasionada por la circunstancia de que el trabajador pierda - por falta de renovación- la necesaria autorización para trabajar. La sentencia recurrida entiende que este hecho no puede llevar aparejada aquella extinción porque el contrato de trabajo no estaba sometido de modo expreso a esa condición resolutoria que, no obstante, invoca la empresa con amparo en el art. 49.1 b) ET. Concluye así con la afirmación de que la extinción del contrato ha de ser tratada como un despido improcedente, si bien, dada la imposibilidad de readmisión ante la situación irregular en la que se encuentra la actora, impone directamente la condena a la empresa al abono de la indemnización.

Este aspecto relacionado con las consecuencias del fin del contrato de trabajo por sobrevenir la circunstancia de que el trabajador extranjero deje de estar autorizado para trabajar en España subyacía también en las STS/4ª de 21 junio 2011 y 17 septiembre 2013, antes mencionadas. Ambas tenían como base una situación de esas características - carencia absoluta del permiso en el primer caso y no renovación en el segundo-. La respuesta que dimos entonces fue la de reconocer a los demandantes el derecho a la indemnización por despido improcedente (más los salarios de tramitación entonces procedentes en virtud de la legislación aplicable).

En ninguno de aquellos dos supuestos se explicita cuál sería la causa legal de extinción, de entre las que ofrece el listado del art. 49ET. No existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación

¹¹ En este sentido, SSTSJ Cantabria de 4 de octubre de 2006, 5 de diciembre de 2007, Cataluña, 10 de julio de 2002 y 8 de noviembre de 2013 y 15 de mayo de 2015

¹² Apoyando este planteamiento, SSTS 29 de septiembre de 2003, 21 de junio de 2011, y 17 de septiembre de 2013, entre otras.

de la causa objetiva del apartado a) del art. 52ET. Pero, en todo caso, es lo cierto que la fijación de las consecuencias económicas del cese como si se tratara de un despido improcedente, que en ambas sentencias se hace, excluye subsumir este tipo de situaciones en una causa extintiva previamente aceptada en el contrato y, por ende, huérfana de compensación para el trabajador. La solución alcanzada en las sentencias que mencionamos pasa por entender que, efectivamente, la pérdida del permiso justificaría la extinción del contrato de trabajo, más el extranjero sin la pertinente autorización no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley.

La utilización del apartado b) del art. 49.1ET para poner fin al contrato no resulta ajustada a derecho. En el caso concreto, bastaría con poner de relieve la nula mención al respecto en el contrato de trabajo tanto de la trabajadora demandante (tampoco aparecía esa expresión en el supuesto de la sentencia de contraste). Pero hemos de ir más allá en nuestras consideraciones pues, en todo caso no sería admisible que las partes del contrato previeran como causa válida de extinción del mismo el acaecimiento sobrevenido de una circunstancia atinente a la propia capacidad negocial de la parte trabajadora, la cual puede encajar en el apartado l) del mencionado art. 49ET y, en suma, guarda visos de completa similitud con las que se prevén en el indicado art. 52ET. El precepto legal sólo permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley. Además, resultaría cláusula abusiva aquélla que se apoyara en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador.

No cabe duda de que la pérdida de la autorización para trabajar en España imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero. Tampoco puede negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Sin embargo, nuestro legislador ha querido dotar de un determinado marco de protección a los trabajadores cuyo contrato se extingue por la concurrencia de una causa legal y, como ya hemos expresado, los contornos de esa protección deben garantizarse también a los trabajadores extranjeros aun cuando carezcan de autorización para prestar servicios en España, pero, pese a ello, los han venido prestando efectivamente.

La congruencia con la doctrina que hemos venido construyendo desde la entrada en vigor de la LO 4/2000 nos ha de llevar a compartir la solución adoptada por la sentencia recurrida."

En cuanto al accidente de trabajo. Indicar que la protección por esta contingencia¹³, no puede dejar fuera al inmigrante, que se encuentra trabajando de forma irregular, dado el carácter tuitivo del derecho del trabajo.

La primera y básica protección, venía dada por el Convenio nº 19 de la OIT; de 5 de junio de 1925¹⁴. La actual protección, viene dada por el artículo 36.5 de la LO ex, y por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que establecen fórmulas de protección a favor de los inmigrantes irregulares.

Con carácter general, no hay que olvidar el artículo 172 b) de la LGSS, aprobada por RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre, que da una protección genérica, a cualquier extranjero, frente a los riesgos profesionales, con un alta de pleno derecho y responsabilidad directa del empresario, con anticipo de prestaciones por la aseguradora y responsabilidad subsidiaria del INSS y la TGSS. La jurisprudencia, aplica esta protección en las STS de 9 de junio y 29 de septiembre de 2003 (RCUD 4217/2002 y 2153/2002, respectivamente).

¹³ Sobre la materia, SANCHEZ PEREZ, J., "La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales", Granada, Comares, 2011. Sobre protección social de los inmigrantes a nivel contributivos TRIGUERO MARTINEZ, L.A., "Los derechos sociales de los inmigrantes". Comares, Granada, 2012.

¹⁴ Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, aprobado en Ginebra el 5 de junio de 1925.

En las citadas resoluciones, el Tribunal Supremo, declara la responsabilidad del empresario del pago de las prestaciones por accidente de trabajo, sufrido por inmigrantes irregulares, desplegando los mismos efectos, que si se tratara de un trabajador nacional, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera incurrir cada una de las partes del contrato de trabajo¹⁵.

De todo lo indicado, se puede concluir, que el fenómeno migratorio es una realidad, que este fenómeno es necesario, y que forma parte de la realidad de cualquier sociedad. Es una necesidad inevitable, y un ingrediente de la globalización, que contribuye a reducir las desigualdades nort-sur, y que no necesita sino, únicamente, que no es poco, establecer políticas para minimizar los efectos negativos que genera la migración (gestión multiétnica, guetos, mafias, costes en sanidad y educación, desajustes salariales en relación a la productividad...) y para maximizar los efectos positivos de ella derivados.

Por último, indicar, que el número de inmigrantes en España disminuye en los últimos años. Según el Observatorio Permanente de la Inmigración, entre 1995 y 2015 más de 1,2 millones de personas adquieren la nacionalidad española por residencia (el tiempo para obtenerla varía según la nacionalidad de la persona; si se ha nacido en España o se posee la condición de refugiado, entre otras cosas), la modalidad más común de nacionalización. Es más: según los datos de Eurostat, "España es el tercer país de la Unión Europea que más extranjeros nacionaliza entre 2005 y 2014, superado solo por Reino Unido y Francia, y el que más pasaportes otorga a inmigrantes en 2014 y 2015"¹⁶.

CONCLUSIONES

La metodología que se ha llevado a cabo, ha sido la investigación desde un enfoque práctico, para dar solución a problemas reales, y una respuesta eficaz a las cuestiones que plantea la inmigración y la inserción de los inmigrantes en nuestro país cuando se produce la inserción en el mercado laboral.

Los resultados que se han obtenido, confirman, que el derecho laboral español, tanto en su vertiente, prestacional como asistencial, es muy tuitiva y garantista con el trabajador extranjero, sea cual sea la situación legal de este y el medio que utilizara para entrar en nuestro país.

Por lo tanto, se llega a la conclusión que, la inmigración es necesaria para el mercado laboral español.

BIBLIOGRAFÍA

DELLE FEMMINE, L., ALAMEDA D. "La metamorfosis de España". El País. Tomado de: https://elpais.com/internacional/2017/02/27/actualidad/1488194732_820452.html

FERNANDEZ FERNANDEZ, R. "La protección laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular: criterios jurisprudenciales en torno al salario y los despidos" Revista Aranzadi Unión europea 2/2017. Editorial Aranzadi, SAU, Pamplona, 2017.

LAMA GA RCIA, F.J. "Inmigración, trabajo y formación", II Ponencia en el IV Congreso de formación para el Trabajo, Zaragoza, 9-11 noviembre 2005.

MATEOS, O. ¿Qué modelo de trabajo tenemos y que podemos esperar?, Cuadernos "cristianismo y Justicia", marzo 2016, "El trabajo presente y futuro".

SANCHEZ PEREZ, J., "La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales", Granada, Comares, 2011. Sobre protección social de los inmigrantes a nivel contributivos.

SANCHEZ PEREZ, J. "A vueltas con el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por parte del inmigrante en situación irregular". Revista REDMEX 34-2013

TRIGUERO MARTINEZ, L.A., "Los derechos sociales de los inmigrantes". Comares, Granada, 2012.

¹⁵ SANCHEZ PEREZ, J. "A vueltas con el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por parte del inmigrante en situación irregular". Revista REDMEX 34-2013

¹⁶ DELLE FEMMINE, L., ALAMEDA D. "La metamorfosis de España". El País. Tomado de: https://elpais.com/internacional/2017/02/27/actualidad/1488194732_820452.html