

Extranjería.

Miguel Abadía Buiza

Licenciado en Derecho

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Ana Güemes Burgos

*Grado en Relaciones Laborales y Grado
en Derecho*

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

Fernando Sicre Gilabert.

Doctor en Ciencias Económicas y Doctor en Derecho.

Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

1. Introducción y normativa aplicable: el extranjero regular y el extranjero irregular.

La Constitución Española (en adelante CE) establece, en su artículo 13, que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”, siendo competencia exclusiva del Estado las cuestiones atinentes a “Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo” (artículo 149.1. 2ª CE).

En cumplimiento del precepto constitucional, el derecho español distingue dos regímenes de extranjería: el de los extranjeros comunitarios (de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo) y el de los extranjeros no comunitarios. El régimen aplicable a los primeros constituye un sistema privilegiado al partir del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, comprendiendo el mismo no solo a los nacionales de la Unión Europea¹ y de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo², sino también a sus familiares extranjeros de terceros países que puedan ampararse en el principio de reagrupación familiar, así como a los familiares de españoles que sean nacionales de terceros países. Igualmente es de aplicación a los nacionales de la Confederación Suiza, a razón del Acuerdo entre la

¹ Los Estados que componen la UE son; Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia.

² En 1994 tiene lugar la creación del Espacio Económico Europeo (EEE), su objetivo es extender las disposiciones referentes al mercado interior de la UE a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Los Estados que pasan a formar parte del EEE son los estados de la UE, Islandia, Liechtenstein y Noruega. Suiza es miembro de la AELC, sin embargo, no forma parte de la EEE.

Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas³. Su regulación se contiene en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

La presencia de extranjeros en territorio español ha sido un problema de difícil gestión desde siempre, sobre todo si lo abordamos desde un punto de vista sociolaboral, precisamente porque no existe un marco legislativo que permita hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español. No solo se carece de agilidad en la capacidad de dar respuesta a los retos del mercado laboral, sino que influye en la creación de ineficiencias y genera el desarrollo de prácticas de economía informal que tienen elevados costes humanos, económicos, sociales y de gestión. Con la intención de paliar en lo posible dichos desajustes de mercado, se ha procedido a modificar el régimen jurídico de las situaciones y posibilidades para trabajar por los extranjeros en España, que posibiliten de esa forma la contratación de estos por las empresas, casando de manera regular la oferta y demanda de empleo.

La reforma operada por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, pretende adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, además de actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años, integrando en el reglamento soluciones que se habían aportado a través de instrucciones.

La justificación y fundamento de la reforma⁴ abraza al unísono dos consideraciones: una, la adecuación de la normativa española, al acervo jurídico europeo y en segundo lugar, dar respuestas a la demanda de mano de obra en determinados sectores de la actividad, imposible de darse respuesta con los efectivos humanos nacionales por diferentes razones, lo que impide el normal desarrollo de la actividad en las empresas inmersas en determinados sectores de la actividad económica.

La Comisión Europea ha reconocido la contribución de los migrantes en situación regular para competir eficazmente por el talento a escala mundial y para ello ha desarrollado el Pacto por las Capacidades, que requiere impulsar a escala europea una política migratoria regular orientada a reducir la carencia de determinadas capacidades. Los Estados Miembros, que ostentan la facultad de decidir el número de nacionales de

³ El 21 de junio de 1999 la Confederación Suiza firma el Acuerdo con la Comunidad Europea sobre libre circulación de personas, integrándose así en el espacio Schengen.

⁴ Exponemos a continuación una síntesis del contenido de la “introducción” expuesta en el propio contenido del por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

terceros países que admiten, están introduciendo excepciones en su normativa para facilitar la entrada de trabajadores extranjeros y hacer frente a la necesidad de cobertura de determinados puestos de trabajo.

El objetivo que se pretende con esta reforma es hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio, así como dar respuesta a situaciones preexistentes no resueltas con la actual normativa reglamentaria, desde la plena salvaguarda de las condiciones laborales. La reforma pretende adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, además de actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años, integrando en el reglamento soluciones que se habían aportado a través de instrucciones. A este escenario de constatación de necesidades del mercado de trabajo, se contraponen la existencia de personas en situación irregular que desean trabajar y que se ven obligadas a acudir a las denominadas autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales y, más en concreto, a los denominados arraigos laboral y social. Es más que razonable pensar que durante los períodos de tiempo que exige la norma, para sobrevivir, estas personas han estado trabajando de manera irregular, especialmente en el caso del arraigo social, por lo que parece también razonable articular medidas que permitan avanzar en el ajuste del mercado laboral español desde una perspectiva de regularidad documental.

La normativa que se pretende reformar exige, en el caso del arraigo laboral, que el extranjero haya permanecido en España durante dos años y haya trabajado de manera regular o irregular durante un período acreditado de seis meses. Aunque en principio la norma estaba prevista para personas en situación irregular que trabajaran en la economía informal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que este instrumento puede ser utilizado también por personas que hayan trabajado de manera regular y que se encuentren en situación irregular en el momento de la solicitud. En lo concerniente al arraigo social, la norma actualmente exige que la persona extranjera acredite un período de permanencia en España durante tres años y tenga vínculos familiares o aporte un informe que acredite su inserción en la sociedad española. Pero también le exige que deba aportar un contrato con una duración mínima de un año.

Para llevar a cabo ese ajuste normativo a las nuevas necesidades impuestas por el mercado de trabajo, se ha propuesto reformar la determinación de la situación nacional de empleo, recogida en el artículo 65 del RLOEx, de cara a conformar un Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura.

Por último y en este contexto de adecuación de nuestra normativa a la de los países más desarrollados de nuestro entorno que, tienen problemas similares para la cobertura de determinados puestos de trabajo que con el tiempo se ensanchan, impidiendo el adecuado desenvolvimiento de las empresas para producir y prestar servicios, se ha puesto de manifiesto la necesidad de la formación para suplir las carencias que encuentran

actualmente las empresas españolas. Se propone, de modo similar al que Alemania denomina estancia tolerada, que personas que se encuentren en España en situación irregular y cumplan un compromiso efectivo de formación puedan obtener una autorización de residencia. Esto permitirá una doble consecuencia: por un lado, se podrá obtener personal con la formación necesaria para cubrir los puestos de trabajo que ofertan las empresas; por otra parte, se procederá a incorporar al mercado laboral a personas que se encuentran trabajando de manera precaria o directamente irregular.

Pero centraremos la cuestión ahora en el régimen jurídico aplicable a los ciudadanos extracomunitarios, entendiendo por tales aquellos extranjeros que no son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. Así, su régimen jurídico se contiene, básicamente, en las siguientes normas:

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx). Dicha Ley ha sido objeto de numerosas modificaciones posteriores.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante RLOEx).

La LOEx, en su artículo 1, delimita su ámbito de aplicación considerando “extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Dicha delimitación viene completada con lo establecido en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, cuando señala, en primer lugar, que “lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte” y, en segundo lugar, que “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

De acuerdo con el artículo 2 LOEx quedan excluidos de su ámbito de aplicación los siguientes extranjeros:

- a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención de la autorización de residencia.
- b) Los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares.

- c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

1.1. Situaciones de los extranjeros en España.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y siguientes de la LOEx y en los artículos 28 y siguientes del RLOEx, los extranjeros pueden encontrarse básicamente en las situaciones de estancia y residencia (temporal o permanente).

1.1.1. Situación de estancia (art. 30 LOEx y arts. 28, 36 y 37 RLOEx).

Es la permanencia en territorio español por un periodo ininterrumpido o suma de periodos sucesivos cuya duración total no exceda de 90 días. Transcurrido dicho tiempo, será preciso obtener una prórroga (que no podrá tener una duración superior a 90 días) de estancia o una autorización de residencia.

Excepcionalmente, y siempre que existan motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, el titular del Ministerio del Interior o el titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social podrán autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de 3 meses en un periodo de 6, a los extranjeros que hubieran entrado en él con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto.

Será titular de una autorización de estancia el extranjero que haya sido habilitado a permanecer en España por un periodo superior a 90 días para la realización de estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado. La duración de la estancia será igual a la de la actividad para la que se le concedió la autorización. Podrán ser autorizados a realizar una actividad retribuida por cuenta propia o ajena en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada. La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma, mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales, se regulará de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación *au pair*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 RLOEx, los extranjeros que ostenten un título español de licenciado o graduado en Medicina, Farmacia, Enfermería u otros títulos universitarios que habiliten a participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de

residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo⁵.

1.1.2. Situación de residencia temporal (art. 31 LOEx y art. 45 RLOEx).

El artículo 30 bis LOEx establece que “son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir” y que “los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración”.

En cuanto a la situación de residencia temporal, el artículo 31 LOEx establece que la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años. Las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. La duración de las autorizaciones iniciales de residencia temporal y de las renovaciones se establecerá reglamentariamente.

Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

Respecto de la autorización de residencia temporal y trabajo de las mujeres víctimas de violencia de género habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 31 bis LOEx.

Los extranjeros que se encuentren en territorio español en situación de residencia temporal estarán en posesión de uno de los siguientes tipos de autorización:

- a) Autorización de residencia temporal no lucrativa
- b) Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.
- c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.
- d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.
- e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE
- f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.
- g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.
- h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.

⁵ La autorización de trabajo es definida por sentencias del TS 21-12-94, y TS contencioso administrativo 3-2-98, como una autorización administrativa, en virtud de la cual, se levanta la prohibición de trabajo en territorio español, impuesta a los extranjeros en una norma de policía.

- i) Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo.

La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, y de conformidad con el artículo 31 LOEx “en estos supuestos no será exigible el visado”. El RLOEx regula diversos tipos:

- a) Arraigo⁶: laboral, social y familiar (art. 124).
- b) Razones de protección internacional (art. 125).
- c) Razones humanitarias (art. 126).
- d) Colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público (art. 127).
- e) Colaboración contra redes organizadas (arts. 135 a 139).
- f) Extranjeros víctimas de trata de seres humanos (arts. 140 a 146).

La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios.

La autorización inicial de residencia temporal y trabajo, permitirá realizar actividades lucrativas por cuenta propia y/o ajena, se concederá de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 36 y siguientes de la LOEx.

1.1.3. Residencia de larga duración (art. 32 LOEx y arts. 147 y siguientes RLOEx).

La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. A los efectos de obtener la residencia de larga duración, computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la Tarjeta Azul de la UE. Se considerará que la residencia ha sido continuada, aunque por periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente, el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. No obstante,

⁶ La autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral, social o familiar (art. 124 RLOEx) será objeto de estudio dentro de los denominados “Regímenes especiales”.

en el supuesto de que los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea deseen conservar el estatuto de residente de larga duración adquirido en el primer Estado miembro, podrán solicitar y obtener una autorización de residencia temporal en España.

En relación con el reconocimiento de protección internacional, el artículo 32.3 bis LOEx establece que “los extranjeros a quienes España u otro Estado miembro de la Unión Europea hubiese reconocido protección internacional y que se encuentren en España, podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151 RLOEx, se halla en situación de residencia de larga duración-UE el extranjero que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y que se beneficia de lo establecido sobre dicho estatuto en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. En este sentido, es el artículo 152 RLOEx el que marca los requisitos que deben reunir los extranjeros para obtener una autorización de residencia de larga duración-UE y que, grosso modo, son: haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años; contar con recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y, en su caso, la de su familia; y contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.

1.2. Autorizaciones de trabajo y residencia.

El punto de partida del presente epígrafe es la consolidación del principio de equiparación restringida entre nacionales y extranjeros por parte del Tribunal Constitucional (sentencia 107/1984, de 23 de noviembre y sentencia 115/1987, de 7 de julio, entre otras) según el cual, el derecho a trabajar en España contemplado en el artículo 35.1 de la CE a “todos los españoles” no se extiende a los extranjeros, ya que no existe tratado ni ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1 y 2 LOEx, los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. Corresponde a la Entidad Gestora comprobar en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

Pasamos a continuación a analizar las distintas autorizaciones de residencia temporal y trabajo.

1.2.1. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx y arts. 62 y siguientes RLOEx).

En el artículo 38 LOEx describe el procedimiento a seguir por los empleadores que pretendan contratar a trabajadores extranjeros que no se encuentran en España, sin perjuicio, como indica el apartado tercero del mencionado precepto, “(...) de los supuestos previstos cuando el extranjero que se halle en España se encuentre habilitado para solicitar u obtener una autorización de residencia y trabajo”.

El empleador o empresario es el sujeto legitimado para presentar la solicitud de cobertura de un puesto vacante, que deberá acompañarse del contrato de trabajo, así como del resto de documentación exigible. A este respecto la disposición adicional primera del RLOEx señala que cuando las competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones no estén expresamente atribuidas a un determinado órgano en este Reglamento, serán ejercidas por los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y por los Subdelegados del Gobierno en las provincias, salvo en los supuestos que enumera en los que es competente la Dirección General de Migraciones. El empleador presentará la solicitud ante la Oficina de Extranjería de la provincia donde se vaya a ejercer la actividad laboral.

En caso de que a la Comunidad Autónoma donde se vaya a desarrollar la actividad laboral, se le hubieran traspasado competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena para extranjeros, la solicitud de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena se presentará ante el órgano autonómico que sea competente de acuerdo con la normativa autonómica (artículo 68.2 RLOEx). Ello sin perjuicio de que los órganos competentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma correspondiente deban dictar, de manera coordinada y concordante, una resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Entre otros requisitos, el apartado primero del artículo 38 LOEx, desarrollado en el artículo 64 RLOEx, establece que, en relación con la actividad laboral a desarrollar por el extranjero que se pretende contratar, será necesario, que la situación nacional de empleo permita la contratación del trabajador extranjero en los términos previstos en el artículo 65. Este último dispone que “a los efectos de determinar dicha situación nacional de empleo, el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará, con periodicidad trimestral, de acuerdo con la información suministrada por los Servicios Públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración autonómica, así como para Ceuta y Melilla. En las provincias insulares, el Catálogo podrá establecerse para cada isla

o agrupación de ellas” y que “el procedimiento de elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura será establecido por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración”.

A continuación, el artículo 65.2 RLOEx establece que se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno. Para ello, deberá presentar una oferta de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, que estará formulada de forma precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo, sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño. No obstante, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo en los supuestos establecidos por Convenio internacional y en el artículo 40 LOEx.

Verificado el cumplimiento de tales exigencias, la autoridad competente, en el plazo máximo de 3 meses, resolverá de forma motivada, de lo contrario la solicitud habrá sido desestimada por silencio administrativo.

Para el caso de que la causa que motiva la oferta de trabajo desapareciera, el artículo 38.4 LOEx señala que “el empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes”.

Expedida la autorización su eficacia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social.

De acuerdo con el artículo 70.2 RLOEx, en el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización al empleador interesado, el trabajador deberá solicitar personalmente el visado en la Misión diplomática u Oficina consular en cuya demarcación resida.

Una vez recogido el visado, el trabajador deberá entrar en territorio español y en el plazo de 3 meses desde la entrada del trabajador extranjero en territorio español, deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa sobre el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación; el trabajador podrá comenzar su actividad laboral; y el empleador quedará obligado a comunicar el contenido del contrato de trabajo a los Servicios Públicos de Empleo. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (artículo 70.6 y 7 RLOEx).

En el plazo de un mes desde el alta del trabajador en la Seguridad Social, este deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o Comisaría de Policía correspondientes. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero.

Así, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habilitará a los extranjeros que residan fuera de España a residir y trabajar por cuenta ajena en territorio español, siempre que hayan obtenido el correspondiente visado y hayan sido dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dentro del plazo de 3 meses desde su entrada legal en España.

La concesión inicial de la autorización tendrá una duración de un año y quedará limitada a un ámbito geográfico provincial y a una ocupación, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España⁷.

1.2.1.1. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

En materia de renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, el artículo 71.1 RLOEx establece que “la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena deberá solicitarse, en modelo oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido”. Y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71.2 RLOEx, la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se renovará a su expiración en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende.
- b) Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en algún de las siguientes situaciones:

- 1.º Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.

⁷ Artículo 38.5 LOEx 4/2000 y artículo 63.1 RLOEx.

2.º Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación.

c) Cuando el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1.º Que la relación la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2.º Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

3.º Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor.

d) Cuando el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 38.6 b) y c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

e) De acuerdo con el artículo 38.6 d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de que la trabajadora sea víctima de violencia de género.

f) Igualmente, en desarrollo del artículo 38.6 d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando:

1.º El trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un periodo de doce, o de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad, y haya buscado activamente empleo.

2.º El cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Se procederá igualmente a la renovación, cuando el requisito sea cumplido por la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar.

Transcurrido el plazo de tres meses para resolver sobre una solicitud de renovación de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, ésta se entenderá estimada (artículo 71.9 RLOEx).

Por último, hay que indicar que la renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se hará por un periodo de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, y permitirá el ejercicio de cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional. Los efectos de la autorización

renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior (artículo 72.1 RLOEx).

1.2.1.2. Consecuencias derivadas de la ausencia de autorización de residencia y trabajo.

Una vez identificados los requisitos exigidos a los extranjeros mayores de 16 años que pretendan ejercer en territorio español actividad lavativa, laboral o profesional, continúa el artículo 36 LOEx, en su apartado 5, indicando que, 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 de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. A estos efectos, es importante resaltar que el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo y que, salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

En este sentido, la no invalidación del contrato del trabajador extranjero en situación irregular, ha permitido a la labor judicial reconocer de una manera generalizada el derecho del trabajador extranjero sin autorización a reclamar a la empresa el pago de la remuneración correspondiente por los servicios prestados. Incluso los tribunales (STSJ de Cataluña de 10 de julio de 2002 y STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2002, entre otras) han considerado la existencia responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial respecto de los salarios impagados por el empleador, en los términos del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante ET). También se han mostrado conformes con el derecho del trabajador extranjero sin autorización para trabajar a ejercitar frente al empresario la acción por despido (STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2002 y STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002), de modo que se trata de derechos que van más allá de los meramente salariales, sin que dichos pronunciamientos, se hayan olvidado de aclarar que la carencia de la autorización no es equiparable a la situación de aquel que cuenta con ella.

Por lo que respecta a los derechos de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular, la solución deriva de la interpretación conjunta de los artículos 14 y 36.5 LOEx, ya que de acuerdo con el artículo 14.3 LOEx los extranjeros en situación irregular solo tienen derecho a los servicios sociales y prestaciones sociales básicas, al no ser residentes legales, porque el apartado 1 solo reconoce a los residentes legales, el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que a los españoles. Por tanto, quienes carecen de autorización solo tendrán derecho a las prestaciones derivadas de

contingencias profesionales, por aplicación de las normas internacionales (especialmente los Convenios 19 y 97 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT) por remisión expresa del artículo 36.5 LOEx (“(...) ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación”).

Dicha cuestión se menciona a su vez en la normativa nacional de Seguridad Social y, en concreto, en el artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en redacción dada por el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre), que dispone que “los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida”.

En lo que a afiliación y cotización se refiere, tradicionalmente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 del ET, el contrato celebrado con un trabajador extranjero sin autorización de residencia y trabajo era nulo al carecer de una de las condiciones fijadas por la legislación vigente, sin embargo la redacción del artículo 36.5 LOEx impide la aplicación del mencionado artículo 9.2 ET, lo que suscitaba la idea de otorgar plenos efectos al contrato de trabajo celebrado con trabajador extranjero irregular y proceder en consecuencia al alta y cotización del mismo. Cuestión que finalmente quedó resuelta con el criterio adoptado por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el que se consideró que no procede la tramitación del alta de oficio, al ser el alta sin autorización para trabajar contraria a lo dispuesto en el artículo 42 del Real decreto 84/1996.^{8 9}

No obstante, la no inclusión del trabajador extranjero en situación irregular en el sistema de la Seguridad Social no impide la apreciación de responsabilidades del empresario a qué de lugar, incluidas las de Seguridad Social, según contempla el artículo 36.5 LOEx. En este sentido, el artículo 48.1 de la Ley 62/2003, de 30 de septiembre, de

⁸Artículo 42.2 párrafo segundo RD 84/1996; “Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley”.

⁹ La STS, Sala Cuarta de lo Social, de 21 de enero de 2010 (Rec. 106/2009) determina que no es de aplicación la automaticidad de las prestaciones para el caso en el que el extranjero no solo no se encuentra en situación irregular, sino que además actúa dolosamente suplantando la identidad de otro extranjero que sí disponía de autorización para trabajar legalmente en España.

medidas fiscales, administrativas y de orden social, señala que “cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios”. Añade el artículo 48.2 que “en el acta de infracción que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levante al efecto, la propuesta de sanción especificará los parámetros utilizados para el cálculo de la cuantía total de la multa según lo indicado en el apartado anterior”. Por tanto, la finalidad que persigue el precepto es convertir la cotización, hipotéticamente devengada en caso de que se tratara de un extranjero en situación regular, en una sanción administrativa, evitando así el enriquecimiento injusto del empresario al utilizar a un trabajador que, por su situación administrativa irregular, no cotizaría a la Seguridad Social española.

1.2.2. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia (art. 37 LOEx y arts. 103 y siguientes RLOEx).

Como punto de partida de la cuestión, se debe tener presente el artículo 36.1 LOEx, según el cual, el desarrollo en España de una actividad por cuenta propia de un extranjero está condicionada a la obtención de la correspondiente autorización administrativa, asimismo el artículo 37.1 LOEx dispone que “para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan”. En su apartado 2, el artículo 37 establece que “la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente”.

Así, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia tendrá una duración de un año y se limitará a un ámbito geográfico autonómico y a un sector de actividad. Cuando la Comunidad Autónoma tuviera reconocidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia podrá fijar el ámbito geográfico de la autorización dentro de su territorio (artículo 104 RLOEx).

En cuanto al procedimiento de solicitud de la autorización, el artículo 106 RLOEx exige al trabajador extranjero no residente que pretenda trabajar por cuenta propia en España presentar, personalmente, en modelo oficial, la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia. La solicitud será trasladada a los órganos competentes para resolver, debiendo tener en cuenta que cuando a la Comunidad

Autónoma respecto a la que se solicite la autorización inicial de residencia temporal y trabajo se le hubieran traspasado competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia, corresponderá al órgano autonómico competente verificar el cumplimiento de los requisitos en materia de trabajo y, simultáneamente, al competente de la Administración General del Estado los requisitos en materia de residencia. Los órganos competentes de la misma y de la Administración General del Estado, a la vista de la documentación presentada y de los informes obtenidos, dictarán de manera coordinada y concordante resolución conjunta denegando o concediendo la correspondiente autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, que será firmada por los titulares de los indicados órganos competentes (artículo 107 RLOEx).

Una vez notificada la concesión de la autorización, el interesado, personalmente, presentará la solicitud de visado en el plazo de un mes ante la misión diplomática u oficina consular española correspondiente a su residencia. Igualmente, notificada la concesión del visado, el solicitante deberá recogerlo personalmente en el plazo de un mes desde la notificación. De no efectuarse la recogida en el plazo mencionado, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del expediente. En caso de recogida del visado en plazo, el trabajador deberá entrar en el territorio español, de conformidad con lo establecido en el Título I, durante la vigencia de éste, que será de tres meses. El visado le habilitará para la entrada y la permanencia en situación de estancia en España. En el plazo de los tres meses posteriores a la entrada legal del trabajador en España deberá producirse su afiliación, alta y posterior cotización, en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación. El alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el mencionado plazo dotará de eficacia a la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta propia. Asimismo, en el plazo de un mes desde el alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste deberá solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o la Comisaría de Policía correspondiente. Dicha tarjeta será expedida por el plazo de validez de la autorización y será retirada por el extranjero. Y si finalizado el plazo de tres meses de estancia no existiera constancia de que el trabajador se ha dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, éste quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España (artículo 108 RLOEx).

1.2.2.1. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia.

Por lo que se refiere a la renovación de la autorización, debe indicarse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 109 RLOEx, podrá ser renovada a su expiración:

- a) Cuando se acredite la continuidad en la actividad que dio lugar a la autorización que se renueva, previa comprobación de oficio del cumplimiento de sus obligaciones tributaria y de Seguridad Social.

Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de la autorización, siempre que se acredite la realización habitual de la actividad. El órgano competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto de cotización, a los efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

- b) Cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Se procederá igualmente a la renovación cuando el requisito sea cumplido por la persona con la que el extranjero mantenga una relación de análoga afectividad a la conyugal en los términos previstos en materia de reagrupación familiar.
- c) Cuando por el órgano gestor competente, conforme a la normativa sobre la materia, se hubiera reconocido al extranjero trabajador autónomo la protección por cese de actividad.

La solicitud de renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia deberá dirigirse al órgano competente durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de su vigencia. La presentación de la solicitud en este plazo prorroga la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto de que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido.

Finalmente, hay que señalar que la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia renovada tendrá una vigencia de dos años, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración, y sus efectos se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior.

1.2.3. Modificaciones en la autorización de residencia y trabajo. Compatibilidad de la autorización de trabajo por cuenta propia y cuenta ajena.

El régimen jurídico aplicable a la materia que es desarrollada en las líneas siguientes se encuentra recogido en el Título XII del RLOEx¹⁰.

1.2.3.1. Cambio de sector, actividad y/o ámbito territorial.

El artículo 203.1 del RLOEx contempla la posibilidad de que las autorizaciones iniciales de trabajo y residencia, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a petición del titular, puedan verse modificadas en cuanto a la ocupación, sector de actividad y/o ámbito geográfico. Para el caso de que se trae de una autorización de trabajo por cuenta ajena, será necesario atender a la Situación Nacional de Empleo. En ningún caso dicha modificación conllevará una ampliación del periodo reconocido en la autorización inicial.

Sin perjuicio de lo que se expone en los apartados siguientes, y con carácter excepcional, podrá modificarse, sin haber transcurrido el periodo de tiempo por el que fue concedida la autorización inicial, cuando el extranjero acredite la necesidad de garantizar su subsistencia, por causas sobrevenidas que le hubieran obligado a cesar su actividad por cuenta propia o hubiera visto finalizada la actividad laboral.

1.2.3.2. Sustitución de la autorización de trabajo por cuenta ajena por la autorización de trabajo por cuenta propia.

La posibilidad de modificar la autorización de trabajo por cuenta ajena a cuenta propia está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos vinculados con la residencia y las condiciones de trabajo, además debe tener lugar como consecuencia de la solicitud del propio interesado. Así el trabajador extranjero autorizado para trabajar por cuenta ajena podrá desarrollar una actividad profesional por cuenta propia cuando su autorización de residencia esté en vigor o en fase de renovación, y reúna las exigencias contempladas en el artículo 105 del RLOEx, para la concesión de la autorización de trabajo por cuenta propia. Es necesario acreditar habitualidad en el ejercicio de la actividad durante el periodo de vigencia de la autorización por el mismo periodo de tiempo que correspondería si pretendiera su renovación (art. 203.2 a) RLOEx).

¹⁰ Han sido consultadas las bases de datos de Francis Lefebvre, así como Cronus jurídico, base de datos de la editorial jurídica Sepin.

1.2.3.3. Sustitución de la autorización de trabajo por cuenta propia por la autorización de trabajo por cuenta ajena.

Todo extranjero que sea titular de la previa autorización para trabajar en territorio español por cuenta propia y pretenda ejercer una actividad por cuenta ajena, debe acreditar que la autorización inicial concedida, ha sido renovada o que se presente la solicitud de modificación en el momento de solicitar la renovación inicial. Esta solicitud de modificación se autorizará cuando vaya acompañada de la suscripción de un contrato de trabajo que justifique la nueva actividad laboral, siendo imprescindible encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social derivadas de la actividad profesional (art. 203.1 b) RLOEx).

1.2.3.4. Compatibilidad del trabajo por cuenta propia y ajena del trabajador extranjero.

El ejercicio simultáneo de actividades por cuenta propia y por cuenta ajena por parte de trabajadores extranjeros requerirá la obtención de las autorizaciones correspondientes a dichas actividades, lo que genera el previo cumplimiento de los requisitos necesarios para su adquisición, además de la necesidad de que el ejercicio de las mismas sea compatible¹¹.

La duración de la autorización administrativa que reconozca la compatibilidad tendrá la misma duración que se corresponde a la vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el extranjero, salvo que se hubiera otorgado en virtud de un contrato o actividad con una duración inferior.

Para el caso de que el ejercicio de la actividad profesional por cuenta propia, se extendiera al territorio de varias comunidades autónomas, el trabajador extranjero debe obtener la previa autorización por cuenta propia en todas ellas.

1.2.4. Excepciones (art. 41 LOEx y arts. 117 y siguientes RLOEx).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, enumera, en su artículo 41, una serie de actividades para las que no es necesaria la obtención de autorización de trabajo, desarrollando el artículo 117 RLOEx la forma y el procedimiento para acreditar cada una de las excepciones. Así, no será necesaria la obtención de autorización de trabajo para el ejercicio de las siguientes actividades:

- a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos que tengan

¹¹ Artículo 201 RLOEx.

por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.

- b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.
- c) El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas en España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.
- d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.
- e) Los corresponsales de medios de comunicación social, extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa.
- f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.
- g) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.
- h) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.
- i) Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales.
- j) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.

En el caso de que no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a noventa días, el extranjero deberá solicitar el correspondiente visado de residencia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia, acompañando a la solicitud la documentación que proceda para cada uno de

los supuestos de excepción a la autorización de trabajo previstos en el artículo 117. La vigencia del reconocimiento de la excepción se adaptará a la duración de la actividad o programa que se desarrolle, con el límite máximo de un año en el reconocimiento inicial, de dos en la primera prórroga y de otros dos años en la siguiente prórroga, si subsisten las circunstancias que motivaron la excepción (artículo 118 RLOEx).

1.2.5. Regímenes especiales.

1.2.5.1. Entrada y residencia para actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas (arts. 72 y siguientes Ley 14/2013, de 27 de septiembre).

Anteriormente su regulación se contemplaba en el artículo 38 bis LOEx, pero el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, procedió a su derogación.

Actualmente, encontramos su regulación en los artículos 72 y siguientes de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Dicha Ley fue modificada por la disposición final undécima de la Ley 25/2015, de 28 de julio, para incorporar al derecho español la Directiva 2014/66/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales y, posteriormente, por el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, para transponer la Directiva 2016/801/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.

1.2.5.2. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE (art. 38 ter LOEx y arts. 85 y siguientes RLOEx).

De acuerdo con lo que dispone el artículo 85 RLOEx, “se halla en situación de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados aquel trabajador extranjero autorizado a desempeñar una actividad laboral para la que se requiera contar con cualificación de enseñanza superior o, excepcionalmente, acredite un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable a dicha cualificación, relacionada con la actividad para cuyo desempeño se conceda la autorización”. Dicha autorización de residencia y trabajo se documentará con una tarjeta azul de la UE (artículo 38 ter 2 LOEx).

La autorización inicial de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados tendrá una duración de un año, y su renovación deberá solicitarse, en modelo

oficial, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización. La presentación de la solicitud en este plazo prorrogará la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. También se prorrogará hasta la resolución del procedimiento en el supuesto en que la solicitud se presentase dentro de los noventa días naturales posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de la anterior autorización, sin perjuicio de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador por la infracción en la que se hubiese incurrido. Y los efectos de la autorización renovada se retrotraerán al día inmediatamente siguiente al de la caducidad de la autorización anterior (artículo 93.1 RLOEx).

En último lugar, debe señalarse que la autorización se renovará por periodos bianuales, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración (artículo 91.2 RLOEx).

1.2.5.3. Gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 39 LOEx y arts. 167 y siguientes RLOEx).

El Ministerio de Trabajo y Economía Social, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un periodo determinado, a los que solo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

El procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes. En la gestión de este se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial.

Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

Por Orden del Ministerio de Trabajo y Economía Social¹², para cada año se determinará la cifra provisional de puestos de trabajo de carácter estable que puedan ser

¹² Orden TMS/1277/2019, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2020.

cubiertos a través de este procedimiento por trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España.

1.2.5.4. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (art. 42 LOEx y arts. 97 y siguientes RLOEx).

Según establece el artículo 97 RLOEx, “se halla en situación de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España y a ejercer actividades laborales por cuenta ajena en actividades de campaña o temporada, obras o servicios, o formación y prácticas profesionales”.

De acuerdo con el artículo 98 RLOEx, la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada se tramitará de acuerdo con el procedimiento y los requisitos previstos para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena con las especialidades previstas en este capítulo. Dicha autorización permite el desarrollo de las siguientes actividades:

- a) De temporada o campaña.
- b) De obras o servicios para:
 - 1.º El montaje de plantas industriales o eléctricas.
 - 2.º La construcción de infraestructuras, edificaciones o redes de suministro eléctrico, telefónico, de gas o de ferrocarriles.
 - 3.º La instalación y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones.
- c) De carácter temporal realizadas por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas, así como otros colectivos que se determinen mediante Orden del titular del Ministerio de Trabajo y Economía Social a los exclusivos efectos de posibilitar la concesión de este tipo de autorización.
- d) De formación y realización de prácticas profesionales.
En los supuestos de los apartados 2 a) y 2 b) la solicitud podrá formularse a través del procedimiento establecido en la Orden de gestión colectiva de contrataciones en origen cuando se pretenda la contratación de diez o más trabajadores para una misma actividad.

Por lo que afecta a la duración de la autorización, a tenor de lo establecido en el artículo 98.3 RLOEx, aquella coincidirá:

- a) En el caso de actividades de campaña o temporada, con la duración del contrato o contratos de trabajo, con el límite máximo de nueve meses, dentro de un periodo de doce meses consecutivos.
- b) En los restantes supuestos, con la duración del contrato de trabajo o, en caso de que, en éste, por su naturaleza, no se establezca una vigencia, con la duración prevista de la actividad, debidamente acreditada. En cualquier caso, la duración de la autorización tendrá el límite máximo de doce meses, a partir del cual no será susceptible de prórroga, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de ésta cuando el empleador acredite circunstancias sobrevenidas que determinen la necesidad de continuidad de la relación laboral y siempre que la prórroga no sea contraria a la normativa laboral que resulte de aplicación.

Y, en cuanto a las posibilidades de prórroga, las autorizaciones de temporada o campaña se podrán prorrogar hasta nueve meses en función del periodo de contratación inicial. En los restantes supuestos:

- a) En el caso de que la prórroga no exceda del periodo de doce meses desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización, el empleador deberá acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato. La duración de la prórroga coincidirá con la finalización de la obra, servicio o actividad con el límite del periodo de doce meses desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización.
- b) En el caso de que se sobrepase el periodo de doce meses desde la fecha de comienzo de la vigencia de la autorización, la prórroga tendrá carácter excepcional. El empleador deberá acreditar que ésta se solicita para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad especificados en el contrato, así como el carácter sobrevenido de la necesidad de que la relación laboral continúe.

1.2.5.5. Residencia temporal y trabajo de los trabajadores transfronterizos (art. 43 LOEx y arts. 182 y siguientes RLOEx).

El estudio del régimen aplicable a los trabajadores transfronterizos debe partir de lo dispuesto en el artículo 43 LOEx: “los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los

requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de seguridad social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley”. Por tanto, se halla en situación de trabajo transfronterizo el trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regresa diariamente.

En cuanto al procedimiento de concesión inicial de la autorización de trabajo para trabajadores transfronterizos, el artículo 183 RLOEx señala que se estará a lo dispuesto en los artículos que establecen las condiciones para la concesión de la autorización de trabajo que proceda, sin perjuicio de que el cumplimiento de los requisitos comúnmente exigibles para la obtención de un visado de residencia y trabajo será valorado por el órgano competente. Cuando la competencia ejecutiva en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta propia y ajena corresponda a la Administración autonómica, ésta será competente para la admisión, tramitación, resolución de solicitudes y, eventualmente, de los recursos administrativos, de acuerdo con lo previsto en este Reglamento para cada tipo de autorización.

En el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se conceda la autorización, el trabajador habrá de darse o ser dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social. En el mismo plazo, el extranjero deberá solicitar y obtener la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero, que acreditará la condición de trabajador transfronterizo y permitirá la entrada y salida de territorio nacional para la realización de la actividad a la que se refiera. Dicha tarjeta será solicitada y obtenida sin perjuicio de que la autorización concedida sea de duración menor a seis meses.

Respecto del trabajo por cuenta ajena, la duración de la autorización inicial coincidirá con la del contrato de trabajo en relación con la cual se conceda, con el límite mínimo de tres meses y máximo de un año. Para el trabajo por cuenta propia serán de aplicación los mismos criterios en relación con la actividad proyectada. A efectos de prórroga, hay que decir que la autorización de trabajo mantendrá sus efectos tras su expiración, en tanto continúe la misma relación laboral o actividad por cuenta propia y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión, coincidiendo la vigencia de las sucesivas prórrogas con la del contrato de trabajo o de la actividad por cuenta propia, con el límite máximo de un año (artículo 184 RLOEx).

1.2.5.6. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (art. 43 LOEx y arts. 110 y siguientes RLOEx).

Al igual que en el caso anterior, el punto de partida lo encontramos en el artículo 43 LOEx que, en su apartado 2, indica que “reglamentariamente se establecerán las condiciones para la autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente”.

De acuerdo con el desarrollo reglamentario previsto en los artículos 110 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se halla en situación de residencia temporal y trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicios el trabajador extranjero que se desplace a un centro de trabajo en España y dependa, mediante expresa relación laboral, de una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo¹³, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca por cuenta y bajo la dirección de la empresa extranjera en ejecución de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación de servicios que esté establecido o que ejerza su actividad en España, en el supuesto establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional¹⁴.
- b) Cuando dicho desplazamiento temporal se produzca a centros de trabajo en España de la misma empresa o de otra empresa del grupo de que ésta forme parte.
- c) Cuando dicho desplazamiento temporal afecte a trabajadores altamente cualificados y tenga por objeto la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior.

Esta autorización de residencia y trabajo se limitará a una ocupación y ámbito territorial concretos, y su duración coincidirá con el tiempo del desplazamiento del trabajador con el límite de un año.

1.2.5.7. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral, social o familiar (art. 124 RLOEx)¹⁵

¹³ El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en el seno de la UE o del EEE, es objeto de estudio en el Libro I Título IV.

¹⁴ Disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: “Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las empresas establecidas en Estados distintos de los previstos en el artículo 1.2 de la presente Ley en la medida en que tales empresas puedan prestar servicios en España en virtud de lo establecido en los Convenios internacionales que sean de aplicación”.

¹⁵ El arraigo como mecanismo excepcional, para la obtención de residencia temporal, está orientado a los extranjeros que pese a encontrarse en situación irregular en territorio español, mantienen vínculos sociales,

Con carácter preliminar, debe recordarse lo indicado con anterioridad al analizar la situación de residencia temporal, ya que el artículo 31 LOEx dispone que “en estos supuestos no será exigible el visado”, en referencia a los supuestos en que la Administración concede una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales.

Centrando la cuestión en la autorización de residencia temporal por razones de arraigo, el artículo 124 RLOEx establece que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Por arraigo laboral¹⁶.

1. Con carácter general. podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud.

A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. A estos efectos se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, en el caso de actividad por cuenta ajena, como mínimo una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses, y en el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses.

económicos o familiares con España o con otros individuos residentes en España, extremos éstos que han de ser objeto de prueba (STS contencioso administrativo 13-05-2008).

¹⁶ Reforma operada por Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, pretende adecuar el marco de las autorizaciones de trabajo al nuevo marco de contratación establecido por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, además de actualizar algunos elementos de figuras previstas en el Reglamento de Extranjería tras las novedades jurisprudenciales de los últimos años, integrando en el reglamento soluciones que se habían aportado a través de instrucciones.

2. Arraigo por colaboración con las autoridades laborales (artículo 127 RLOEx). Se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los órganos competentes la concesión de la autorización de residencia a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.

La Dirección General de Migraciones podrá conceder una autorización de colaboración con la administración laboral competente a aquellas personas que acrediten ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante cualquier medio de prueba, estar trabajando en situación irregular durante un periodo mínimo de seis meses en el último año, y que cumplan con los requisitos del artículo 64.2. de este reglamento, a excepción del apartado a). Esta autorización tendrá un año de duración y habilitará a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia. La solicitud podrá ser presentada por la persona interesada o de oficio por parte de la autoridad laboral, e incorporará la resolución judicial o administrativa relativa al acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- b) Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:
 1. Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.
 2. Contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año. Dicha contratación habrá de estar basada en la existencia de un solo contrato, salvo en los siguientes supuestos:
 - En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos de duración mínima de seis meses.
 - En el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un

empleador, se admitirá la presentación de varios contratos, todos ellos de duración mínima de un año, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global.

3. Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

En los supuestos de arraigo social acreditado mediante informe, que deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo máximo de treinta días desde su solicitud, en éste deberá constar, entre otros factores de arraigo que puedan acreditarse por las diferentes Administraciones competentes, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

El órgano que emita el informe podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios económicos suficientes. En caso de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 105.3 RLOEx, se podrá alegar que los medios económicos derivan de una actividad a desarrollar por cuenta propia.

En caso de que el informe no haya sido emitido en plazo, circunstancia que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

c) Por arraigo familiar:

1. Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de sus obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Asimismo, cuando se trate de persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la persona solicitante que presta dicho apoyo tenga a cargo a la persona con discapacidad y conviva con ella. En este supuesto se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia.

2. Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española. También cuando se trate de ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años, o mayores de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho. Se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia.
3. Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

d). Arraigo para la formación.

1. Por arraigo para la formación, podrán obtener una autorización de residencia, por un periodo de doce meses, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años. Además, deberán cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

b) Comprometerse a realizar una formación reglada para el empleo o a obtener un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional. O bien, en el ámbito de la formación permanente de las universidades, A estos efectos, la matriculación deberá haberse realizado en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización de residencia.

El solicitante deberá aportar acreditación de dicha matriculación en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución de concesión de la autorización.

Esta autorización de residencia podrá ser prorrogada una única vez por otro período de doce meses en los casos que la formación tenga una duración superior a doce meses o su duración exceda la vigencia de la primera autorización concedida.

Una vez superada la formación, y durante la vigencia de la autorización de residencia, el interesado presentará la solicitud de autorización de residencia y trabajo ante la Oficina de Extranjería

junto con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario que garantice al menos el salario mínimo interprofesional, o el establecido por el convenio colectivo de aplicación, en el momento de la solicitud, y prueba de haber superado la formación prevista en la solicitud de residencia. La Oficina de Extranjería concederá en estos casos una autorización de dos años que habilitará a trabajar.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 129 RLOEx, el extranjero que haya obtenido la autorización de residencia temporal por razón de arraigo, le será reconocido la autorización de trabajo con una vigencia igual que la de residencia.

2. Derechos socio-laborales.

De acuerdo con el artículo 3 LOEx, los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.

Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

La LOEx recoge en los artículos comprendidos del 4 al 15, los derechos y libertades de los extranjeros. En las siguientes líneas el objeto de estudio se centrará en los derechos socio laborales de los extranjeros que encontrándose en España desarrollen actividad laboral por cuenta propia o ajena. Para la elaboración de este epígrafe se han consultado diversas bases de datos¹⁷, empleando para su mejor entendimiento la estructura diseñada por el Tribunal Constitucional¹⁸.

- a) Derechos inherentes a la dignidad humana, y por lo tanto reconocidos por igual a españoles y extranjeros. Son los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho a la libertad personal y seguridad, y a la tutela judicial efectiva.

¹⁷ Memento Social de Francis Lefebvre y Aranzadi Base de datos.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984; 99/1985; 115/1987 y 260/2007.

- b) Derechos exclusivos de nacionales españoles. Son derechos que no pueden ser atribuidos a extranjeros, son derechos políticos recogidos en el artículo 23 de la CE, con la excepción del derecho al sufragio activo y pasivo en elecciones municipales, siempre y cuando, atendiéndose a criterios de reciprocidad, esté reconocido por tratado o ley¹⁹.
- c) Derechos reconocidos a extranjeros según lo dispuesto en los tratados y las leyes. Se trata de derechos condicionados por la situación administrativa en la que se encuentran en territorio español, aplicándose el principio de equiparación restringida ya enunciado en líneas anteriores.
 - 1. Derecho al trabajo, así como derechos derivados de la prestación de servicios por cuenta ajena.
 - 2. Derechos de Seguridad social, incluida la prestación de asistencia sanitaria ante la situación de necesidad generada como consecuencia de la falta de salud.
 - 3. Derecho a la libre circulación a través de las fronteras españolas y a residir en su interior.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece en su artículo 2.2. que “Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia”.

2.1. Derecho al trabajo.

Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la LOEX y las disposiciones que la desarrollen, expuestos a lo largo del punto primero del presente título V, tienen derecho a ejercer en territorio español actividad por cuenta propia o ajena, lo que implica el acceso al sistema de la Seguridad Social. Derecho al trabajo que está condicionado a un ámbito profesional y geográfico durante el primer año de autorización. De modo que este derecho corresponde a los trabajadores extranjeros que se encuentren en situación regular, a sensu contrario, aquellos que carecen de la previa autorización de residencia y trabajo y sean empelados, si bien no se le reconoce el derecho al trabajo, su contrato no es invalidado lo que permite derivar consecuencias del mismo²⁰.

La pérdida de la autorización de trabajo es causa motivadora de la extinción de la relación laboral, enmarcándose en el despido objetivo al amparo del artículo 49.1 l) del ET, y no encontrando acople jurídico en el supuesto recogido en el apartado b) del

¹⁹ Reforma de 27 de agosto de 1992.

²⁰ Los derechos derivados de la prestación de servicios reconocidos a los trabajadores extranjeros en situación irregular son desarrollados en el epígrafe 1.2.1.2. *Consecuencias derivadas de la ausencia de autorización de residencia y trabajo.*

mencionado precepto, como causa válidamente consignada en el contrato, considerándose, en su caso, despido improcedente²¹.

Al margen de la correspondiente autorización previa de residencia y trabajo, existen una serie de supuestos en los que no es necesario la autorización de trabajo para poder realizar una prestación por cuenta propia o ajena, como es el estatus reconocido para el cónyuge e hijos reagrupados en edad laboral, así como para los penados extranjeros privados de la libertad de circulación, para los que la resolución de la autoridad judicial por la que se ordena el ingreso en prisión, tiene validez de autorización de trabajo.

El acceso al empleo público por parte de extranjeros se efectuará en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante)²², contemplándose ciertas restricciones, como la imposibilidad de que los extranjeros puedan adquirir el estatuto de funcionario.

2.1.1. Derechos de carácter colectivo; de reunión, asociación, sindicalización y huelga.

El artículo 11 de la LOEx recoge que “los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”. En el segundo apartado hace igual referencia respecto del derecho a la huelga, incorporando a la legislación la interpretación del Tribunal Constitucional, que pone en valor la redacción literal del artículo 28 de nuestra Norma Fundamental “Todos tienen derecho a sindicarse libremente”, considerando que de conformidad con la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, “el concepto de trabajador, ha de entenderse en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación, debiendo incluirse a todo aquel que presta servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.”²³

2.2. Derechos de Seguridad Social.

El derecho de Seguridad Social de los extranjeros va a depender de su situación administrativa en España, pudiendo distinguir distintos supuestos.

²¹ Sentencia del TS 16-11-2016.

²² El artículo 57.4 EBEP, establece que “Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles”.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre y 260/2007.

2.2.1. Extranjeros en situación regular.

El artículo 10 de la LOEx, reconoce el derecho de los extranjeros residentes al acceso al sistema de la Seguridad Social, cuando reúnan los requisitos previstos en la misma. Por su parte, el artículo 7.1 del TRLGSS, equipara a los españoles, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, respecto de las prestaciones dispensadas por el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional.

El artículo 14 LOEx, distingue en relación con el derecho a Seguridad Social y servicios sociales entre los extranjeros residentes y aquellos “cualquiera que sea su situación administrativa”. Respecto de los primeros, señala el acceso a prestaciones y servicios en igualdad de condiciones que los españoles, puntualizando en su apartado segundo, que los extranjeros residentes tienen derecho a los “servicios y a las prestaciones sociales, tanto legales y básicas como a las específicas”. Este precepto amplía el campo de prestaciones no contributivas a todos los extranjeros residentes, dando nueva redacción al artículo 7.2 párrafo segundo de la LGSS por el Real Decreto Legislativo 8/2015.

La absoluta e incondicionada equiparación entre españoles y extranjeros cuando se encuentren legalmente en territorio nacional es reconocida igualmente por el Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) de 23 de febrero de 1967. Por su parte el Estatuto de Refugiados de Ginebra de 28 de julio de 1951, establece su equiparación respecto de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación. Y el artículo 9.10 del Código Civil, permite equiparar a todos los efectos los apátridas.

En lo que a los ciudadanos comunitarios se refiere están equiparados a los españoles en virtud de lo dispuesto en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009.

2.2.2. Extranjeros en situación irregular.

Como ya se adelantaba, el artículo 14 LOEx, en su apartado tercero, hace referencia al derecho de los extranjeros, “cualquiera que sea su situación administrativa”, a los servicios y prestaciones sociales básicas.

En lo que a protección de la salud y asistencia sanitaria se refiere, el Real Decreto Ley 7/2018²⁴ modifica la redacción del artículo 3 ter de la Ley 16/2003²⁵, para disponer que, las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas

²⁴ Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al sistema de salud. Esta norma introduce la sentencia del TC 139/2016, por la que se declaró inconstitucional el límite de ingresos de 100.000 euros establecido en el derogado artículo 2 del Real Decreto 1192/2012, universalizando la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes legales e ilegales.

²⁵ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1 LOEx.

En relación con las consecuencias derivadas del empleo de un trabajador extranjero en situación irregular, y partiendo de la redacción del artículo 36.5 LOEx, el contrato celebrado no es nulo, pudiendo generar además de responsabilidades empresariales en materia de Seguridad social, prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación, con expresa exclusión de la prestación por desempleo. En este sentido, los Convenios 19 y 97 de la OIT reconocen el derecho de los extranjeros en situación irregular a la obtención de prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y así lo ha recogido el artículo 42 del Real Decreto 84/1196²⁶ indicando que; “los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida”.

La conclusión lógica, es que, al margen de la asistencia sanitaria, los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular solamente están cubiertos ante situaciones de necesidad generada como consecuencia de riesgos profesionales, excluyéndose la protección por desempleo²⁷.

A continuación, pasamos a analizar con mayor profundidad el caso particular enjuiciado en la ya mencionada STS, Sala Cuarta de lo Social, de 21 de enero de 2010 (Rec. 106/2019), que resuelve el recurso de casación interpuesto por un ciudadano de Guinea Conakry que carecía de autorizaciones de residencia y trabajo en España y que en 2005 había sido expulsado del territorio nacional con prohibición de entrada y que comenzó a trabajar para la empresaria demandada como peón agrícola en la campaña de la aceituna, presentando para formalizar el alta en la Seguridad Social la documentación de otra persona, cuya identidad asumió a estos efectos. Por su parte, la empresaria, que desconocía que la identidad fuera falsa, realizó las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social. Un día al acudir al trabajo el ciudadano extranjero sufrió un accidente de tráfico, derivando posteriormente en el inicio de un procedimiento de declaración de incapacidad permanente. Para el Tribunal la cuestión a resolver se concreta en determinar si un trabajador extranjero que sufrió un accidente de trabajo mientras se hallaba prestando servicios para una empresa que le había dado de alta y contratado en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, puede tener derecho a las prestaciones derivadas del mismo cuando se acredita que dicho trabajador había

²⁶ Redacción dada por el Real Decreto 1041/2005.

²⁷ Artículo 36.5 LOEx.

suplantado la personalidad de otro, y resultó carecer de la autorización para residir que sí tenía el suplantado. Siendo esta circunstancia la que permitió dicha contratación y su alta en Seguridad Social por parte de la empresaria.

Así, el Tribunal Supremo entiende, por un lado, que no hubo contrato por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 1261 del Código Civil, puesto que el error provocado dolosamente, al recaer sobre un elemento sustancial cual era la propia identidad, origen y situación jurídica del trabajador en relación con las exigencias de la LOEx, nos sitúa ante un error sustancial que invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 del Código Civil. Y, por otro lado, considera que en el artículo 36 LOEx se impone al empleador y no al trabajador la obligatoriedad de solicitar las autorizaciones para residir y para trabajar, de forma que no solo es “irregular” el trabajador extranjero que presta sus servicios en España sino también el empleador que contrata sin aquellas autorizaciones; y es sobre esa “irregularidad” del empresario sobre la que el apartado 3 (hoy apartado 5) del precepto dispone que no se considera inválido el contrato e imputa al empresario las responsabilidades que de la misma se deriven como claramente se aprecia en el inicio de su redacción cuando toda esa responsabilidad la hace derivar de “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario”. El legislador ha relativizado los efectos de lo que sería una nulidad absoluta por infracción de una norma imperativa tan contundente como la de que, cualquier trabajador extranjero “precisará” aquellas autorizaciones para trabajar en España en aplicación de las previsiones de excepción del artículo 6.3 “in fine” del Código Civil, sobre la base de aquella irregularidad empresarial, entendiendo con defendible criterio de justicia que en los supuestos en que la irregularidad era del empresario habría de ser éste y no el trabajador el responsable de los daños de todo tipo derivados de aquella irregularidad.

Ahora bien, cuando la carencia de aquellas autorizaciones no es debida a un incumplimiento “por parte del empleador” sino a una actuación dolosa del trabajador como en el caso ha ocurrido, desaparece el condicionante relativizador del apartado 3 (hoy apartado 5) del artículo 36 LOEx para quedar incumplida una norma prohibitiva en toda su puridad y con todas sus consecuencias cual es la nulidad de pleno derecho del contrato celebrado.

Concluye el Tribunal Supremo indicando que a partir de la inexistencia y consiguiente nulidad del contrato celebrado entre el trabajador extranjero y su empresaria, los únicos efectos del mismo serán los que deriven de la aplicación del artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores, los que reconoce a todo trabajador extranjero el artículo 14.3 LOEx, o los que puedan derivar de responsabilidad extracontractual – de tráfico en el caso de autos por tratarse de un accidente de trabajo “in itinere” o del propio empresario en los casos en los que pueda apreciarse culpa extracontractual derivada de culpa o negligencia que no es el caso -; no pudiendo afirmarse que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallasen en la situación de ilegalidad del demandante.

2.3. Derecho a la libre circulación a través de las fronteras españolas y a residir en su interior.

El contenido del derecho a la libre circulación y residencia se desarrolla ampliamente en el punto primero del presente Título.

3. Infracciones administrativas.

La regulación actual de las infracciones en materia de autorizaciones de trabajo de extranjeros, cuando afecta al orden social, presenta la disfuncionalidad regulativa de mantener tipos idénticos de carácter sancionador en dos normas distintas: de un lado, artículos 51 a 55 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y de otro, artículo 37 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (TRLISOS). Ello es debido a que la LOEx recoge también los tipos infractores relativos al trabajo de extranjeros, sin proceder a la derogación del artículo 37 TRLISOS. Pero esta duplicidad normativa e infractora no debe dar lugar, en la aplicación concreta, a una duplicidad de sanciones, sino que debe entenderse la prioridad aplicativa de la LOEx, por razón de especialidad, sobre el TRLISOS²⁸.

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las “normas en materia de trabajo de extranjeros” y a los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales (Escala de Empleo y Seguridad Social), realizar las funciones inspectoras de apoyo, gestión y colaboración en “la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa sobre trabajo de extranjeros en España”. En el mismo sentido se pronuncian el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, y el artículo 253 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Así, la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia se extiende tanto a las infracciones señaladas en el artículo 52 c), d) y e); artículo 53.1 b) y 53.2 a); y artículo 54.1 d) y 54.1 f), todos ellos de la LOEx, como a las señaladas en el artículo 37 TRLISOS.

²⁸ No obstante, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en consulta de 13 de marzo de 2015 y en línea con lo señalado por la Abogacía del Estado, entiende que la tipificación aplicable a la conducta consistente en la utilización de trabajadores para trabajar por cuenta ajena, que dispongan de autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, será la infracción muy grave tipificada en el artículo 37.1 TRLISOS.

3.1. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada sustancialmente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y, en especial y por lo que a la materia sancionadora se refiere, por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, regula en su Título III las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, especificando que la potestad sancionadora se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con el artículo 51 LOEx, incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes, de los que procedemos a enumerar exclusivamente aquellos que se ven afectados por las competencias de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3.1.1. Infracciones leves (art. 52 LOEx).

3.1.1.1. Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal (art. 52.c) LOEx).

Puede ser sujeto responsable de esta infracción el trabajador por cuenta propia que tenga la condición de extranjero mayor de 18 años y que esté en posesión de una autorización de residencia temporal.

Para determinar la existencia de una actividad por cuenta propia se exige que la actividad económica que se realice lo sea de forma habitual, personal y directa a título lucrativo y sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas²⁹. En el caso de trabajos de temporada, la habitualidad debe referirse a la duración normal de ésta.

Se presume, salvo prueba en contrario, que concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo si ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo. También tienen esta consideración:

²⁹ Artículos 2 y 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

- El cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive, de estos trabajadores cuando de forma habitual, personal y directa colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados.
- Los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajen en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.

3.1.1.2. Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular (art. 52.d) LOEx).

Como sujeto responsable nos encontramos, en este caso, tanto al trabajador por cuenta ajena como al trabajador por cuenta propia, que tenga la condición de extranjero y que se encuentre trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo. Por lo tanto, se trata de infracciones que pueden ser cometidas durante la vigencia del primer año de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena.

3.1.1.3. La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados (art. 52.e) LOEx).

Este tipo infractor tiene como posible sujeto responsable al empresario que contrata a trabajadores que están en posesión de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, pero la cual no les habilita a trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico en cuestión. Resulta de interés tener en cuenta que se cometerán tantas infracciones como trabajadores extranjeros, en tal situación, ocupe el empresario.

3.1.2. Infracciones graves (art. 53 LOEx).

3.1.2.1. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida (art. 53.1.b) LOEx).

Es sujeto responsable el trabajador extranjero por cuenta propia o por cuenta ajena que carece de autorización para trabajar y de autorización de residencia válida (a diferencia de lo indicado anteriormente para la infracción leve del artículo 52.c) LOEx).

Cuando se trate de un trabajador extranjero por cuenta ajena, que carece de autorización de trabajo, pero cuenta con autorización de residencia, no cabría aplicar el presente precepto infractor, debiendo estar a lo dispuesto en el artículo 37 del TRLISOS.

3.1.2.2. No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral (art. 53.2.a) LOEx).

En este caso es sujeto responsable de la infracción el empresario que ha iniciado el procedimiento de solicitud de autorización (arts. 34.6 y 38.3 LOEx y arts. 63 y 67 RLOEx) y, una vez obtenida, no procede a tramitar el alta del trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo hubiera solicitado o, a registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, por el mero hecho de que no se ha iniciado la relación laboral.

No obstante, como se indica en el tipo, estará exento de esta responsabilidad el empresario que comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación.

En consonancia con esta exención de responsabilidad, podemos afirmar que la aplicación de este tipo infractor se reserva para aquellos supuestos en que no ha tenido lugar la efectiva prestación de servicios por parte del trabajador extranjero al no haberse iniciado propiamente la relación laboral.

3.1.3. Infracciones muy graves (art. 54 LOEx).

3.1.3.1. La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1.d) LOEx).

La conducta tipificada es la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo³⁰, siendo únicamente sujeto responsable quien tenga la condición de empresario.

³⁰ Supuesto distinto de la infracción muy grave prevista en el artículo 37.1 del TRLISOS: “Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la preceptiva autorización de

Por carecer de la preceptiva autorización de trabajo se entienden aquéllos supuestos en que se ha constatado que un trabajador extranjero con autorización de trabajo inicial, limitada a un sector de actividad y área geográfica concreta, se encuentra prestando servicios en otro sector de actividad y/o área geográfica³¹. En este sentido, algunos Tribunales Superiores de Justicia consideran que el trabajador extranjero carece de autorización cuando ésta no es para un sector de actividad o área geográfica donde se le contrata, considerando el ámbito geográfico o de actividad como un elemento esencial de la autorización de trabajo, por lo que la realización por un extranjero de trabajos fuera del ámbito geográfico o de la actividad para el que se concedió la autorización se ha de entender como un trabajo no cubierto por la autorización concedida, es decir, un trabajo de extranjero sin autorización para trabajar³². No obstante, debe indicarse que algunos juzgados de lo contencioso han dictado sentencias en sentido contradictorio al anteriormente expuesto.

Asimismo, se incurre en la comisión de la infracción aun cuando la Administración se demore en resolver la solicitud de autorización de trabajo y residencia, ya que la autorización para trabajar debe obtenerse con carácter previo a la contratación laboral del trabajador. Tal conclusión deriva del sentido del silencio administrativo establecido en este ámbito y que opera de forma desestimatoria y negativa³³.

Por último, debe resaltarse que se incurrirá en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

3.1.3.2. Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito (art. 54.1.f) LOEx).

Nuevamente, es sujeto responsable de la infracción quien tenga la condición de empresario en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, exigiendo el tipo que la conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley (por ejemplo, autorización de trabajo; reagrupación familiar; etc.).

3.1.4. Sanciones (art. 55 LOEx y art.254 RLOEx).

trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado”.

³¹ Instrucción 5/2006, de 5 de junio de 2006, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

³² STSJ C. Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 16 de enero de 2002.

³³ Disposición adicional primera LOEx.

Las sanciones por las infracciones referenciadas anteriormente podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios expresados a continuación y aplicando el principio de proporcionalidad.

Así, calificadas las infracciones en la forma y conforme a los tipos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las sanciones se graduarán en atención al grado de culpabilidad del sujeto infractor, al daño producido o al riesgo derivado de la infracción y la trascendencia económica de ésta. Igualmente, se tendrá en especial consideración, en caso de proceder la imposición de la sanción de multa y para la determinación de su cuantía, la capacidad económica del infractor.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.1 LOEx y en el artículo 254.4 RLOEx, las infracciones se sancionarán:

- a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 50 a 100 euros; en su grado medio, de 101 a 250 euros; y en su grado máximo, de 251 a 500 euros.
- b) Las graves, en su grado mínimo, con multa de 501 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros; y en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros. En el supuesto contemplado en el artículo 53.2 a) LOEx, además de la sanción indicada, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje.
- c) Las muy graves, en su grado mínimo, con multa de 10.001 a 20.000 euros; en su grado medio, de 20.001 a 50.000 euros; y en su grado máximo de 50.001 hasta 100.000 euros.

Como sanción accesoria, el artículo 55.6 LOEx prevé que para el supuesto de la infracción tipificada en la letra d) del apartado 1 del artículo 54 LOEx (contratación de trabajadores sin autorización de residencia y trabajo), la autoridad gubernativa podrá adoptar, sin perjuicio de la sanción que corresponda, la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años.

En caso de que las infracciones previstas en los artículos 52.e) o 54.1.d) LOEx se cometieran por una empresa subcontratista de otra empresa, la Ley Orgánica 4/2000 establece, en su artículo 55.7, que el contratista principal y todos los subcontratistas intermedios que conocieran que la empresa sancionada empleaba a extranjeros sin contar con la correspondiente autorización, responderán, solidariamente, tanto de las sanciones económicas derivadas de las sanciones, como de las demás responsabilidades derivadas de tales hechos que correspondan al empresario con las Administraciones públicas o con el trabajador. No obstante, el contratista o subcontratista intermedios quedarán exceptuados y, por tanto, no podrán ser considerados responsables si hubieran respetado la diligencia debida definida en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En relación con esta última precisión relativa a la “diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones contractuales” debe señalarse la dificultad con la que

se antoja la apreciación de la responsabilidad solidaria, ya que la diligencia se vincula a las obligaciones contractuales. No obstante, debe traerse a colación lo dispuesto en el artículo 16.5 del TRLGSS, según el cual, los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo deberán comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de cada uno de los trabajadores que estos ocupen en los mismos durante el periodo de ejecución de la contrata o subcontrata; si bien dicho precepto no hace mención a la autorización de trabajo, si atiende a la necesidad de comprobar la afiliación y el alta en la Seguridad Social, siendo esta condición que dota de efectos a la autorización de trabajo previamente concedida, según dispone el artículo 36.2 LOEx.

3.1.4.1. Incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuando se sancione a un empleador que utilice a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación de trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

Se trata, por tanto, de la imposición de una sola sanción de multa para cuyo cálculo económico se establece una fórmula compleja o mixta que tiene una parte fija, la cuantía de la multa prevista actualmente en la Ley Orgánica 4/2000, y una parte variable, calculada en función del tiempo trabajado para la empresa o sujeto responsable sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, para lo que se aplica una fórmula de escala móvil, como lo es en este caso la cuantía equivalente al importe que hubiere supuesto la cotización a la Seguridad Social si el trabajador extranjero hubiera sido contratado regularmente y hubiera estado dado de alta.

Debe observarse la naturaleza jurídica sancionadora (y no liquidatoria) de dicho incremento de multa y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan: por un lado, al no tratarse de deudas por cuotas de Seguridad Social, no procede aplicar los recargos derivados de estas y, por otro lado, el periodo computado para calcular su importe abarca hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios (normalmente el día de la visita), ya que al no tratarse de cuotas a la Seguridad Social no cabría excluir los

días hipotéticamente comprendidos en el “plazo reglamentario de ingreso” de las mismas³⁴.

En el acta de infracción que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extienda al efecto, la propuesta de sanción especificará los parámetros utilizados para el cálculo de la cuantía total de la multa³⁵, y el importe correspondiente al incremento de esta sanción se recaudará conjuntamente con el de esta última conforme al procedimiento reglamentariamente establecido en ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000. Las cantidades recaudadas se transferirán periódicamente a la Tesorería General de la Seguridad Social a instancias del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Acerca de la posibilidad de aplicar el incremento previsto en el referido artículo 48 de la Ley 62/2003 en caso de que el trabajador extranjero lleve trabajando un solo día, se entiende que procedería el incremento por el día entero, independientemente de las horas que lleve trabajando, pues no existe en nuestra normativa la cotización por horas, sino por días. Siendo así, que en los supuestos de contratos a tiempo parcial la cotización es diaria o mensual, según los grupos de cotización, calculándose las bases en función del salario recibido y solo cabe este tipo de contratos y cotización cuando se constate la naturaleza a tiempo parcial de los servicios prestados. Ciertamente es posible que el trabajador extranjero deje de trabajar debido a la actuación inspectora llevada a cabo, pero no por la naturaleza parcial de los servicios. En consecuencia, se estima que sí cabe el incremento por el total de la jornada³⁶.

Otra cuestión que ha sido analizada en relación con la aplicación del incremento de la sanción del artículo 48 de la Ley 62/2003 ha sido la relativa a la posibilidad de excluir, en los procedimientos sancionadores derivados del trabajo de extranjeros sin la previa autorización, la sanción incremental en aquellos casos en que la empresa cotizó por el trabajador aun cuando carecía de la citada autorización. En tales casos, entiende la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que no cabe el juego de la compensación ni de la deducción de cuotas, sin perjuicio de que el empresario pueda solicitar la devolución de los ingresos indebidos, de conformidad con lo dispuesto en el

³⁴ Consulta de 20 de febrero de 2004 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

³⁵ Consulta de 20 de febrero de 2004 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: “En dichas actas de infracción deben desglosarse ambos importes, a cuyo efecto, en hoja separada, se especificarán los parámetros utilizados para el cálculo del incremento de multa referido en el párrafo anterior y en particular, los siguientes datos: a) Periodo de prestación de servicios y elementos utilizados para su determinación; régimen de Seguridad Social, grupo, bases y tipos de cotización que habrían sido aplicables si el trabajador extranjero hubiera estado en situación regular; y cuantos otros datos pueda el funcionario aportar o deducir a los fines indicados; b) Se podrá determinar por estimación la base de cotización, en los supuestos y según los criterios establecidos en el artículo 32.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 928/1998, tomando como referencia el grupo de cotización en que habría estado encuadrada la categoría de un trabajador en situación regular que prestara servicios similares a los del trabajador extranjero sin autorización, y en caso de que no fuera conocida, se procederá conforme a lo previsto en el apartado 3 del citado precepto; c) Si el acta de infracción afectase a varios trabajadores extranjeros, el importe del incremento de multa será la suma de las cuantías que resulten aplicables por cada uno de ellos conforme a lo establecido en los apartados a) y b) anteriores”.

³⁶ Consulta de 20 de febrero de 2007 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

artículo 44 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio³⁷.

3.1.5. Prescripción de las infracciones y sanciones (art. 56 LOEx).

En relación con la prescripción de las infracciones y sanciones el artículo 56 LOEx distingue entre:

3.1.5.1. Infracciones.

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses.

3.1.5.2. Sanciones.

Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año.

Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años.

³⁷ Consulta de 20 de septiembre de 2013 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: “Sucede pues que en los indicados supuestos se sobrepone una formal realización de ingreso de cuotas y por otra parte, una vez ultimado el procedimiento sancionador siendo ejecutiva la resolución, un crédito a favor de la Hacienda Pública por un recurso no tributario derivado de la indicada sanción adicional. Indudablemente, y en términos generales, no debe suplementarse la dualidad de ingresos proyectados a la misma referencia de base de cotización, que provocara un enriquecimiento injusto de la Administración. No puede producirse una compensación entre crédito y deuda de la empresa, ya que la misma requeriría, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1196 del Código Civil se exige que las dos deudas estén vencidas y que sean líquidas y exigibles. A lo que habría que añadir la consideración de la dualidad de sujetos recaudadores que obstaculizaría tal compensación, siendo por un lado el órgano recaudador de las cuotas ingresadas la Tesorería General de la Seguridad Social, y por otro el órgano recaudador de las sanciones, en última instancia, la Agencia Tributaria, bien que en este caso se hayan de transferir los importes a la TGSS y aquellas circunstancias (deudas vencidas, líquidas y exigibles) no concurren ni en el posible crédito a favor de la empresa por cotización indebida, al estar sujeto a un acuerdo de devolución de ingresos indebidos regulado por el artículo 44 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, ni tampoco en la posible deuda por sanción, ya que la misma no ha sido aún impuesta limitándose el acta de infracción a la iniciación del procedimiento sancionador. Por tanto, y hechas estas precisiones, el ajuste al principio de legalidad exige recoger en la propuesta de sanción el importe adicional previsto a la multa principal. Así pues, en la iniciación de expedientes sancionadores en materia de extranjeros derivados de ocupación con carencia de autorización para trabajar del trabajador extranjero, no puede obviarse la inclusión de la sanción incremental de referencia a cuotas, ni operarse por tanto por el funcionario actuante una compensación de facto entre una supuesta cotización indebida, aún no reconocida con este carácter, por el órgano competente y un importe por una posible sanción que aún no ha sido impuesta”.

3.1.6 Expulsión del territorio (art. 57 LOEx y art. 254.5 RLOEx).

Comienza el artículo 57 LOEx, en su apartado 1, indicando que “cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Por su parte, el artículo 254.5 párrafo 3 RLOEx dispone que “en los casos de infracción prevista en los artículos 53.1. b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y del artículo 54.1. d) y f), cuando el empresario infractor sea extranjero, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en el acta de infracción se hará constar expresamente que en virtud de lo establecido en el artículo 57.1 de la referida Ley Orgánica el órgano competente para resolver podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa”.

Es importante destacar que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y sanción.

En cuanto a los efectos derivados de la aplicación de la expulsión debemos señalar los siguientes: la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España y el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. Ello, sin perjuicio de que la expulsión pueda ser revocada en los supuestos que se determinen reglamentariamente³⁸.

Por lo que se refiere a las limitaciones, la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54 letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- b) Los residentes de larga duración.
- c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.
- d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica

³⁸ Artículo 245.2 RLOEx.

asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

Por último, hay que señalar que la Ley Orgánica 4/2000 exige que la resolución de expulsión se notifique al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos.

3.1.6.1 Expulsión de trabajadores por cuenta ajena. Referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015.

Si atendemos al tenor literal del artículo 57.1 LOEx, “cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica”, podrá aplicarse la expulsión del territorio español. Es decir, se admite la posibilidad de expulsión tanto de trabajadores por cuenta ajena como de trabajadores por cuenta propia y empresarios.

Sin embargo, el párrafo 3 del artículo 254.5 RLOEx limita la aplicación de la expulsión del territorio español a los trabajadores por cuenta propia (infracción prevista en el artículo 53.1. b) LOEx) y al empresario (infracciones de los artículos 54.1. d) y f) LOEx).

Para clarificar esta problemática suscitada por la diferente regulación contenida en la Ley Orgánica 4/2000 y en el Real Decreto 557/2011, vamos a servirnos a continuación de lo dictado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, por la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas y procedimientos comunes en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Dicha sentencia interpreta y analiza el derecho español en relación con la Directiva 2008/115/CE, concluyendo que:

- a) Procede la aplicación de la expulsión del territorio tanto para trabajadores por cuenta propia como para trabajadores por cuenta ajena.
- b) La aplicación de la expulsión tendrá carácter prioritario frente a la imposición de la sanción de multa.

- c) Únicamente se impondrá la sanción de multa en lugar de la aplicación de la expulsión del territorio en los siguientes supuestos:
1. A los nacionales de terceros países que sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro, a los que se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro.
 2. Si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdo o convenios bilaterales vigentes.
 3. Un tercer país le conceda un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo.
 4. Si el nacional de un tercer país tiene pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.

En este sentido, la Abogacía del Estado³⁹ concluye que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Directiva 2008/115/CE, procede aplicar la sanción de expulsión con carácter prioritario a los trabajadores extranjeros que se encuentren en territorio español en situación irregular. Asimismo, dictamina que la sanción de expulsión debe aplicarse a los trabajadores extranjeros por cuenta propia y por cuenta ajena, no pudiendo considerarse la limitación establecida en el Reglamento por contrariar la Ley de Extranjería.

3.1.7 Tramitación del expediente (art. 55. 2 LOEx, art. 254 RLOEx).

La ordenación de la tramitación de los expedientes sancionadores corresponde, según el artículo 254.5 RLOEx, a las Jefaturas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social competentes por razón del territorio o, en el caso de Comunidades Autónomas a las que se les haya traspasado la competencia en materia de inspección, al órgano competente de acuerdo con la normativa autonómica de aplicación.

Continúa, el artículo 254.5 RLOEx, indicando que la iniciación, el contenido de las actas, la notificación y las alegaciones se ajustarán a lo dispuesto en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden

³⁹ Informe Abogacía del Estado en el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, de 17 de septiembre de 2018 (N. REF. 1667/2018).

social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

Las actas de infracción de extranjeros serán notificadas por las Jefaturas de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o en su caso por los órganos autonómicos competentes, al sujeto o sujetos responsables, haciendo constar expresamente la posibilidad de formular alegaciones contra ellas en el plazo de quince días. En caso de no haberse formulado escrito de alegaciones continuará la tramitación del procedimiento hasta dictar la resolución. Por el contrario, si se formularan alegaciones, la Jefatura de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o en su caso el órgano autonómico, podrá solicitar, a la vista de estas, el informe ampliatorio al inspector o subinspector que practicó el acta. Dicho informe se emitirá en el plazo de quince días y será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintas a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de esta o indefensión por cualquier causa.

Una vez instruido el expediente, el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o en su caso el órgano autonómico competente, lo elevará con la propuesta de resolución al Delegado o Subdelegado del Gobierno, o en su caso al órgano autonómico competente para resolver fijando de forma motivada los hechos probados, su calificación jurídica y la cuantía de la sanción que se propone imponer y, en el caso de que el acta de infracción incluyese como sanción accesoria la clausura del establecimiento, también debe efectuarse una propuesta de resolución sobre aquélla.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.2 LOEx, la imposición de sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica corresponderá al Subdelegado del Gobierno y al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. No obstante, cuando una Comunidad Autónoma tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros la imposición de las sanciones en los supuestos de infracción previstos en el artículo 52.c), d) y e), artículo 53.1.b) y 53.2.a) y artículo 54.1.d) y f) corresponderá a la Comunidad Autónoma y se ejercerá por la Autoridad que la misma determine.

Así, el órgano competente para resolver, previas las diligencias que estime necesarias, dictará resolución en el plazo de diez días desde la finalización de la tramitación del expediente. En el caso de que el órgano competente para resolver decida aplicar la sanción de expulsión del territorio español en lugar de la sanción de multa, dictará resolución de expulsión con los requisitos y efectos establecidos en el artículo 242 RLOEx.

Finalmente, indicar que las resoluciones sancionadoras que dicten los Subdelegados del Gobierno o los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, o en su caso el órgano autonómico competente, quedan sometidas al régimen común de recursos, y en lo no previsto por el procedimiento especial, regulado por el Real Decreto 928/1998, regirá el procedimiento común (disposición adicional 1ª.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre).

3.2 Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Como ya indicamos al inicio del presente título, el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social recoge, en la Sección 2.^a de su Capítulo IV, las infracciones en materia de permisos de trabajo de extranjeros, al no haber sido derogado el artículo 37 TRLISOS por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Previamente al estudio del régimen de infracciones que, en materia de extranjería, prevé el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, debemos referirnos al artículo 2 de dicho texto legal que delimita su ámbito subjetivo de aplicación indicando que “son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley y, en particular, las siguientes: 5. Los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros”.

3.2.1 Infracciones (art. 37 TRLISOS).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 37 TRLISOS, serán consideradas conductas constitutivas de infracción muy grave las de:

3.2.1.1. Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado (art. 37.1 TRLISOS).

De acuerdo con el tipo, la conducta infractora viene dada por la utilización de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la preceptiva autorización de trabajo (o su renovación), siendo sujeto responsable el empresario.

En la actualidad, su aplicación práctica viene referida a los siguientes supuestos:

1. Trabajadores extranjeros que cuentan con autorización de residencia, pero no de trabajo y, sin embargo, desarrollan una actividad laboral⁴⁰.
2. Empresarios que utilicen trabajadores extranjeros para trabajar por cuenta ajena cuando, en realidad, dispongan de autorización administrativa para trabajar por cuenta propia⁴¹.

⁴⁰ Informe de la Abogacía del Estado, de 10 de febrero de 2011.

⁴¹ Consulta de 13 de marzo de 2015 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: “En línea con lo señalado en el informe de la Abogacía del Estado de 10 de febrero de 2011, respecto de trabajadores extranjeros que cuentan con permiso de residencia pero no de trabajo, como conclusión debemos señalar que la tipificación aplicable a la conducta consistente en la utilización de trabajadores para

3. Contratación de estudiantes extranjeros no comunitarios ni del Espacio Económico Europeo, sin autorización para trabajar, en actividades no ligadas con los estudios que están realizando⁴².

En último lugar, hay que destacar que en estos casos se incurrirá en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

3.2.1.2. Los extranjeros que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado (art. 37.2 TRLISOS).

Este tipo infractor, a pesar de no haber sido derogado expresamente por la Ley Orgánica 4/2000, carece de aplicación práctica dado que la conducta que recoge está contemplada en las infracciones de los artículos 52.c) LOEx (leve) y 53.1.b) LOEx (grave), que gozan de prioridad aplicativa.

3.2.1.3. Las de las personas físicas o jurídicas que promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo (art. 37.3 TRLISOS).

Al igual que en el caso anterior, el tipo infractor del artículo 37.3 TRLISOS no resulta aplicable puesto que dicha conducta se recoge en la infracción muy grave del artículo 54.1.b) LOEx. Infracción esta última respecto de la cual carece de competencia la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3.2.2 Sanciones (arts. 39 y 40 TRLISOS).

En relación con los criterios de graduación de las sanciones, comienza el artículo 39.1 TRLISOS indicando que las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo.

Continúa el precepto señalando en su apartado 2 que, una vez calificadas las infracciones, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimientos de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados, perjuicio causado y cantidad defraudada, como

trabajar por cuenta ajena, que dispongan de autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, será la prevista en el artículo 37.1 del TRLISOS”.

⁴² Consulta de 31 de enero de 2017 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

circunstancias que pueden agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida. No obstante, debe precisarse que en el supuesto de incurrir en la infracción prevista en el artículo 37.1 TRLISOS no procedería la aplicación del criterio de graduación referido al número de trabajadores, ya que el mismo se contempla en el precepto tipificador.

De acuerdo con el artículo 40.1 TRLISOS, las infracciones en materia de trabajo de extranjeros se sancionarán: las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

Para finalizar debe indicarse que, en los supuestos de las infracciones cuya tipificación se contempla en el artículo 37 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no procede aplicar el incremento de la cuantía de la multa con lo que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, a que hace referencia el artículo 48 de la Ley 62/2003.

3.2.3 Prescripción de las infracciones (art. 4 TRLISOS).

En cuanto a la prescripción de las infracciones, el artículo 4.1 TRLISOS establece que las infracciones en el orden social a que se refiere la presente Ley prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo lo dispuesto en los números siguientes.

3.2.4 Competencia sancionadora (art. 48 TRLISOS y art. 4 RD 928/1998).

Con el fin de abordar el estudio relativo a la atribución de competencia sancionadora debe partirse de la modificación introducida en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social por la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En este sentido, la disposición final primera de la Ley 23/2015 modificó el artículo 48 TRLISOS, dándole la siguiente redacción:

1. El ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al órgano competente, según lo que reglamentariamente se disponga.
2. El ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de la legislación del

orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma.

3. La potestad para acordar las sanciones accesorias establecidas en esta ley corresponderá a quien la ostente para imponer las de carácter principal de las que deriven aquéllas.

No obstante, la propia Ley 23/2015 establece, en su disposición transitoria segunda, que “hasta tanto no entren en vigor las disposiciones reglamentarias que se aprueben en desarrollo del artículo 48.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en la redacción dada por la disposición final primera de la presente ley, continuará siendo de aplicación la regulación en materia de atribución de competencias sancionadoras existente con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley”.

Respecto de la antedicha modificación legislativa, cabe señalar que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 3 de noviembre de 2015, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno Vasco contra la disposición final primera y, por conexión con ella, contra la disposición transitoria segunda de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Más tarde, la STC (Pleno) 21/2016, de 4 de febrero, desestimaría el recurso de inconstitucionalidad.

Por tanto, se hace necesario acudir a la regulación anteriormente contenida en el artículo 48 TRLISOS. En virtud del mismo, la competencia para sancionar las infracciones en el orden social, en el ámbito de la Administración General del Estado, corresponde, a propuesta del Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la autoridad competente a nivel provincial (Jefe de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), hasta 31.000 euros; al Director General competente (Director General del Organismos Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social), hasta 62.500 euros; al titular del Ministerio competente en materia de Trabajo y Economía Social hasta 125.000 euros y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo y Economía Social, a partir de 125.001 euros.

TÍTULO V. EXTRANJERÍA	1
<i>Miguel Abadía Buiza</i>	1
<i>Ana Güemes Burgos</i>	1
FERNANDO SICRE GILABERT	1
DOCTOR EN CIENCIAS ECONÓMICAS Y DOCTOR EN DERECHO	1
INSPECTOR DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL	1
1. INTRODUCCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE: EL EXTRANJERO REGULAR Y EL EXTRANJERO IRREGULAR	1
1.1. Situaciones de los extranjeros en España	5
1.1.1. Situación de estancia (art. 30 LOEx y arts. 28, 36 y 37 RLOEx)	5
1.1.2. Situación de residencia temporal (art. 31 LOEx y art. 45 RLOEx)	6
1.1.3. Residencia de larga duración (art. 32 LOEx y arts. 147 y siguientes RLOEx)	7
1.2. Autorizaciones de trabajo y residencia	8
1.2.1. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 38 LOEx y arts. 62 y siguientes RLOEx)	9
1.2.1.1. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena	11
1.2.1.2. Consecuencias derivadas de la ausencia de autorización de residencia y trabajo	13
1.2.2. Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia (art. 37 LOEx y arts. 103 y siguientes RLOEx)	15
1.2.2.1. Renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia	16
1.2.3. Modificaciones en la autorización de residencia y trabajo. Compatibilidad de la autorización de trabajo por cuenta propia y cuenta ajena	18
1.2.3.1. Cambio de sector, actividad y/o ámbito territorial	18
1.2.3.2. Sustitución de la autorización de trabajo por cuenta ajena por la autorización de trabajo por cuenta propia	18
1.2.3.3. Sustitución de la autorización de trabajo por cuenta propia por la autorización de trabajo por cuenta ajena	19
1.2.3.4. Compatibilidad del trabajo por cuenta propia y ajena del trabajador extranjero	19
1.2.4. Excepciones (art. 41 LOEx y arts. 117 y siguientes RLOEx)	19
1.2.5. Regímenes especiales	21
1.2.5.1. Entrada y residencia para actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación en entidades públicas o privadas (arts. 72 y siguientes Ley 14/2013, de 27 de septiembre)	21
1.2.5.2. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE (art. 38 ter LOEx y arts. 85 y siguientes RLOEx)	21
1.2.5.3. Gestión colectiva de contrataciones en origen (art. 39 LOEx y arts. 167 y siguientes RLOEx)	22
1.2.5.4. Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (art. 42 LOEx y arts. 97 y siguientes RLOEx)	23
1.2.5.5. Residencia temporal y trabajo de los trabajadores transfronterizos (art. 43 LOEx y arts. 182 y siguientes RLOEx)	24
1.2.5.6. Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (art. 43 LOEx y arts. 110 y siguientes RLOEx)	25
1.2.5.7. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo laboral, social o familiar (art. 124 RLOEx)	26
2. DERECHOS SOCIO-LABORALES	31
2.1. Derecho al trabajo	32
2.1.1. Derechos de carácter colectivo; de reunión, asociación, sindicalización y huelga	33
2.2. Derechos de Seguridad Social	33
2.2.1. Extranjeros en situación regular	34
2.2.2. Extranjeros en situación irregular	34
2.3. Derecho a la libre circulación a través de las fronteras españolas y a residir en su interior	37
3. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS	37
3.1. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social	38
3.1.1. Infracciones leves (art. 52 LOEx)	38
3.1.1.1. Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal (art. 52.c) LOEx)	38
3.1.1.2. Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular (art. 52.d) LOEx)	39
3.1.1.3. La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados (art. 52.e) LOEx)	39
3.1.2. Infracciones graves (art. 53 LOEx)	39

3.1.2.1. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida (art. 53.1.b) LOEx).	39
3.1.2.2. No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral (art. 53.2.a) LOEx).	40
3.1.3. Infracciones muy graves (art. 54 LOEx).	40
3.1.3.1. La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1.d) LOEx).	40
3.1.3.2. Simular la relación laboral con un extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito (art. 54.1.f) LOEx).	41
3.1.4. Sanciones (art. 55 LOEx y art.254 RLOEx).	41
3.1.4.1. Incremento de la multa a imponer a quien emplee a un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo.	43
3.1.5. Prescripción de las infracciones y sanciones (art. 56 LOEx).	45
3.1.5.1. Infracciones.	45
3.1.5.2. Sanciones.	45
3.1.6 Expulsión del territorio (art. 57 LOEx y art. 254.5 RLOEx).	46
3.1.6.1 Expulsión de trabajadores por cuenta ajena. Referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015.	47
3.1.7 Tramitación del expediente (art. 55. 2 LOEx, art. 254 RLOEx).	48
3.2 Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.	50
3.2.1 Infracciones (art. 37 TRLISOS).	50
3.2.1.1. Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado (art. 37.1 TRLISOS).	50
3.2.1.2. Los extranjeros que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado (art. 37.2 TRLISOS).	51
3.2.1.3. Las de las personas físicas o jurídicas que promuevan, medien o amparen el trabajo de los extranjeros en España sin el preceptivo permiso de trabajo (art. 37.3 TRLISOS).	51
3.2.2 Sanciones (arts. 39 y 40 TRLISOS).	51
3.2.3 Prescripción de las infracciones (art. 4 TRLISOS).	52
3.2.4 Competencia sancionadora (art. 48 TRLISOS y art. 4 RD 928/1998).	52