

**LA SITUACIÓN JURÍDICO LABORAL DE LOS EXTRANJEROS SEGÚN LA  
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**  
**Carlos L. Alfonso Mellado y Gemma Fabregat Monfort**

**Abstract:** La situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española  
Conceptos clave. Trabajador- Derechos- Extranjero- Autorización- Laboral

Bajo el título de “la situación jurídico laboral de los extranjeros según la legislación española”, en el presente artículo se trata de analizar el estado de los derechos laborales de los extranjeros en el ordenamiento jurídico laboral español. Análisis que se realiza diferenciando entre dos situaciones: la de aquellos extranjeros que se encuentran en nuestro estado de forma regular frente a los que lo hacen de forma irregular, es decir, sin poseer la autorización de residencia y/o de trabajo.

En ambos casos, el estudio se realiza distinguiendo tres puntos: en primer lugar, se analiza lo referente a los derechos estrictamente laborales, atendiendo al principio de equiparación laboral y cómo se traduce en la contratación temporal o indefinida del extranjero (especialmente en los primeros cinco años de autorización); en segundo lugar, el estudio se centra en las prestaciones de seguridad social; y en tercer y último lugar, en los derechos colectivos de trabajo, especialmente, en el derecho de libertad sindical, el derecho a la representación colectiva y el derecho de huelga.

**Abstract:** The legal situation of foreigners under labour law in the Spanish legislation.

Key concepts: Workers – Rights – Foreigners – Authorisation – Labour

Behind the title “The legal situation of foreigners under labour law in the Spanish legislation” stands a current analysis of the state of labour rights of foreigners in the Spanish legal system. This analysis is completed by isolating two different situations: That from those foreigners who hold a legal status in Spain, on the one hand; and that from those who do not benefit from it, that is to say, those foreign residents who do not possess the authorisation to legally work and reside in Spain.

In both cases, the study is performed by following three points: First, the research work focus strictly on their labour rights concentrating on the principle of labour comparison and its implementation on period contracts or contracts of indefinite duration for foreigners (especially in the first five years of authorisation); secondly, the research work aims at their Social Security contributions regime; and finally, attention is drawn on their collective labour rights, particularly on the right of syndical freedom, collective representation and strike.

## I.- INTRODUCCIÓN

## II.- LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS REGULARES

- 1.- El principio de equiparación laboral
- 2.- Las prestaciones de seguridad social
- 3.- Los derechos laborales colectivos o sindicales

## III.- LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS IRREGULARES

- 1.- El extranjero irregular y el mantenimiento de los derechos laborales
- 2.- Las prestaciones de seguridad social
- 3.- Los derechos laborales colectivos o sindicales

## IV.- BIBLIOGRAFÍA

### I.- INTRODUCCIÓN

En cumplimiento de lo previsto en el art. 149.2 C.E., que establece la competencia exclusiva del estado en materia de extranjería, la normativa aplicable a los extranjeros es única para todo el territorio estatal. En concreto, se trata de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que fue modificada parcialmente por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre y cuyo desarrollo reglamentario se produce por el RD 2373/2004, de 30 de diciembre.

Pues bien, según se deduce del marco jurídico que fija la normativa citada, en nuestro país, el extranjero puede encontrarse en dos situaciones claramente diferenciadas: de forma regular o de forma irregular. De forma regular, estará aquél extranjero cuya situación sea reconducible a alguna de las previstas en la norma (bien por encontrarse entre los colectivos que quedan exceptuados de la norma; bien por contar con visado de permanencia temporal, con autorización de residencia temporal o definitiva, con autorización de trabajo, etc.); de forma irregular, se encuentra aquél respecto al que ocurre todo lo contrario, es decir, que está en nuestro estado sin ningún tipo de autorización; o, lo que también es importante a efectos laborales, cuando encontrándose en nuestro país con autorización de residencia no cuenta con autorización para trabajar pero, no obstante ello, sí que lleva a cabo una prestación de servicios.

Las posibilidades, como a priori puede apreciarse, son varias, como también lo son las consecuencias jurídicas, y además desde varias perspectivas o ramas del ordenamiento.

Este artículo únicamente aborda la situación jurídica del extranjero desde una perspectiva laboral, diferenciando, eso sí, entre aquellos que se encuentran en nuestro país de forma regular y aquellos otros que, por el contrario, sin haber podido regularizar su situación se encuentran residiendo y trabajando en España.

## **II.- LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS EXTRANJEROS REGULARES**

### **1.- El principio de equiparación laboral**

El art. 3 LOE establece la práctica equiparación de los extranjeros y españoles en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que viene a decir que “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”.

Pues bien, esta norma, que en su primer inciso viene casi a reproducir lo previsto en el art. 13 C.E., en el sentido de condicionar el disfrute de derechos a lo que fijen los Tratados Internacionales y las leyes, deberá interpretarse en los términos en los que ya lo hiciera la STC 107/1984, de 23 de noviembre, y por tanto, entendiendo que ese condicionamiento a esos Tratados Internacionales y leyes, no debe significar que se no gocen en absoluto de esos derechos, sino que, más bien, al ser derechos y libertades de configuración legal, se puede modalizar por ley su reconocimiento, y tomar o no en cuenta la consideración de extranjero, pero, evidentemente, sin que esa modalización pueda suponer una discriminación, prohibida según prevé el art. 14 C.E. y, que a efectos laborales, ratifica el art. 17 E.T.

Por lo que ya en concreto se refiere a los derechos laborales, hay que tener en cuenta, junto a lo expuesto, la expresa previsión que respecto al derecho al trabajo y a la seguridad social contempla el art. 10 LOE y que sí supone su pleno reconocimiento para los extranjeros que cumplan los requisitos previstos en la LOE y en las disposiciones que las desarrollen, es decir, para los extranjeros que cuenten con autorización de residencia y trabajo.

De hecho, el art. 10 LOE respecto estos extranjeros establece que “tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la seguridad social, de conformidad con la legislación vigente”.

Es claro, pues, que estos extranjeros “regulares” pueden trabajar, de contar, en caso de ser necesario, con la correspondiente autorización.

El principio de equiparación laboral resulta claro desde esa perspectiva y lo es, al menos, en teoría.

Ahora bien, cuando se analizan los concretos contratos en los que se puede materializar la relación laboral, la cuestión ya no resulta tan clara, siendo importante diferenciar entre los contratos indefinidos y los contratos temporales.

## **1.1.- Los contratos indefinidos**

El contrato indefinido es el supuesto típico de contratación al que todos los trabajadores, o la gran mayoría de ellos, aspiran. Sin embargo, en los últimos años, no ha sido fácil la contratación indefinida.

En efecto, desde que en el año 1984 -Ley 32/1984, de 2 de agosto- se introdujese en el ordenamiento jurídico laboral español el contrato temporal para el fomento del empleo, se asentó entre los empresarios lo que se ha venido a denominar la “cultura de la temporalidad”, caracterizada por la creencia, muchas veces incierta, de que la contratación de trabajadores mediante un contrato temporal le resultaba a la empresa más rentable que la contratación de esos mismos trabajadores mediante un contrato indefinido.

Las distintas leyes que conformaron la conocida como “reforma de 1994” (Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas de fomento de la ocupación; la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que, entre otras cosas, se modifica el Estatuto de los Trabajadores afectando al contrato de obra o servicio determinado y al contrato eventual por circunstancias de la producción; y la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las E.T.T.) otorgaron, en términos generales, una mayor flexibilidad a la relación laboral, siendo de destacar, por lo que afecta al contrato de trabajo, la eliminación del contrato temporal para el fomento del empleo y la causalización definitiva de cualquier tipo de contrato temporales, excepto del previsto con una finalidad claramente coyuntural: la inserción de minusválidos.

En la reforma de 1997 (Acuerdo de Cobertura de Vacíos, al Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva y al Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del empleo, siendo éste último el que aquí resulta aplicable) se contempló el programa para el fomento del empleo del contrato indefinido y se introdujo el contrato indefinido para el fomento de la contratación indefinida.

En el año 2001 (R.D.L. 5/2001, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; convertido en la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad) pese a que se seguía en teoría apostando por la estabilidad en el empleo, y por ello se continuaba con el programa anterior de fomento del contrato indefinido y el contrato para el fomento de la contratación indefinida, por lo que a contratación temporal se refiere, se creó el contrato de inserción y se amplió el colectivo al que iba dirigido el contrato de formación, incluyéndose la posibilidad de contratar mediante tal modalidad contractual a los extranjeros, únicamente por el hecho de encontrarse durante los dos primeros años de autorización.

Estando así las cosas, el pasado mes de junio, se aprobó el RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo que, por lo que aquí interesa, supuso la erradicación de esas dos medidas del año 2001 a las que acabo de hacer referencia: la primera, la eliminación del contrato de inserción, contrato que, en realidad ya había quedado vacío de contenido tras la adopción de la Orden TAS/2453/2004, de 20 de julio, por la que se exceptúan determinados programas públicos de mejora de la ocupabilidad en relación a la utilización del contrato de inserción; y la segunda y última, la desaparición de la previsión expresa de los extranjeros como colectivo específico a contratar mediante un contrato de formación.

Al margen de ello, que se analizará en el apartado siguiente, referido a los contratos temporales, y se hará lo propio respecto al encadenamiento de contratos temporales y los efectos que puede tener para los extranjeros, lo cierto es que es importante no ignorar que ese RDL 5/2006 fomenta sobre todo la contratación indefinida. Y lo hace desde varias perspectivas, incentivando la conversión de contratos temporales en indefinidos, pero también apostando la utilización del contrato indefinido desde el inicio de la relación laboral entre las partes.

Pero claro, el contrato indefinido difícilmente casa con la situación de los extranjeros “regulares” en los primeros años, pues su autorización de trabajo se concede de forma limitada en el tiempo: por un año de duración, renovable en dos ocasiones por dos años más (Art. 49.2 y 54.7 RLOE) y, tras esos cinco años de autorización temporal de trabajo, ya de forma permanente (arts. 54.7 y 71 a 74 RLOE).

Evidentemente lo anterior no significa que no se pueda contratar mediante un contrato indefinido a un extranjero que tiene una autorización de trabajo temporal, sin duda puede hacerse. Lo que decimos es que sociológicamente es difícil que ocurra, puesto que si los empresarios desde hace años son reacios a contratar indefinidamente a trabajadores que, por ser nacionales o comunitarios, no están sujetos a ningún condicionante de autorización temporal, mucho más complejo va a ser que esos mismos empresarios se decidan a contratar indefinidamente a unos trabajadores, los extranjeros, respecto a los que no se conoce con certeza si se les va a renovar o no la autorización de trabajo. Aún así, insistimos en que desde el punto de vista jurídico no existe ningún problema para que ello sea posible. Puede contratarse mediante un contrato indefinido a un trabajador poseedor de una autorización temporal de trabajo, pactando como cláusula resolutoria del contrato la no renovación de esa autorización. Además, y en última instancia, aunque no se hubiese pactado nada, la ausencia de autorización siempre podría ser reconducible a un despido objetivo procedente, en base a la causa prevista en el art. 52.1.a) E.T., referida a la incapacidad sobrevenida del trabajador. Aunque eso sí,

esta última posibilidad comportaría el abono por parte del empleador de la correspondiente indemnización del despido objetivo procedente, que no es muy elevada, pero que debería abonarse.

Sea como fuere, y seguramente más por una creencia social que por una razón jurídica y/o de coste económico, es difícil que finalmente los empresarios se decidan a contratar indefinidamente a trabajadores extranjeros. Tanto es así que (de forma un tanto paradójica si se tiene en cuenta que se trata de fomentar el contrato indefinido) el RDL 5/2006 hace referencia a los extranjeros como colectivo susceptible de las medidas de fomento de empleo y lo hace bonificando tanto su contratación indefinida como temporal. Ahora bien, no es una medida aplicable a todos los extranjeros, sino sólo a los que se encuentren en situación de exclusión social.

En efecto, el art. 2 del RDL 5/2006, que prevé los incentivos en la contratación, se refiere en su apartado 4 a la bonificación prevista para los colectivos que se encuentren en situación de exclusión social, remitiéndose a efectos de su identificación a la Disposición Adicional Segunda del citado RDL 5/2006. Disposición, esta última que, y aquí viene otra paradoja más, contempla como tal colectivo en situación de exclusión social a las personas que no puedan acceder a las prestaciones de rentas mínimas de inserción (o cualquier otra de igual o similar naturaleza según la denominación de cada comunidad) por falta de periodo exigido de residencia o empadronamiento (...), cuando si no cumplen esos requisitos es muy posible que estén en situación de estancia irregular.

Claramente se trata de fomentar la contratación de extranjeros incluso en esos casos. Ahora bien, este incentivo a la contratación si bien puede resultar aplicable en el caso de los contratos temporales, no creemos que tenga mucha aplicación respecto a los contratos indefinidos. Puesto que si es reciente el empadronamiento o la autorización de residencia, y es eso lo que hace que el extranjero se encuentre en situación de exclusión social según Disposición Adicional 2ª RDL 5/2006, esa brevedad en su autorización o empadronamiento necesariamente supone una duración determinada en su autorización de trabajo, lo cual, como ya se ha dicho, es lo que hace más complejo que los empresarios se decidan a contratar indefinidamente a estos trabajadores.

Y ese hecho, el que su autorización sea temporal, en un momento como el actual, en el que parece que por vez primera en mucho tiempo los empleadores comienzan a “apostar” por la contratación indefinida, que es la que el RDL 5/2006 fomenta, dificulta la ya por si compleja contratación de extranjeros. Pese a que jurídicamente es perfectamente posible contratar mediante un contrato indefinido a trabajadores extranjeros con autorización temporal para trabajar.

## **1.2.- Los contratos temporales**

Al contrario de lo que ocurre con la contratación indefinida, la contratación temporal de los extranjeros ha sido algo común entre nosotros. A esos efectos y desde siempre no se ha planteado una especial dificultad al respecto de los contratos a utilizar. Como mucho, la problemática se ha podido generar en relación con el contrato a tiempo parcial y con el de formación.

No obstante, la entrada en vigor del RDL 5/2006, de 9 de junio, puede suponer un cambio en este sentido.

En efecto, el RDL 5/2006 no solo supone la imposibilidad de contratar mediante un contrato de formación a un extranjero con el único requisito de encontrarse en nuestro país en los dos primeros años de permiso, sino que puede afectar a toda la cadena de contratos temporales que suelen caracterizar la contratación de extranjeros durante esos primeros años en los que la autorización de residencia no es definitiva.

Pues bien, veamos, primero, que tipo de contratos temporales pueden utilizarse a día de hoy para su efectiva contratación y, con posterioridad, abordaremos la cadena contractual referida y como cohonestar con la situación del inmigrante extranjero la medida prevista en el art. 12.2 del RDL 5/2006, por el que se añade un nuevo párrafo al art. 15 E.T. con el fin de evitar el encadenamiento contractual.

### **1.- Los contratos temporales: tipología**

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la de los posibles contratos que pueden utilizarse por el empresario privado para contratar a trabajadores extranjeros, en términos generales, no hay especialidades importantes en relación con los españoles.

Siempre que exista causa, se le puede contratar:

- 1º) mediante un contrato de obra o servicio determinado, que estará condicionado a la obra o al servicio en cuestión, que debe tener autonomía y sustantividad por sí mismo;
- 2º) mediante un contrato eventual por circunstancias de la producción, cuando se dé la eventualidad justificativa del contrato y con una duración no superior a la legal o la convencional (se habla de una duración máxima de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses, incrementable este último periodo hasta 18 meses y el contrato hasta un máximo de 12, por convenio colectivo en atención al carácter estacional de la actividad);
- 3º) mediante un contrato de interinidad, cuando se produzca la vacante o el proceso de selección que pueden requerir la contratación de un trabajador interino;
- 4º) mediante un contrato de relevo, si se da la correspondiente situación que lo justifica: trabajador de la empresa que se prejubiló parcialmente;

5º) mediante cualquier contrato formativo: de prácticas o de formación. Cuando sea de prácticas se le podrá contratar en los cuatro años siguientes a aquellos en los que se le convalidó el título académico que justifica su contratación; mediante un contrato de formación, se le podrá contratar siempre que cumpla los requisitos generales de edad y falta de titulación académica, al haber desaparecido la posibilidad de contratar mediante un contrato de formación a trabajadores extranjeros únicamente por el hecho de serlo y encontrarse en los dos primeros años de autorización de trabajo.

Como se puede apreciar por el tipo de contrato en sí mismo considerado, no hay especialidades susceptibles de ser resaltadas por el simple hecho de que aquél que vaya a prestar los servicios sea extranjero. Algunas problemáticas pueden presentarse aquí también en relación con la duración de los contratos y la limitación temporal de la autorización para trabajar, en el sentido ya apuntado en relación con los contratos indefinidos y que abordaremos en el epígrafe siguiente referente al encadenamiento contractual.

Antes de acabar con los contratos temporales, es importante plantear si, al igual que ocurre con los nacionales, puede conciliarse esta duración determinada del contrato con una prestación de servicios a tiempo parcial, y la respuesta es afirmativa. Lo único es que deberá tenerse en cuenta que, en los casos en los que la prestación de servicios esté muy lejos de la jornada completa, ello puede plantear problemas para que se le renueve la autorización al trabajador extranjero en cuestión, pues la LOE hace referencia a que la situación de residencia en España se sujeta a un principio general, la suficiencia de medios de vida para mantenerse, incluyendo, en su caso, los de la familia.

Es verdad que la LOE y el RLOE parecen pensar que esa suficiencia se da cuando se obtenga un permiso o autorización para trabajar, pero eso no impide que en atención al trabajo ofrecido se deniegue el permiso de trabajo, precisamente por no garantizar unas condiciones económicas que puedan ser calificadas de suficientes a los efectos anteriores.

De hecho, el art. 53 del RLOE, cuando se refiere a la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena señala en el segundo párrafo de su punto c) que se denegará el permiso en el caso de que “la contratación fuera a tiempo parcial, cuando, por la duración de la prestación de servicios, la retribución sea inferior al salario mínimo interprofesional, en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, salvo que se tratase del cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal o de hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados, de acuerdo con lo previsto en el art. 41.6”.



Por tanto, la contratación en la modalidad del contrato a tiempo parcial, *per se*, no está prohibida, pero si no comporta suficientes ingresos al extranjero, es jurídicamente problemática, pues puede comportar la no renovación de su autorización de trabajo.

Al margen de que el precepto puede tener una cierta lógica desde la necesidad de acreditar suficientes ingresos como criterio determinante del mantenimiento de la autorización de trabajo, la verdad es que no es un ejemplo de redacción legal. De hecho, lo que viene a decirnos es que se le denegará la renovación de la autorización a aquel trabajador que, trabajando a tiempo parcial, perciba menos retribución que la fijada cada año como Salario Mínimo Interprofesional de forma proporcional al tiempo de trabajo efectivo. Con dos excepciones que tienen lógica desde la finalidad de la suficiencia económica para subsistir que se le exige al extranjero que presta servicios en nuestro país. Así, se acepta que puedan obtener una retribución inferior a la citada, por una parte, aquellos trabajadores a tiempo parcial que sean cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal o hijo en edad laboral; y, de otra, el menor de 18 años. Ambos previamente reagrupados de acuerdo con lo previsto en el art. 41.6 del propio RLOE.

De hecho, aunque pudiese interpretarse que el trabajador que es contratado por un contrato a tiempo parcial que en retribución no supere el S.M.I. en proporción al tiempo trabajado, será “doblemente perjudicado”, puesto que además de verse retribuido por debajo de lo que fija la ley, no se le renovará la autorización de trabajo, no creemos que la ley se refiera a eso. En realidad este precepto trata de garantizar una cierta seguridad económica, trata de fijar unos mínimos necesarios para subsistir, y es por eso por lo que la renovación se condiciona a la obtención de unos mínimos recursos económicos. Si estos recursos no se obtienen, si por el trabajo realizado no se alcanza a obtener como retribución, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, el salario mínimo interprofesional en cómputo anual, entonces ex. 53 RLOE el trabajador no puede renovar su permiso porque no acredita poseer los mínimos recursos económicos para subsistir dignamente. Si los obtiene, el hecho de que su contratación sea a tiempo parcial no afectará a la renovación de la autorización administrativa.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que si bien la modalidad a tiempo parcial no está excluida para los extranjeros, si estos quieren mantener su autorización de trabajo deben acreditar que, en proporción al tiempo de trabajo efectivo, han percibido, como mínimo, la cuantía que en cada caso conforme el S.M.I. en cómputo anual. En caso contrario, y salvo las dos excepciones apuntadas, el hecho de trabajar sin

alcanzar la mínima retribución, puede ser determinante para que el extranjero no obtenga la renovación de su autorización.

## 2.- El encadenamiento de contratos

Sin desmerecer lo expuesto hasta ahora, el mayor problema en relación con la contratación de extranjeros se plantea a la hora de casar o conciliar la temporalidad de su autorización de trabajo con la medida “estrella” prevista en el RDL 5/2006 con el fin de erradicar la contratación temporal.

En efecto, el art. 12.2 RDL 5/2006 introduce, en ese sentido, un nuevo apartado al art. 15 E.T., que pasa a declarar el carácter indefinido del trabajador que se encuentre 24 meses continuos o discontinuos dentro de un periodo de 30 meses, en la misma empresa y en el mismo puesto. Aunque quedando exceptuados de esta regla los contratos formativos, de relevo y de interinidad.

Por lo tanto, las opciones reales del empresario que quiere contratar a extranjeros no son muchas. De un lado, se encuentran los contratos formativos, de relevo y de interinidad, cuya duración dependiendo de la concreta causa que los motivó puede prorrogarse en el tiempo durante un periodo superior al año al que se condiciona la primera duración de la autorización de trabajo, e incluso superar los dos años a los que se condicionan posteriores renovaciones. Además, especialmente en el caso de contrato de interinidad y, aunque en menor medida, también en el caso del contrato de relevo y del de formación, nos encontramos ante tipos contractuales que pueden dar lugar a la contratación del trabajador durante un periodo superior a 24 meses dentro de un periodo de 30 sin que se convierta en indefinido, y tanto si la contratación se produce de una sola vez, como en el caso de que se produzca recurriendo a más de un contrato, incluso cuando se combinen entre ellos. En ese sentido, estos tres tipos de contratos tienen como presupuesto común el que en la contratación de extranjeros no presentan grandes diferencias respecto a la contratación indefinida, puesto que si la duración del contrato temporal, en cualquiera de estas tres manifestaciones, se prevé superior a la duración de la autorización de trabajo del trabajador extranjero, se puede pactar como cláusula resolutoria del contrato la no renovación al extranjero de la autorización para trabajar. Por lo que respecta al resto de contratos temporales, las posibilidades en la contratación de extranjeros, son las siguientes:

- 1) contratarle mediante un contrato de obra o servicio determinado que, aunque de duración incierta, se presume realizado para un periodo de tiempo prolongado. Incluso puede preverse, en atención a la obra o al servicio a desarrollar, que el periodo temporal

posiblemente superará los cinco años, condicionándose, así, la ruptura del vínculo a la no renovación de la autorización de trabajo como condición resolutoria ya expuesta.

2) conjugar este contrato de obra o servicio determinado con otro contrato de cualquiera de los tipos que quedan excluidos de la regla de la conversión (es decir, con uno de interinidad, de relevo o de formación) con el fin de sumar conjuntamente los cinco años que necesariamente deben transcurrir de forma previa a la obtención la autorización de trabajo permanente.

3) Hacer lo propio, en el sentido de combinar un contrato de relevo, de interinidad o de formación con otro contrato, siendo este otro, no un contrato de obra o servicio determinado sino con un contrato eventual por circunstancias de la producción, que se podría prorrogar -este último- por un periodo máximo de un año con el fin de sumar en total el periodo máximo de cinco años al que se condiciona la autorización del extranjero antes de ser definitiva.

En cualquiera de las posibilidades apuntadas la contratación del trabajador no supondrá su conversión en indefinido por aplicación de la automaticidad prevista en el RD 5/2006, que sí se dará en el resto de supuestos (contrato de obra y eventual fundamentalmente)

Ahora bien, aunque se produjese esa conversión, la no renovación de la autorización del trabajador daría lugar a la extinción del contrato del trabajo, solo que habría que acudir a un despido objetivo del art. 52 E.T. y aducir la causa a) de ineptitud sobrevenida del trabajador, y por tanto, se obligaría al empresario a pagar una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades. Y aunque es cierto que este despido exige por parte del empresario, un preaviso de 30 días al trabajador, en los casos en los que no se realice, ese preaviso se puede sustituir por la retribución correspondiente a los días de preaviso incumplidos. Lo que en este supuesto puede ser hasta ilógico dado que el empresario puede desconocer la no renovación de la autorización del extranjero con esos 30 días de antelación que se le exigen ex. art. 53.1.c) E.T. para comunicar el despido al trabajador y que debe abonar en caso de incumplir.

En cualquier caso, lo anterior podría parecer coherente desde la perspectiva de que en este supuesto la conversión en indefinido se le impone al empresario porque se ha extralimitado en el uso de los contratos temporales, pero puede que en un contrato de obra de duración de cuatro años no se haya pactado cláusula resolutoria alguna y el empresario deba hacer frente a la misma coyuntura: un trabajador al que no le renuevan la autorización de trabajo cuando la obra o el servicio por el cual se le contrató no ha finalizado. ¿Qué debe hacer el empresario? ¿Debe abonar la indemnización de los

veinte días del despido objetivo procedente y además una indemnización correspondiente a los 30 días por no haber preavisado algo que desconocía, la no renovación de una autorización de trabajo?

Una interpretación de esas características no solo es ilógica y jurídicamente perjudicial para el empleador, sino que además puede afectar negativamente a la contratación de extranjeros, pues existe el riesgo de que se produzca un efecto boomerang en el sentido de “desincentivar” la contratación de extranjeros regulares por parte del empresario, que puede llegar a la conclusión de que le resulta más cómodo y sencillo contratar a nacionales. Máxime teniendo en cuenta que la gran masa de irregulares que existen, mantienen una economía sumergida que continua siendo atractiva para aquellos que quieren evitar costes saltándose las normas.

Por tanto, entendemos que con el fin de evitar consecuencias jurídicas problemáticas para ambas partes de la relación laboral, cuando se contrate a un trabajador extranjero deberá hacerse constar siempre como cláusula resolutoria del mismo la no renovación de su autorización, y ello tanto si ese contrato es indefinido como temporal. En caso de que así se hiciera, se erradicaría gran parte de la complejidad expuesta o, al menos, de la que más suele preocupar al empleador, la del coste económico de la contratación de extranjeros, puesto que la problemática se limitaría a supuestos tales como el del contrato indefinido por conversión ante el encadenamiento de temporales ex. art. 12.2 RDL 5/2006, habida cuenta que quedaría resuelto el tema del despido objetivo que, en cualquier caso, y aunque suponga una indemnización, siempre cabrá en caso de que el extranjero no mantenga su autorización.

Queda sin analizar qué ocurre respecto al desempleo de esos trabajadores, y a ello, entre otras cosas, se dedica el siguiente apartado correspondiente a la seguridad social. Por lo demás, quede claro que los extranjeros tienen reconocidos en los mismos términos que los españoles el resto de derechos laborales no mencionados (vacaciones, horario, jornada, determinación de funciones, salario, etc.), siendo el principio de equiparación laboral plenamente aplicable en ese sentido.

## **2.- Las prestaciones de seguridad social**

El art. 14 de la LOE reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder a las prestaciones de la seguridad social en las mismas condiciones que a los españoles, además de reconocerles el derecho a los servicios y prestaciones sociales, generales, y básicos y específicos.

Por lo que hace a la seguridad social, que es una materia propiamente laboral, la afirmación es coincidente con lo que la propia Ley General de Seguridad Social -Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de

la Ley General de la Seguridad Social, LGSS- establece, en su art. 7.1., que a este respecto reconoce el derecho a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que ejerzan aquí su actividad laboral.

El principio de equiparación es también aquí claro y no plantea problemas. En todo caso, como el derecho a la seguridad social comprende el derecho al desempleo y éste requiere la estancia en España en condiciones de trabajar y disposición a hacerlo, la LOE se encarga de señalar que, en su caso, de finalizar el permiso de trabajo cuando el trabajador extranjero está percibiendo una prestación contributiva por desempleo, dicho permiso será objeto de renovación (art. 38.3.b) LOE). Pero, en cualquier caso, hace años que se superó la tesis que entendía que “poder y querer trabajar –ex. 203 LGSS-” no se cumplía cuando no se tenía la correspondiente autorización de trabajo. Lo que significa, dicho en otras palabras, que a día de hoy no existe duda de que el extranjero tiene reconocida la prestación de desempleo.

Ahora bien, lo que determina la no expulsión o la renovación es el estar percibiendo una prestación contributiva de desempleo, pero parece ser que no genera los mismos efectos de no expulsión, el percibir un subsidio no contributivo de desempleo, incluido dentro del nivel asistencial de esta prestación.

Por otro lado, en materia de seguridad social, las normas se encargan de señalar que los incumplimientos empresariales en materia de cotización a la seguridad social no afectarán a las posibles renovaciones de permisos (art. 72.4 del RLOE), sin perjuicio de las acciones que procedan en materia de descubiertos de cotización.

### **3.- Los derechos laborales colectivos o sindicales**

El principio de equiparación entre trabajadores españoles y extranjeros parece alcanzar también a los derechos sindicales, como claramente establece el art. 11 LOE, aunque condicionándolos a la situación de permanencia regular del extranjero. Así, la libertad sindical se condiciona a la situación de estancia o residencia en España y el ejercicio del derecho de huelga a la autorización para trabajar. Esta fórmula plantea problemas en relación con los irregulares, a los que ya nos referiremos, pero también con los regulares.

En ese sentido, y por lo que respecta a los regulares son tres las cuestiones que deben tenerse en cuenta: 1ª) La primera, en relación con la libertad sindical, en el sentido de concretar ese concepto; 2ª) La segunda, por su parte, tiene que ver con el derecho de los extranjeros a ser electores y elegibles respecto a la representación de los trabajadores; 3ª) La tercera y última tiene que ver con el derecho de huelga.

#### **3.1.-La libertad sindical**

La libertad sindical, que reconoce el art. 28 C.E., se encuentra desarrollada en la Ley 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical –LOLS-, en cuyo art. 2 se establece que el derecho de libertad sindical incluye tanto el derecho a fundar sindicatos, como a afiliarse a los que ya están constituidos (además del derecho a no formar parte de ninguno y de abandonar aquel al que se pertenecía).

Siendo, además, un derecho que tienen todos los trabajadores según el art. 1 LOLS, en concreción del art. 28 C.E. que lo reconoce a “todos”. Ahora bien, algunos colectivos presentan ciertas peculiaridades según art. 3.1. LOLS, en el sentido que pueden afiliarse a un sindicato pero no constituirlo. Y si traigo esto a colación es para plantear si los extranjeros, a día de hoy, y con la actual normativa, deben ser considerados como un colectivo con derecho a fundar sindicatos o únicamente con derecho a afiliarse a uno que ya está constituido.

Pues bien, la LOLS no lo especifica y, en ese sentido, bien puede concluirse que la libertad sindical en el caso de los extranjeros es plena, es decir, que pueden tanto constituir un sindicato como afiliarse a uno previamente fundado, sin que ello deba significar la posibilidad de que los estatutos del sindicato, cuyo depósito determina su adquisición de personalidad jurídica, puedan limitar que los afiliados de un sindicato sean únicamente de una nacionalidad. Ni tampoco cabe excluir a los extranjeros frente a los nacionales, etc. El art. 4.2.c) LOLS se refiere a la necesidad de que el estatuto del sindicato contenga mención expresa a los requisitos que deben cumplir los trabajadores para adquirir la condición de afiliado, pero estos requisitos no pueden ser discriminatorios, pues de serlo devendrían nulos por inconstitucionales, al contrariar cuanto prevé el art. 14 C.E. En ese sentido, es obvio que la limitación por razón de nacionalidad es discriminatoria y lo es tanto cuando se establece en sentido negativo (imposibilidad de afiliación) como en sentido positivo (posibilidad de afiliación sólo para ciertos nacionales).

### **3.2.-La representación de los trabajadores en la empresa**

Por lo que se refiere a la posibilidad de participar como elector y como elegible en las elecciones sindicales, es decir, en la elección a la representación de los representantes unitarios y aun suponiendo que estos realizan una actividad “sindical” entendido este adjetivo en un sentido más amplio de la función del sindicato como organización, y referido a las funciones de representación, es evidente que el derecho a ser representado y/o a ser representante no se condiciona en el art. 68 E.T. a la posesión de una determinada nacionalidad y, en consecuencia, donde la ley no distingue no podemos distinguir nosotros. Así pues no debe existir problema alguno en admitir que los extranjeros pueden participar en las elecciones sindicales en la empresa en los

mismos términos en los que participan el resto de trabajadores, tanto cuando van a elegir como cuando son ellos aquellos que se presentan como candidatos.

### **3.3.- La huelga**

En lo referente a la huelga, no hay grandes especialidades a resaltar. Se trata de un derecho que, en el caso de los extranjeros, la LOE condiciona a la autorización para trabajar de la misma forma que su titularidad individual se condiciona a prestar un trabajo dependiente y por cuenta ajena en el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, adaptado a la constitución por la STC 11/1981, de 8 de abril.

Cuestión distinta es lo que ocurre o lo que puede ocurrir si ese trabajo dependiente y por cuenta ajena se presta por el trabajador, pese a no contar con la autorización pertinente, pero eso algo a lo que nos referiremos cuando analice la situación de los extranjeros irregulares.

De momento, y como conclusión, es importante resaltar que desde el punto de vista sindical rige plenamente el principio de equiparación con los españoles, aunque condicionado, eso sí, a que los extranjeros permanezcan regularmente: es decir, a la posesión de la autorización de trabajo en caso de huelga y de residencia en caso de libre sindicación.

## **III.- LA SITUACIÓN LABORAL DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES**

### **1.- El extranjero irregular y el mantenimiento de los derechos laborales**

La posibilidad de que un trabajador extranjero preste servicios de forma irregular, esto es, sin estar autorizado para hacerlo, sin permiso de trabajo o sin estar exento del mismo, para un empresario español es clara y, como demuestra la realidad cotidiana, bastante frecuente.

El hecho de que el trabajo sea irregular no permite negar que realmente el trabajo se ha prestado y ello lleva a plantearse los efectos que puede implicar. Tradicionalmente en materia laboral los efectos se han reconducido a los supuestos de nulidad contractual, entendiendo que el trabajo irregular del extranjero implicaba la nulidad del contrato por falta de capacidad (art. 7 c) E.T.) y por contravenir normas imperativas y por tanto resultaba de aplicación lo previsto en el art. 9.2. E.T.

Pero en la actualidad ya no es así. La nulidad no es tal. Al trabajador irregular se refiere expresamente el art. 36.3 LOE que establece que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no

invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

Es decir, que la propia Ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran exigirse, se manifiesta a favor de que el irregular mantenga los derechos derivados del contrato de trabajo, así como las prestaciones de la seguridad social.

Sin duda, y dejando al margen los supuestos de irregulares trabajando que pudiese detectar la Inspección de Trabajo, lo complejo en estos casos será demostrar que el irregular ha estado trabajando y durante cuanto tiempo. En definitiva, que aquel que reclama unos derechos realmente ha prestado unos servicios de forma voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena. Cuando se consigue demostrar (si logra hacerse), el trabajador, aunque irregular, mantiene sus derechos laborales (vacaciones, retribuciones, etc.) en los mismos términos que los españoles (y los extranjeros regulares, según se ha visto).

Ahora bien, insistimos en para que los derechos sean efectivos se debe demostrar que esa relación laboral existe. Y, además, también incidimos en el hecho de que el disfrute de esos derechos se reconoce sin perjuicio de la responsabilidad que pudiese proceder.

En ese sentido, hay que diferenciar respecto al trabajador irregular que no dispone autorización de trabajo, según disponga o no autorización de residencia, pues la conducta infractora y, en consecuencia, la sanción a imponer es distinta según esta autorización de residencia se posea o no.

Así, cuando el irregular no sólo no tiene autorización para trabajar, sino que tampoco posee autorización para residir, y no obstante se encuentra en nuestro país prestando servicios de forma irregular, está incurriendo en infracción grave ex. art. 53.b) LOE, lo cual no sólo puede comportar la imposición de una multa, sino que también puede dar lugar a la expulsión del territorio ex. art. 57.1. LOE

Pero esta sanción, insistimos, está condicionada a que el irregular no posea ni la autorización de trabajo ni la de residencia, porque si posee autorización de residencia, la conducta del extranjero que trabaja por cuenta ajena sin autorización para ello es administrativamente diferente. Para empezar la conducta no es sancionable según la LOE que, en ese supuesto, exige responsabilidad al empresario pero no al trabajador, por lo que éste no sólo podrá reclamar sus derechos sino que además no podrá ser objeto de sanción. La cuestión que entonces se suscita es la de la concreta situación jurídica en la que se encuentra ese trabajador, ¿se debe entender extinguido su contrato de trabajo? La LOE no se pronuncia al respecto pero, desde luego, esa parece ser la solución, aunque no tenga mucho sentido. Si bien es cierto que más que una extinción,



la finalización en la prestación de servicios en este caso puede entenderse como la consecuencia necesaria de un acto que nunca debió producirse, y que no es otro que el de llevar a cabo la prestación de servicios sin que por parte del trabajador concurriese el requisito de la capacidad para prestar servicios.

Aunque lo anterior sea cierto, la verdad es que el trabajo se ejecutó. Y desde la perspectiva de la protección que el ordenamiento jurídico laboral debe dispensar al trabajador, no parece muy lógico que la solución jurídica al supuesto planteado sea la de imponer al trabajador la finalización en la prestación de servicios y obligar a que, en el mejor de los casos, se haga cargo de él la seguridad social mediante una prestación o subsidio de desempleo. Y no parece lógico, fundamentalmente por una cuestión: al obligar a que el trabajador deje de prestar servicios por trabajar sin autorización para hacerlo, le privamos de aquello que le permitía el sustento, pero (aquí viene lo importante) lo hacemos sin darle una opción mejor: la de su regularización. Así, en lugar de protegerlo, lo que estamos haciendo, e insistimos, sin que él haya incurrido en infracción según la LOE, es causarle un perjuicio, traducible, ya lo hemos dicho, en la privación de su trabajo sin su regularización.

Claro está que, en última instancia, siempre puede plantearse la posible regularización de este extranjero acudiendo al denominado “arraigo laboral” ex. art. 45.7 y 46.7 RLOE pero, para que ello sea posible, debe demostrar un período mínimo de dos años de estancia en España y que ha estado prestado servicios durante un año, como poco. Y esto, ciertamente, puede ser difícil de probar.

En cualquier caso, si se optase por entender que la consecuencia jurídica en ambos casos es la extinción contractual, es decir, si la solución que se le ofrece al trabajador tanto en el supuesto de que tenga autorización de residencia como si no la tiene, es la de la extinción, cabe plantear si esa extinción es un despido o no lo es. Porque si la extinción es un despido, el mantenimiento de los derechos por parte del trabajador a que hace referencia el art. 36.3. LOE, debería dar lugar a que el extranjero irregular pudiese situarse ante el despido de forma idéntica a como lo hace el español y por tanto, en su caso, y por no concurrir causa de despido, manteniendo el derecho a la readmisión o la indemnización.

Habrá que esperar a que se incrementen cuantitativamente los pronunciamientos que al respecto se produzcan en los órganos judiciales. De momento, lo que parece claro (aunque como hemos dicho no nos parece la mejor solución) es que la readmisión del trabajador no es posible ante la irregularidad en la que se encuentra. De ahí, que alguna sentencia haya reconocido la indemnización e, indirectamente, que se trata de un despido, pero en casos muy concretos, como los del empleado al servicio del hogar

familiar (STSJ Madrid, 1 de junio de 2000, Rec. 1703/2000) y en otro caso similar aplicando la regulación prevista en el ordenamiento jurídico laboral para el trabajador español que fallece, lo que había ocurrido (Juzgado de lo Social de Pamplona nº 2 de 8 de junio del 2000, núm. de procedimiento 188/2000). Aún así, estos no parecen ser pronunciamientos especialmente concluyentes.

En cualquier caso, y pese a que existe falta de capacidad por parte del trabajador para ser parte del contrato de trabajo, también es verdad que la falta de autorización administrativa, causa determinante de esa falta de capacidad, es conocida por el empresario y por tanto, es éste el que abusa de la situación. En ese concreto contexto es en el que hay que ubicar el art. 36.3 LOE, en el sentido de prever expresamente que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. En ese sentido, recientes pronunciamientos (no referidos expresamente a este supuesto, pero sí a la situación del irregular que trabaja), reconocen a favor del trabajador la indemnización derivada de despido improcedente, cuando careciendo de autorización para trabajar, el extranjero presta servicios y en un momento puntual el empresario decide prescindir de sus servicios sin concurrencia de causa. Se presume pues, que aunque no existe autorización administrativa que permita llevar a cabo una prestación de servicios, la relación de trabajo ha existido igualmente (SsTSJ de Madrid de 16 de mayo de 2006, Rec. 1331/2006; de Galicia de 30 de septiembre de 2005, Rec. 3972/2005; de Madrid de 13 de septiembre de 2005, Rec. 2486/2005; y CC.AA. Valenciana de 16 de junio de 2005, Rec. 713/2005).

Por último, es evidente que el extranjero en situación irregular puede acceder a los órganos judiciales competentes en defensa de sus derechos como trabajador (además el art. 20 LOE reconoce sin distinciones el derecho a la tutela judicial efectiva) y lo hará, además, según parece con el reconocimiento automático del derecho a la justicia gratuita, aunque plantea dudas el artículo 22 de la LOE que reconoce este derecho en igualdad con los españoles solo a los extranjeros residentes. En nuestra opinión, la norma específica prevista para los trabajadores -Ley de Procedimiento Laboral, en concreto, el R.D. Legislativo, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral- debería aquí prevalecer en atención además a las finalidades sociales que cumple, que pueden estar aún más justificadas en este caso.

Por lo que respecta al empresario, es claro que éste comete una infracción administrativa por dar trabajo a un extranjero sin autorización ex. art. 54.1.d) LOE, pero eso no excluye que, además, el empresario pueda cometer otras infracciones, derivadas de esa situación, pero por motivos diferentes, por ejemplo, por no respetar al trabajador

los derechos laborales por el tiempo trabajado. En nuestra opinión dichas infracciones existen con independencia de la primeramente citada y darán lugar a que se exijan las correspondientes responsabilidades por la Administración Laboral, cuando se den supuestos tipificados en el RD 5/2002, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, LISOS. Además, puede haber casos en los que la entidad de la infracción determine la posibilidad de exigir la responsabilidad en vía penal. Es decir, la irregularidad de la conducta empresarial no acaba necesariamente con el mero hecho de emplear a un trabajador extranjero sin autorización, sino que habrá que delimitar si además ha cometido otras irregularidades por no respetarle sus derechos como trabajador.

#### **b) Las prestaciones de seguridad social**

Tal y como se ha dicho, el art. 36.3 LOE que establece que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

Por tanto, a día de hoy parece que no hay duda de que el mantenimiento de los derechos a favor del trabajador incluye las prestaciones de seguridad social. El derecho o no a las prestaciones de seguridad social de los irregulares era una cuestión ya debatida en la situación precedente y así había sentencias que entendían que el empresario tenía obligación de cotizar a la seguridad social, pues dicha obligación nace con la prestación de trabajo, como señala en la actualidad el art. 15 LGSS “la obligación de cotizar nacerá desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente” sin que se haga depender la misma de la existencia de un contrato válido (STS 3ª de 2 de diciembre de 1998, Rec. 9978/1992). Pero claro, frente a ello podía argumentarse que la obligación de cotizar tiene sentido dentro del ámbito de aplicación de la seguridad social y precisamente ex. art. 7.1. de la misma ley se encuentran fuera del mismo los extranjeros que no residen en España en situación regular, y lo mismo cabía señalar ex. art. 14.1 LOE.

En este sentido, otras sentencias, entendían que la situación de regularización del extranjero en cuanto a su residencia y trabajo era condición indispensable para que pudiera producirse el alta y todas las consecuencias jurídicas propias de la relación de seguridad social (SsTSJ Madrid 6 de mayo de 2000, Rec. 317/2000; del País Vasco de 10 de octubre de 2000, Rec. 1897/2000).

Sin duda creemos que esto debería entenderse solventado ante la redacción actual del art. 36.3 LOE que hace referencia expresa a las prestaciones de seguridad social.

Aún así, el problema se plantea desde el momento en que el acceso a las prestaciones de seguridad social requiere haber formulado la relación con la seguridad social y cumplir con un determinado periodo de carencia. Lo que es imposible cuando el trabajador se encuentra en situación irregular puesto que, por regla general, la afiliación, el alta, la baja y las variaciones de datos de trabajadores extranjeros debe entenderse condicionada, según Resolución Conjunta de las Direcciones Generales de Ordenación de las Migraciones y de la TGSS, de 20 de febrero de 1998, a la copia de la resolución de concesión, renovación o modificación de la autorización de trabajo. Autorización que en el caso de los irregulares no existe.

Ahora bien, el Convenio número 19 de la OIT, ratificado por España en 1929, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, establece en su art. 1 la inclusión de los extranjeros provenientes de los países que lo han ratificado, siempre que se trate de trabajadores por cuenta ajena y, además, que se trate de contingencias de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales (SsTSJ de Aragón de 29 de julio de 2003, Rec.296/2003; de Madrid de 30 de septiembre de 2005, Rec. 2857/2005; SsTSJ de Madrid de 20 de junio de 2005, Rec. 1635/2005). En esos casos, y cuando se trate de contingencias profesionales, el extranjero tiene reconocida la prestación de incapacidad temporal, la de incapacidad permanente y las de muerte y supervivencia. La responsabilidad de esas prestaciones recae sobre el empresario, aunque puede ser adelantado por la MATEP o por la Entidad Gestora (Art. 42.2. RD 84/1996, 26 de enero. Apartado introducido por el RD 1041/2005, 5 de septiembre –B.O.E. de 16 de septiembre).

Por lo que respecta a las prestaciones por contingencias comunes, estas no se ven afectadas por el Convenio número 19, por lo que el *quid* de la cuestión, en este caso, tiene que ver con determinar si prevalece la exigencia de los requisitos de alta, afiliación y cotización que se condicionan a la autorización de trabajo para poder acceder a las prestaciones por causas comunes o si, por el contrario, prevalece la regla del art. 36.3 y aún siendo irregular el trabajador mantiene su derecho a prestaciones por contingencias comunes

Las resoluciones judiciales reconociendo estas prestaciones a favor del extranjero irregular no son muy cuantiosas, pero desde luego resulta interesante lo argumentado en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 2 de febrero de

2005, que sí reconoce esa prestación por muerte y supervivencia derivada de enfermedad común.

En cuanto al desempleo ocurre algo similar a lo que acontece con estas últimas prestaciones. El irregular extranjero, por ser irregular, no cuenta con el requisito de la cotización (tampoco con el del alta ni con el de afiliación) mínima que determina el acceso a las prestación de desempleo. No obstante, la automaticidad del derecho a la prestación por desempleo en caso del incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación, alta y cotización (art. 125.3 y 220 LGSS) juega a favor del reconocimiento de la prestación. Hacia ese sentido también parecen decantarse los últimos pronunciamientos judiciales superando la tradicional consideración del no reconocimiento de la prestación de desempleo en caso de prestar servicios sin autorización de trabajo o de residencia (No reconociendo la prestación, por los motivos expuestos, véase, STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2000, Rec. 4252/00. Por el contrario, entendiendo que la falta de cotización es responsabilidad del empresario y que sus efectos perjudiciales no pueden recaer sobre el trabajador véase, SsTSJ de Castilla y León, Valladolid 17 de noviembre de 2005, Rec. 2050/05; también de Castilla y León, Valladolid, de 21 de noviembre de 2005, Rec. 2051/05 y del mismo tribunal de 30 de noviembre del 2005, Rec. 2053/05. En el mismo sentido, y también son del TSJ de Castilla y León, aunque de Burgos, las siguientes sentencias que sí reconocen al extranjero irregular el derecho a la prestación de desempleo: de 1 de marzo, Rec. 1150/2005; de 9 de marzo, Rec. 1149/2005, de 14 de marzo de 2006, Rec. 1172/2005; de 21 de marzo de 2006, Rec. 1200/2005; de 21 de marzo de 2006, Rec. 1209/2005).

Desde la perspectiva apuntada, es claro que se cumple con lo previsto en el art. 36.3 LOE cuando se reconoce el derecho a las prestaciones de los irregulares sin perjuicio de las responsabilidades que pudiesen darse. Aún así, por lo que aquí interesa, es importante tener en cuenta que el incumplimiento de las obligaciones empresariales de alta, afiliación y cotización se integran en la conducta de contratación de trabajadores extranjeros sin autorización, sin que de lugar a una infracción independiente, entre otras cosas, además, porque cuando el trabajador no tiene autorización para trabajar, el empresario, por mucho que quiera, no puede cumplir con las obligaciones que le exige la seguridad social. Son actos pues que conforman el tipo infractor de contratar a extranjeros que no poseen autorización.

### **c) Derechos colectivos laborales o sindicales**

En relación con los derechos sindicales se trata de plantear algo similar a lo ya expuesto hasta este momento en relación con la seguridad social, en el sentido de determinar cual es el precepto aplicable. Sólo que en este caso se trata de interpretar qué

artículo de la misma norma debe priorizarse, si el art. 36.3 LOE, que reconoce a los irregulares los derechos laborales o el art. 11 LOE que condiciona el derecho de la libre sindicación y el de huelga a la posesión, de forma respectiva, de la autorización de residencia y de la autorización de trabajo.

Se deja conscientemente al margen en cuanto sigue, el debate al respecto de si constitucionalmente es posible o no limitar estos derechos a ciertos colectivos. Se trata de una discusión en la que se mezclan argumentos jurídicos y de oportunidad, que no pueden situarse en el mismo nivel. En principio no parece que constitucionalmente sea imposible la limitación de estos derechos a ciertos extranjeros en situación irregular, e incluso ya se ha debatido mucho sobre las normas internacionales que no parecen categóricas en cuanto al reconocimiento de estos derechos a personas en situación irregular en un Estado.

Ahora bien, aunque no vamos a referirnos a ese debate, tampoco queremos dejar pasar la oportunidad de realizar una reflexión en torno a la finalidad de estos derechos, que conduce o debería conducir al predominio del precepto legal que reconoce los derechos de libertad sindical, frente al precepto que los limita.

Pero vayamos por partes. Desde un punto de vista claramente positivista no parece que pueda entenderse, en la actual LOE, que los extranjeros irregulares tienen reconocidos los derechos sindicales en iguales términos que los regulares o los trabajadores nacionales, al menos en lo que se refiere al derecho de huelga y al derecho de libertad sindical, pues si bien es cierto que los derechos colectivos son también derechos laborales y, desde esa perspectiva, podrían entenderse incluidos en el art. 36.3 LOE, también es verdad que el art. 11 LOE los condiciona de forma expresa a la posesión de la autorización de residencia (en el caso del derecho de libertad sindical) y a la de la posesión de la autorización de trabajo (derecho de huelga). En ese sentido, y teniendo en cuenta que la especificidad de la exclusión parece que debe predominar sobre el reconocimiento genérico, es claro que los irregulares no son titulares de esos concretos derechos colectivos o sindicales. Esta interpretación es ciertamente la que más se adapta a la redacción legal, pero también es verdad que desde ese mismo punto de vista positivista, nada debe impedir entender que los extranjeros irregulares sí tienen reconocidos otros derechos colectivos distintos del de libertad sindical o de huelga. Nos estamos refiriendo a la representación unitaria en la empresa, al derecho a ser elector y elegible en las elecciones sindicales (art. 68 E.T.) y, por extensión, al derecho a ser representante unitario o a sentirse representado por el representante unitario elegido. En definitiva, a ser un trabajador más entre y por los representantes de los trabajadores, a

sentirse identificado con ellos, también en la negociación del convenio y en los mismos términos que cualquier otro trabajador.

Lo anterior sin ignorar, además, que tanto al respecto de este derecho, al que no se refiere la LOE, como al derecho de huelga o de libertad sindical, cabría plantear cuál es el sentido de su existencia, su razón de ser. La respuesta no puede ser más clara. Evidentemente, se trata de derechos que existen con el fin de proteger al trabajador, de forma conjunta, como parte débil de la relación laboral que resulta ser.

Pues bien, si se trata de derechos previstos desde la necesidad de proteger al trabajador, como colectivo, frente a posibles abusos empresariales, no se alcanza a entender la razón por la que el ordenamiento jurídico no los protege cuando esos trabajadores son realmente débiles, como en el caso de los trabajadores irregulares. Ciertamente que como irregulares llevan a cabo la prestación de servicios contraviniendo la norma administrativa, pues lo hacen sin contar con la preceptiva autorización de trabajo (puede que incluso sin contar con la de residencia), pero también es verdad que es precisamente, por ser irregulares, cuando más expuestos al abuso están y, por lo tanto, cuando más protección necesitan. Como personas, pero también como trabajadores.

Por todo ello, y como conclusión al respecto de estos derechos sindicales, únicamente señalar que si bien desde una interpretación literal y positiva de la ley, el art. 36.3 LOE debe ceder ante la exclusión contenida en el art. 11 LOE, desde una interpretación teleológica del derecho sindical entendemos que debería ser otra la conclusión a alcanzar. Desde la finalidad del derecho, lo deseable sería que se reconociese a los trabajadores irregulares, en los mismos términos que a los nacionales, los derechos colectivos (fundamentalmente el derecho de huelga, el de libertad sindical, y el de representación colectiva). Máxime, porque los irregulares también son trabajadores y su situación muy precaria y necesitada de protección.

#### **IV.- BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV. (Ed. AÑON ROIG, M.J.) *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Publicaciones de la Universidad de Valencia-Tirant lo Blanch. Valencia, 2004

AA.VV. (Coord: SERRANO GARCÍA, J. y MENDOZA NAVAS, N.), *Estudios sobre extranjería*. Bomarzo. Albacete, 2005

GOMEZ ABELLERIRA, F., “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”. RL. nº12/2004.

SOLANES CORELLA, A. “La irregularidad que “genera” la ley de extranjería: un factor a tener en cuenta en una futura reforma”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4. Lex Nova. Zaragoza, 2003

PEÑA OLBIOL, S. “El Trabajo de los extranjeros”. En AA.VV. (Coordinador: ALBIOL MONTESINOS, I.), *Todo Social*. CISS Wolters Kluwer España, S.A., 2006. Págs. 773 y ss.